

# Revista da **PGBC**

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central  
Volume 12 • Número 1 • Junho 2018

# Revista da **PGBC**

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central  
Volume 12 • Número 1 • Junho 2018

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do Banco Central do Brasil

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. / Banco Central do Brasil.  
Procuradoria-Geral. Vol. 12, n. 1, jun. 2018. Brasília: BCB, 2018.

Semestral (junho e dezembro)  
ISSN 2595-0894

1. Direito econômico – Periódico. 2. Sistema financeiro – Regulação – Periódico. I. Banco Central do Brasil.  
Procuradoria-Geral.

CDU 346.1(05)

**Procuradoria-Geral do Banco Central**

Banco Central do Brasil  
SBS, Quadra 3, Bloco B, Edifício-Sede, 11º andar  
70074-900 Brasília – DF  
Telefones: (61) 3414-1220 e 3414-2946  
E-mail: revista.pgbc@bcb.gov.br

**Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**  
Volume 12 • Número 1 • Junho 2018

**Editor-Chefe da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**  
Leandro Novais e Silva – Banco Central, MG

**Editor Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**  
Marcelo Madureira Prates – Banco Central, DF

**Editor Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**  
Ricardo Ferreira Balota – Banco Central, SP

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

**Conselheiros**

Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – Centro Universitário de Brasília, DF  
Dr. Bruno Meyerhof Salama – Fundação Getúlio Vargas, SP  
Dr. Edil Batista Junior – Banco Central, PE  
Me. Gustavo José Marrone de Castro Sampaio – Advogado, SP  
Dr. Ivo Teixeira Gico Junior – Centro Universitário de Brasília, DF  
Me. Jefferson Siqueira de Brito Álvares – Banco Central, DF  
Dr. Marcelo Labanca Correa de Araújo – Banco Central, PE  
Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega – Universidade Federal de Pernambuco, PE  
Dr. Vincenzo Demétrio Florenzano – Banco Central, MG  
Me. Yuri Restano Machado – Representante indicado por entidade representativa dos Procuradores do Banco Central – Banco Central, RS

**Consultores\***

Me. Adriana Teixeira de Toledo – Banco Central, DF  
Dr. Álvaro Augusto Camilo Mariano – Universidade Federal de Goiás e Pontifícia Universidade Católica do Paraná, GO e PR  
Dra. Ana Rachel Freitas da Silva – Centro Universitário de Brasília, DF  
Dr. Bruno Grego dos Santos – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PR  
Me. Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel – Universidade Federal de Minas Gerais, MG  
Me. Christiane de Holanda Camilo – Universidade Federal do Tocantins e Universidade Estadual do Tocantins, TO  
Dra. Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, MG  
Dr. Davi José de Souza Silva – Faculdade FACI | Wyden, PA  
Me. Ellis Jussara Barbosa de Souza – Banco Central, RJ  
Me. Fernanda Claudia Araujo da Silva – Universidade Federal do Ceará, CE  
Me. Fernando Amorim Soares de Mello – Universidade de Brasília, DF  
Dr. Flávio Garcia Cabral – Escola de Direito do Ministério Público do Mato Grosso do Sul, MS  
Dr. Flavio José Roman – Banco Central, DF  
Dr. Guilherme Centenaro Hellwig – Banco Central, RS  
Me. Gustavo Viegas Marcondes – Centro Universitário Barão de Mauá, SP  
Me. Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado – Banco Central, RJ  
Me. Juliana Bortolini Bolzani – Banco Central, DF  
Dr. Leandro Sarai – Banco Central, SP  
Me. Luis Felipe Vidal Arellano – Universidade de São Paulo, SP  
Dr. Luiz Manoel Gomes Junior – Universidade Paranaense, PR  
Me. Márcia Maria Neves Corrêa – Banco Central, RJ  
Me. Pedro Vinicius Giordano Eroles – Universidade de São Paulo, SP  
Me. Rafael Folador – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS  
Rafaella Brustolin – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PR  
Me. Renato Maso Previde – Universidade do Estado de Minas Gerais, MG  
Dr. Rubens Beçak – Universidade de São Paulo, SP  
Me. Taynara Tiemi Ono – Universidade de Brasília, DF  
Dr. Thiago Ribeiro de Carvalho – Nova Faculdade de Contagem, MG

\* Consultores que atuaram na revisão de artigos desta edição.

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo necessariamente o posicionamento do Banco Central do Brasil.  
Os pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central passaram por padronização editorial, sem alterações de sentido e de conteúdo.

# Procuradoria-Geral do Banco Central

## Procurador-Geral

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

## Procurador-Geral Adjunto da Seção de Consultoria e Representação Extrajudicial

Marcel Mascarenhas dos Santos

## Procurador-Geral Adjunto da Seção de Contencioso Judicial e Gestão Legal

Flavio José Roman

## Subprocurador-Geral Chefe de Gabinete do Procurador-Geral

César Cardoso

## Subprocuradora-Geral da Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

### Procuradora-Chefe da Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro

Eliane Coelho Mendonça

### Procurador-Chefe da Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro

Alexandre Forte Maia

## Subprocurador-Geral da Câmara de Consultoria Monetária e Representação Extrajudicial

Nelson Alves de Aguiar Júnior

### Procurador-Chefe da Procuradoria Especializada de Consultoria Internacional, Monetária e em Regimes Especiais

Igor Arruda Aragão

### Procuradora-Chefe da Procuradoria Especializada de Representação Extrajudicial e Assuntos Penais

Kátia Cilene de Carvalho

## Subprocurador-Geral da Câmara de Consultoria Administrativa

Leonardo de Oliveira Gonçalves

### Procuradora-Chefe da Procuradoria Especializada de Consultoria Administrativa

Chiarelly Moura de Oliveira

## Subprocurador-Geral da Câmara de Contencioso Judicial e Dívida Ativa

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho

### Procurador-Chefe da Procuradoria Especializada de Processos da Dívida Ativa e Execução Fiscal

Marcus Vinícius Saraiva Matos

### Procurador-Chefe da Procuradoria Especializada de Processos Judiciais Relevantes

Lucas Farias Moura Maia

### Procurador-Chefe da Procuradoria de Contencioso Judicial do Banco Central no Distrito Federal

Ériton Bittencourt de Oliveira Rozendo

## Subprocurador-Geral da Câmara de Supervisão Regional

Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado

### Procurador-Chefe da Procuradoria Regional do Banco Central no Ceará

Jamacy José da Silva Junior

### Procurador-Chefe da Procuradoria Regional do Banco Central em Minas Gerais

Leandro Novais e Silva

**Procuradora-Chefe da Procuradoria Regional do Banco Central no Paraná**  
Fernanda Rosa de Oliveira Rodrigues

**Procurador-Chefe da Procuradoria Regional do Banco Central em Pernambuco**  
Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

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

**Procurador-Chefe da Procuradoria Regional do Banco Central no Rio Grande do Sul**  
Guilherme Centenaro Hellwig

**Procuradora-Chefe da Procuradoria Regional do Banco Central em São Paulo**  
Tânia Nigri

**Gerente-Geral de Gestão Legal**  
Leonardo Campos Coutinho

**Gerente da Gerência de Gestão e Planejamento**  
Alessandra Barros Monteiro

**Gerente da Gerência de Registros Jurídicos e Controles Financeiros**  
Iuri David Iunes

# Sumário

## Editorial

Nota da Edição

*Leandro Novais e Silva, 8*

## Artigos

Sistema Financeiro Internacional e os Seus Efeitos na Soberania Estatal

*Juvandi Gomes Duarte Junior e Fabrício Pontin, 10*

Manutenção de Contratos de Desconto Bancário em Procedimentos de Recuperação Judicial

*Paulo Roberto de Sousa Bigolin, 25*

Métodos Adequados e Recuperação de Crédito: acesso eficiente à Justiça e incremento da recuperação de crédito bancário

*Bruna Malveira Ary Mota e Gustavo Raposo Pereira Feitosa, 39*

Adiantamentos de Contratos de Câmbio: créditos de privilégio especial, quirografários ou não falimentares?

*Marcos Dias de Oliveira, 60*

Da Possibilidade da Concessão de Crédito Educativo Fora da Atividade Exclusiva de Instituição Financeira

*Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa e Rogério Alexandre de Oliveira Castro, 76*

A Juridicidade da Revisão das Decisões Sancionatórias da CVM pelo CRSFN: uma nova reflexão

*Renata Maccacchero Victer, 87*

O Direito Fundamental à Segurança Jurídica e o Controle dos Atos Administrativos pela Administração Pública: uma análise do tema de Repercussão Geral nº 839

*Mirela Miró Ziliotto e Rafaella Brustolin, 104*

Limites da Eficácia Subjetiva de Sentença Proferida em Ação Coletiva: a recente fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal

*Felipe de Vasconcelos Pedrosa, 117*

A Ineficiência do Poder Judiciário como um Fator de Estímulo ao Descumprimento dos Contratos: reflexões à luz da análise econômica do direito

*Victor Guedes Trigueiro, 135*

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

Petição 2602/2018

Memorial apresentado pelo Banco Central, na Ação Ordinária nº 78565-07.2014.4.01.3400, em curso perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Na manifestação, a Autarquia defende a validade do ato administrativo que indeferiu o pedido da parte autora para constituir corretora de câmbio, em virtude do não adimplemento dos requisitos estabelecidos pelas Resoluções nº 3.040, de 2002, e nº 3.568, de 2008, do Conselho Monetário Nacional.

*Luciana Lima Rocha e Ériton Bittencourt de Oliveira Rozendo, 150*

Petição 3023/2018

Memorial apresentado pelo Banco Central, perante a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na Apelação nº 0025702-89.2005.4.01.3400, por meio do qual se sustenta a validade da decisão da Autarquia que aplicou pena pecuniária à recorrente, com base no Decreto nº 23.258, de 1933.

*Débora Pereira Gonçalves e Marcus Vinícius Saraiva Matos, 163*

Parecer Jurídico 256/2018

Parecer que analisa a possibilidade de atuação do Banco Central, em juízo, na qualidade de *amicus curiae*, junto ao Superior Tribunal de Justiça, em demanda coletiva, promovida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Na ação, o *Parquet* pretende limitar o percentual de juros remuneratórios cobrados pela instituição financeira ré à taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central, acrescida de um quinto, o que equivaleria aos juros por ela utilizados para remunerar operações de crédito à pessoa física, na modalidade pessoal não consignado.

*Miriam Cristina Nardin Gutschow, Guilherme Centenaro Hellwig e Flavio José Roman, 168*

Petição 7024/2017

Atuação do Banco Central como *amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165-0/DF, perante o Supremo Tribunal Federal, a respeito do acordo firmado entre entidades representativas de consumidores e de instituições financeiras, objetivando o “*exaurimento definitivo das discussões relacionadas a expurgos inflacionários de poupança*”.

*Cristiano Cozer, Flavio José Roman, Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho, Leandro Sarai e Ricardo Ferreira Balota, 189*

## **Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, 199**

## Nota da Edição

O primeiro número do volume 12 da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central oferece aos leitores conjunto de artigos e manifestações que mantêm a tradição da publicação, agora no seu décimo segundo ano ininterrupto e em edição eletrônica, com ênfase no Direito Econômico da Regulação Financeira, além de temas afins da Administração Pública e da relação desta e dos administrados com o Poder Judiciário.

Iniciando com a temática do Direito Econômico da Regulação Financeira, a Revista traz o artigo de **Juvasndi Gomes Duarte Junior** e **Fabício Pontin**, “Sistema Financeiro Internacional e Seus Efeitos na Soberania Estatal”, que enfrenta a tormentosa questão da evolução do sistema financeiro internacional e o impacto desse desenvolvimento para a soberania estatal. Os autores encontram inúmeras correlações possíveis entre as alterações do sistema financeiro internacional e a capacidade de os Estados exercerem sua soberania.

Continuando na linha da regulação financeira, agora de cunho regulatório interno, destacam-se três artigos sobre contratos, recuperação judicial e falência. O primeiro, de **Paulo Roberto de Sousa Bigolin**, “Manutenção de Contratos de Desconto Bancário em Procedimentos de Recuperação Judicial”, cuida da possibilidade da manutenção dos contratos de desconto bancário, mesmo diante da constatação pela instituição financeira do risco de inadimplemento, de maneira a garantir a acessibilidade de crédito para a empresa em recuperação judicial.

O segundo, de **Bruna Malveira Ary Mota** e **Gustavo Raposo Pereira Feitosa**, “Métodos Adequados e Recuperação de Crédito: acesso eficiente à Justiça e incremento da recuperação de crédito bancário”, envereda pela atualíssima questão dos métodos alternativos para resolução de conflitos, calcados na mediação e na conciliação, de maneira a tornar o sistema mais eficiente, com possíveis impactos positivos na recuperação do crédito bancário.

O terceiro, de **Marcos Dias de Oliveira**, “Adiantamentos de Contratos de Câmbio: créditos de privilégio especial, quirografários ou não falimentares?”, trata da natureza jurídica dos adiantamentos dos contratos de câmbio (ACCs) em poder de sociedade empresária em regime falimentar. O autor defende posição, em discordância à Súmula nº 307 do STJ, de que os ACCs deveriam ser classificados como créditos quirografários, advogando, assim, contra o entendimento sumulado da restituição antes do pagamento de qualquer crédito falimentar.

Ainda na regulação bancária exclusivamente, **Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa** e **Rogério Alexandre de Oliveira Castro**, com o artigo “Da Possibilidade da Concessão de Crédito Educativo Fora da Atividade Exclusiva de Instituição Financeira”, debatem o importantíssimo tema da concessão de crédito educativo. Sustentam a possibilidade de concessão do crédito fora da atividade de instituição financeira, em geral ofertado pelas próprias unidades educacionais, com modalidade sem pagamento de juros, e, portanto, pontuam ser este um crédito de natureza não bancária, não sujeito ao regime de controle do Sistema Financeiro Nacional (SFN). O artigo traz ainda estudo de caso, com o crédito educativo ofertado pelo Centro Universitário Hermínio Ometto.

Último tema de regulação financeira, relacionado ao seu poder sancionatório, é objeto do artigo de **Renata Maccacchero Victor**, “A Juridicidade da Revisão das Decisões Sancionatórias da CVM pelo CRSFN: uma nova reflexão”. A autora investiga eventuais problemas de juridicidade na revisão pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) das punições aplicadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Sustenta, analisando as características das agências reguladoras e seu poder normativo, que a revisão das decisões seria incompatível com o desenho institucional traçado para a CVM. Evidencia seu argumento com o caso julgado pelo CRSFN, o caso Eletrobras, além da alteração legislativa promovida pela Lei 13.506/2017.

Na temática Administração Pública, Poder Judiciário e processo civil destacam-se dois artigos. O primeiro, de **Mirela Miró Ziliotto** e **Rafaela Brustolin**, “O Direito Fundamental à Segurança Jurídica e o Controle dos Atos Administrativos pela Administração Pública: uma análise do tema de Repercussão Geral nº 839”, enfrenta a questão da possibilidade de anulação de atos administrativos inconstitucionais a qualquer tempo, debatendo, assim, o exercício do poder de autotutela administrativa. As autoras confrontam o princípio da legalidade estrita com a segurança jurídica, com apoio no Recurso Extraordinário nº 817.338, do Supremo Tribunal Federal (STF), e na Repercussão Geral nº 839, para sustentarem que o intérprete não pode frustrar a confiança dos cidadãos depositada na legitimidade da atuação administrativa, devendo primar, em determinadas circunstâncias, pela eficiência da Administração Pública.

O segundo, de **Felipe de Vasconcelos Pedrosa**, “Limites da Eficácia Subjetiva de Sentença Proferida em Ação Coletiva: a recente fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal”, debate o julgamento do Recurso Extraordinário nº 612.043, pelo STF, com repercussão geral, que limitou a eficácia subjetiva da sentença proferida em ação coletiva por associação. O autor critica a uniformização, fundamentando-se na má compreensão realizada pelo STF dos institutos afetos ao processo coletivo e das próprias regras da Lei de Ação Civil Pública.

Por fim, como último artigo, no tema relacionando (in)eficiência, Poder Judiciário e análise econômica do Direito, **Victor Guedes Trigueiro** traz o artigo “A Ineficiência do Poder Judiciário como um Fator de Estímulo ao Descumprimento dos Contratos: reflexões à luz da análise econômica do Direito”. Tema também atualíssimo, o autor utiliza dados do Relatório Anual Justiça em Números e do Banco Mundial, além de instrumentos teóricos da economia e da teoria dos jogos, para evidenciar que a prestação jurisdicional ineficiente pode funcionar como fator de estímulo ao descumprimento contratual, sinalizando eventuais soluções legislativas ou administrativas para promover eficiência.

Na seção de manifestações da Procuradoria-Geral do Banco Central, destacam-se dois memoriais e duas petições de *amicus curiae*, cuidando de temas relevantes da atuação do ente regulador. O primeiro Memorial, a **Petição nº 2.602/2018**, trata da defesa de ato administrativo do Banco Central que cancelou a autorização para funcionar de agência de turismo que atuava no mercado de câmbio. A peça sustenta a inobservância pela empresa dos requisitos estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e a discricionariedade na atuação da autarquia.

O segundo Memorial, a **Petição nº 3.023/2018**, evidencia a defesa do Banco Central na aplicação de pena pecuniária, com base no conhecido Decreto nº 22.258/1933. A Procuradoria sustenta a inteira recepção do Decreto pelas Constituições ulteriores, em particular pela Constituição de 1988, não apresentando o diploma legal inconstitucionalidade material. Além disso, enfatiza não revogação do Decreto por legislações posteriores.

Entre as petições, a primeira, o **Parecer Jurídico nº 256/2018**, cuida da atuação do Banco Central, em juízo, na qualidade de *amicus curiae*, com o Superior Tribunal de Justiça, defendendo que a matéria de limitação da cobrança de juros remuneratórios é de competência do CMN, não se sujeitando ao Código de Defesa do Consumidor. Enfatiza que solução diversa, limitando os juros remuneratórios à taxa média de mercado, poderia configurar risco para a higidez do SFN.

A segunda manifestação, e última, a **Petição nº 7.024/2017**, também expõe a participação do Banco Central como *amicus curiae* no relevante acordo coletivo, homologado pelo STF, que teve por objetivo exaurir, em definitivo, as discussões relacionadas aos expurgos inflacionários da poupança.

Está estabelecido o roteiro da presente edição. Aproveitem a leitura!

# Sistema Financeiro Internacional e os Seus Efeitos na Soberania Estatal

Juvandi Gomes Duarte Junior\*

Fabício Pontin\*\*

*Introdução. 1 Soberania: história e conceito. 1.1 Soberania e economia nacional. 1.2 Moeda. 1.3 Taxas de juros. 1.4 Impostos. 2 Sistema Financeiro Internacional. 2.1 FMI. 2.2 Banco Mundial. 2.3 OMC. 3 As interferências das OIs na soberania estatal. Conclusão.*

## Resumo

Objetivo: Este artigo irá abordar alguns conceitos de soberania e sistema financeiro internacional e analisar os principais fatos históricos que nos permitirão criar um uma base sólida que nos viabilize avançar para compreender como o sistema financeiro internacional impacta a soberania estatal. Metodologia: As pesquisas foram baseadas nas obras dos principais autores que tratam sobre soberania e sistema financeiro internacional, e também analisando a funcionalidade das principais organizações internacionais e como elas impactam a soberania dos estados. Resultados: É notável os efeitos que a globalização e o institutos internacionais causam na soberania nacional, e é perceptível que ao analisarmos a evolução histórica deste relacionamento, encontraremos mutações relevantes que o sistema financeiro internacional tem proporcionado à soberania. Conclusão: É inegável que a soberania dos Estados sofreu alterações proporcionadas pela evolução do sistema financeiro internacional, e que compreender esse desenvolvimento é relevante para termos um parâmetro de como funciona o sistema financeiro internacional atual e de como ele se relaciona com o instituto importantíssimo das relações internacionais chamado de soberania.

---

\* Bacharel em Relações Internacionais da Universidade Unilasalle – Canoas, RS. Escrevente Autorizado no Ofício dos Registros Públicos da comarca de Alvorada, RS, desde 2009.

\*\* PHD, Doutor em Filosofia, Universidade de Illinois – Carbondale. Professor na Escola de Direito e Política e no Mestrado em Direito, Universidade La Salle – Canoas.

**Palavras-chave:** Estado. Soberania. Sistema Financeiro Internacional. Globalização.

## *International Financial System and Its Effects on State Sovereignty*

### *Abstract*

*Objective: This article will discuss some concepts of sovereignty and international financial system, and analyze the main historical facts that will allow us to create a solid foundation that allows us to advance to understand how the international financial system impacts state sovereignty. Methodology: The research was based on the works of the main authors dealing with the sovereignty and international financial system, as well as analyzing the functionality of the main international organizations and how they impact the sovereignty of the states. Results: The effects of globalization and international institutes on national sovereignty are remarkable, and it is clear that in analyzing the historical evolution of this relationship, we will find relevant mutations that the international financial system has given to sovereignty. Conclusion: It is undeniable that state sovereignty has undergone gradual changes brought about by the evolution of the international financial system, and that understanding such development is relevant in terms of how the current international financial system works and how it relates to the most important institute of international relations called sovereignty.*

**Keywords:** State. Sovereignty. International Financial System. Globalization.

## **Introdução**

No âmbito das Relações Internacionais, inúmeras vezes abordamos o quão relevante é a questão da soberania estatal, que é um fundamento básico para a constituição do Estado-Nação. A soberania abrange todas as áreas de participação do Estado, inclusive a área econômica. Grande parte dos autores de Relações Internacionais aponta para a Paz de Vestefália como o marco inicial para a constituição do Estado-Nação moderno e, assim, nasce com ele a sua soberania.

No decorrer da sua recente história, a soberania sofreu diversas transformações devido a diversos novos fatores. Instituições supraestatais, direitos humanos, direitos ambientais, blocos econômicos, entre outros, são alguns fatores que acabam por modificar ou comprometer o conceito de soberania estabelecido inicialmente em 1648.

A soberania econômica dos estados sofreu alterações também, principalmente com o advento do fenômeno da globalização (e da liberalização econômica), pela integração econômica que resulta em uma redução das fronteiras estatais, e com o surgimento de mecanismos e organizações supraestatais que vão regulamentar e ditar o ritmo do sistema financeiro internacional.

Para compreender a operacionalidade e o quão complexa é a relação da soberania estatal com o sistema financeiro internacional, é preciso fazer um apanhado histórico do sistema financeiro internacional, principalmente na história recente, devido às grandes modificações supracitadas, que se demonstraram significantes.

Este texto não visa tomar um posicionamento a respeito da dicotomia entre soberania estatal e sistema financeiro internacional. Através dele, será possível compreender e analisar o funcionamento e como se dá essa relação, e levantar os principais pontos que impactam a autonomia estatal no âmbito econômico.

## I Soberania: história e conceito

Para muitas correntes das Relações Internacionais e do Direito Internacional Público, o surgimento do Estado soberano está fortemente vinculado ao fim do feudalismo e à celebração da Paz de Vestefália em 1648. Para se compreender melhor o que foi este evento e o contexto em que ele se deu, é necessário mencionar de que forma ocorreu a Guerra dos Trintas Anos, que teve seu início no ano de 1618, derivada das tensões religiosas entre os movimentos protestante e católico, e que se espalhou por toda a Europa. Somam-se a isso os conflitos territoriais europeus, que emergem da organização sociopolítica do Sacro Império Romano-Germânico, governado por um imperador cristão católico e constituído por centenas de Estados, sendo estes controlados, de maneira quase independente, por príncipes.

Esse cenário, somado com a expansão do movimento protestante, desencadeia em 1618 numa guerra sangrenta e devastadora que assola a Europa durante 30 anos. Cansada desse longo período de conflitos, mortes, e destruição, a Europa começa a perceber a necessidade de buscar a paz, iniciando as tratativas por um acordo – que inicialmente se mostrava improvável, devido aos ânimos religiosos dos protestantes e católicos aflorados, ao ponto de que ambos se recusaram a se reunir no mesmo local.

Para viabilizar tal o acordo, foi necessário iniciar as tratativas com ambos os grupos em lugares distintos: os católicos assinaram o tratado de Münster, e os protestantes assinaram o tratado de Osnabrück. A reunião dos tratados é celebrada na cidade de Vestefália e, além de selar a paz na Europa, delimita os novos limites territoriais das nações europeias em 1648.

O surgimento do Estado moderno vem baseado no conceito de soberania estatal, que nada mais é do que a plena independência do Estado de tomar decisões que pareçam mais alinhadas ao seu objetivo ou ao objetivo da sua população, e de ser o núcleo central e unitário das políticas internas.

É possível analisar o conceito de soberania sob duas perspectivas: a interna e a externa. No âmbito interno, a soberania estatal se baseia na titularidade e na exclusividade de ser detentor do poder, o que permite criar leis estabelecendo regras de condutas, organizar-se internamente e politicamente, exercer o monopólio sobre o controle dos meios de violência, etc. Nesse sentido, Litrento descreve a soberania como: “O poder do Estado em relação às pessoas e coisas dentro do seu território, isto é, nos limites da jurisdição” (LITRENTO, 2001, p. 116).

Corroborando com essa ideia, para Thomas Hobbes a soberania é uma fonte de poder indivisível e absoluta, e esse poder é oriundo do homem, que renuncia e cede esse poder ao Estado, em busca de se evitar o caos social. Isso tudo se torna materializado através do contrato social. Lembrando que este contrato é baseado na paz social, que, se for rompida, acarreta na quebra do pacto, dando plena liberdade para o indivíduo se rebelar caso não lhe seja garantida a segurança (HOBBS, 1988, p. 109).

Ainda no âmbito interno, Jean Bodin (1530 – 1596) que é considerado o responsável por consolidar o que chamamos hoje de conceito clássico de soberania, cuja definição se assemelha com a definição de Hobbes. Bodin também identifica a soberania como a fonte legítima que dá ao seu detentor o poder de estabelecer leis e instruir o seu cumprimento. Para Bodin, a soberania é absoluta, ou seja, não identifica outro poder superior; e perpétua, pois não é exercida por um tempo delimitado (SILVA; PICININ, 2015).

No âmbito externo, a soberania estatal está pautada no equilíbrio das relações entre os diferentes Estados, derivado da independência e da igualdade formal no ordenamento jurídico internacional, sendo estes os detentores do direito de representatividade da nação perante as outras nações. Nesse sentido, o Estado agirá de acordo com sua livre razão e em busca da realização dos seus interesses no Sistema Internacional, não podendo ser descartada a hipótese de conflitos de interesses – a guerra,

nesse cenário, não é descartada como um instrumento nesse jogo. Vattel ilustra a liberdade estatal com uma analogia entre Estados e homens; para ele, da mesma forma que os homens em estado de natureza são considerados totalmente livres, os Estados soberanos podem ser considerados como pessoas livres, que vivem juntas em um estado de natureza:

[...] cabe a cada Nação decidir o que a consciência dela exige, o que ela pode ou não, o que ela acha melhor fazer ou não fazer; e por conseguinte examinar e decidir que obrigações ela pode cumprir para como outras sem falhar ao dever para consigo mesma. Em todos os casos, cabe a uma Nação julgar a extensão de suas obrigações, nenhuma outra Nação pode força-la a agir de um jeito ou de outro [...] Desde que as Nações são livres, independentes e iguais, e desde que cada uma qual tem o direito de decidir em sua própria consciência o que deve fazer para cumprir as suas obrigações, o efeito disto é produzir, pelo menos exteriormente e entre os homens, uma igualdade perfeita de direito entre as Nações na administração de seus negócios e na busca de suas pretensões. A justiça intrínseca da conduta delas, não compete às demais julgar definitivamente; destarte, o que se permite a uma, a outra é também permitido, e elas devem ser consideradas na sociedade humana como tendo direitos iguais (VATTEL, 2004, p. 7-9).

Porém, apesar do fato de que os autores abordados até aqui entendam a soberania como algo intangível, constituída por um “núcleo duro”, principalmente no âmbito das nações perante o sistema internacional, é possível notar a grande transfiguração da soberania ao longo da história, principalmente ao analisarmos a conceptualização da soberania no mundo principalmente pós II Guerra Mundial, pois agora não trata o Estado como um agente isolado, mas dentro de uma comunidade internacional, vinculados por uma interdependência complexa. Importante salientarmos que as evoluções recentes acabam por atingir também a ideia de independência, uma vez que os dois conceitos estão intrinsecamente relacionados.

## 1.1 Soberania e economia nacional

A partir desse conceito básico de soberania política, a definição de soberania econômica detida pelo Estado torna-se mais precisa. Pode-se caracterizar a soberania econômica nacional como o poder ou a capacidade que um Estado tem de controlar, de forma independente e autônoma, seus recursos econômicos, sem nenhuma interferência externa.

A seguir, será abordado, de forma mais sucinta, o que são esses recursos econômicos que os Estados detêm, caracterizando-os como elementos fundamentais que caracterizam a soberania econômica estatal.

## 1.2 Moeda

Pode-se dizer que a moeda surgiu da exiguidade das pessoas de realizarem trocas para suprirem suas necessidades. Primeiramente, tais trocas eram realizadas por mercadorias que desempenhavam um papel de moeda e, com o aumento de pessoas e consequentemente o aumento de trocas, surgiu a necessidade de criar um mecanismo que facilitasse as transações comerciais. A moeda nos dias atuais é considerada um instrumento fundamental para a operação de mercado. Além da sua função primordial de ferramenta facilitadora de trocas, ela ainda exerce outras duas funções, que são:

- a) a função de Unidade de conta: através dela é estabelecido um padrão monetário nacional, para que todas as mercadorias produzidas no Estado, possa ter seu valor definido pelos seus respectivos preços monetário;
- b) a função de Reserva de Valor: essa função está fundamentalmente vinculada à função primordial da moeda, que é ser um meio de troca. Quando a troca de mercadorias era a via oficial que regulamentava as transações comerciais, ao vender uma mercadoria você imediatamente recebia outra mercadoria. Assim, o indivíduo não tinha a liberdade de escolher o tempo de compra. Com a moeda, é possível ter um intervalo de tempo entre a venda de uma mercadoria (receita) e a aquisição de uma outra mercadoria (despesa).

O detentor do poder de controlar a emissão de moedas é o Estado, que, através de sua política monetária, na maioria dos casos exercida pelos bancos centrais, vai controlar o fluxo de moeda, o valor da moeda, as taxas de juros e a sua credibilidade. Para realizar sua política monetária, o Estado pode utilizar-se de alguns instrumentos de controle monetário, os quais podem ser (rol exemplificativo):

- Recolhimento compulsório: esse instrumento se trata de um depósito obrigatório realizado pelos bancos comerciais no Banco Central, que, como supracitado, trata-se do instituto pelo qual o Estado vai determinar a política monetária. Através do recolhimento compulsório, o Estado tem o poder de aumentar ou diminuir o fluxo de moedas no seu país. Quando o Estado tem interesse de diminuir a circulação de moedas, ele aumenta a taxa de compulsório, pois assim os bancos comerciais terão menos créditos, resultando em um encolhimento da economia. No momento em que o Estado necessita aumentar a circulação de moedas, ele diminui a taxa de compulsório, e dessa forma os bancos comerciais ficam com mais crédito. Conseqüentemente ocorre o aumento de consumo e assim a economia aquece;
- Redesconto bancário: outro instrumento de controle da política monetária é o redesconto bancário, que é o controle dos juros dos empréstimos que o Banco Central faz aos bancos comerciais. Esses empréstimos são chamados de “empréstimos de assistência à liquidez”. Quando o Estado tem interesse de aumentar o fluxo de moedas no país e aquecer a economia, ele baixa a taxa dos empréstimos, assim os bancos farão mais empréstimos e conseqüentemente haverá mais crédito disponível no mercado. Quando a intenção é desestimular a economia e retirar moeda de circulação, o Estado faz o movimento inverso, aumentando as taxas e diminuindo o crédito oferecido no mercado;
- Operação com títulos públicos: pode-se dizer que esse é um dos instrumentos mais eficazes que ajudam o governo a regulamentar a política monetária, tendo em vista que os reflexos desse instrumento ocorrem em curto prazo. Se o Estado necessita aumentar a taxa de juros, e conseqüentemente diminuir a circulação de moedas, ele vende os títulos disponíveis. Por outro lado, se o Estado tem interesse em diminuir a taxa de juros, e assim aumentar a circulação de moedas, ele resgata os títulos públicos em circulação.

### 1.3 Taxas de juros

A taxa de juros está intrinsecamente vinculada à política monetária, pois é através da política monetária que o governo irá influenciar as taxas de juros e conseqüentemente afetará a economia diretamente. Ao elevar a taxa de juros, o governo acaba por desestimular a economia, pois o crédito fica mais escasso, os financiamentos mais caros e, conseqüentemente, o consumo da população

diminui, retraindo a economia. Ao reduzir a taxa de juros, o governo está operando para estimular a economia, na medida em que a redução da taxa de juros aumenta o crédito no mercado e, ato contínuo, a quantidade de financiamentos, aquecendo o comércio, que passa a consumir mais.

#### 1.4 Impostos

O Estado, no seu poder fiscalizatório, tem autoridade para recolher recursos da sua população. O imposto é uma imposição financeira derivada de um fato gerador, calculado através de uma alíquota previamente estipulada. A sonegação de impostos resulta em sanções civis e penais, seja a pessoas físicas ou jurídicas. Usualmente, os impostos são a principal fonte de arrecadação financeira que um Estado detém, e a soberania estatal não é aplicada somente em recolher tributos, mas também na aplicação desses recursos internamente. Normalmente, esses recursos são usados para custear a máquina pública. Para exemplificar ainda mais como esse instrumento pode ser uma projeção real da soberania estatal, podemos mencionar os impostos aduaneiros de importação e exportação. Esses impostos são classificados com função extrafiscal, pois, diferentemente dos demais impostos sobre câmbio, operações de crédito, títulos e valores mobiliários, os impostos de importação e exportação influenciam a economia de uma maneira mais ampla, na medida em que estão fortemente vinculados à produção industrial nacional, disciplinando as exportações e importações de um país. Por exemplo, ao elevar as alíquotas dos impostos de exportação de determinado produto, o governo está incentivando que a produção desse determinado produto se volte para o mercado interno; e, ao elevar as alíquotas dos impostos de importação de determinado setor/produto, o governo está incentivando que o consumo desse determinado produto/setor se volte para produtos industrializados nacionalmente.

## 2 Sistema financeiro internacional

Partindo do pressuposto de que cada Estado-Nação possui a sua autonomia financeira, bem como diferentes vias de regulamentação da economia e diferentes estruturas econômicas, pode-se conceituar o sistema financeiro internacional como fluxos econômicos de moedas, comércios, aplicações, pagamentos, empréstimos transfronteiriços, realizados por governos, bancos, empresas ou até mesmo pessoas, e cuja principal finalidade é facilitar e regulamentar essa cadeia de atividade de maneira a maximizar os ganhos.

O sistema financeiro internacional é constituído de uma série de regramentos e critérios aceitos e definidos pelos Estados que participam desse regulamento econômico. Houve alguns padrões de regulamentos importantes que tentaram redefinir o sistema financeiro internacional na história, são eles: o padrão-ouro e o sistema de Bretton Woods (FERREIRA, 2012). Ambos com uma característica em comum para a regulamentação do sistema internacional que é o estabelecimento de uma moeda internacional, pois se todos os países utilizassem suas próprias moedas nas relações comerciais, evidentemente haveria uma incompatibilidade de valor.

O padrão-ouro estabeleceu o regramento do sistema financeiro internacional de 1870 até 1914, fundamentado principalmente na conversibilidade das moedas em ouro, livre movimento internacional do ouro, regras que vinculavam as moedas em reservas nacionais dos países e uma taxa de câmbio fixa de cada moeda em ouro. Dessa forma, durante um período, esse padrão limitou o crescimento monetário mundial e assegurou a estabilidade nos níveis dos preços mundiais.

Porém, com a Primeira Guerra Mundial, os governos financiavam os conflitos emitindo moedas sem controle, gerando a alta da inflação e um *deficit* de ouro no mundo. Consequentemente, os países começaram a abandonar o padrão e reformular medidas econômicas para remediar momentaneamente as crises econômicas internas, e consequentemente o padrão-ouro veio ao fim junto com a guerra (KRUGMAN, 2005).

No dia 1º de julho de 1944, o mundo foi convocado pelo presidente dos Estados Unidos a uma pequena cidade chamada de Bretton Woods, onde foi elaborado um acordo, que levaria o mesmo nome da pequena cidade que sediava o evento, e que iria regulamentar o sistema monetário internacional, estabelecer regras, instituições e procedimentos que iriam ditar o ritmo sistema financeiro internacional até os dias de hoje. O objetivo principal era elaborar medidas que permitissem evitar as graves crises monetárias vividas no período entre guerras, bem como elaborar planos capazes de socorrer governos das crises financeiras. Dentre outras medidas, vale destacar a criação do Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (Bird – que mais tarde viria a ser desmembrado entre o Banco Mundial e o Banco para Investimento Internacionais), que detinha essa função principal de dar suporte financeiro aos governos, mas, para isso, era necessário a adoção de um conjunto de regras a serem seguidas pelos países. As taxas de câmbios desses países eram mantidas em uma faixa indexada ao dólar com uma margem de flutuação de 1%, e esse valor estaria atrelado ao ouro. Porém, devido à grande demanda mundial por ouro, em 1971 o presidente Richard Nixon deu fim ao sistema Bretton Woods, encerrando a conversibilidade do dólar em ouro, transformando o dólar em uma moeda de reserva usada pela maioria dos Estados.

## 2.1 FMI

O Fundo Monetário Internacional (2016) tem como objetivo principal o incentivo à cooperação monetária internacional, bem como a facilitação, a expansão e o crescimento equilibrado do comércio internacional, e o incentivo e a estabilidade da taxa de câmbio. O FMI subsidia países com problemas com a balança de pagamentos, onde as autoridades nacionais devem implantar os programas de ajustamento determinados pelo FMI. Alguns apoios financeiros estão estritamente condicionados ao seguimento do programa.

Ao se integrar ao FMI, é atribuída uma cota inicial que deverá ser paga pelo país ao ingressar na instituição. Essa cota irá determinar o seu compromisso financeiro com a instituição, bem como seu poder de voto, e vai auxiliar nos parâmetros para obtenção de financiamento. A estipulação da cota de cada país é medida através de uma fórmula que leva em consideração o PIB (peso de 50%), a abertura financeira (peso de 30%), a variabilidade econômica (peso de 15%) e as reservas internacionais (peso de 5%).

O programa chamado de “desenvolvimento de capacidade” trata-se de uma assistência que fornece capacitação e treinamento disponível para ajudar todos os 189 membros a fortalecer sua economia, com políticas efetivas nas áreas de administração tributária, gerenciamento de despesas, políticas monetárias e cambiais, supervisão e gerenciamento dos sistemas bancários e financeiros.

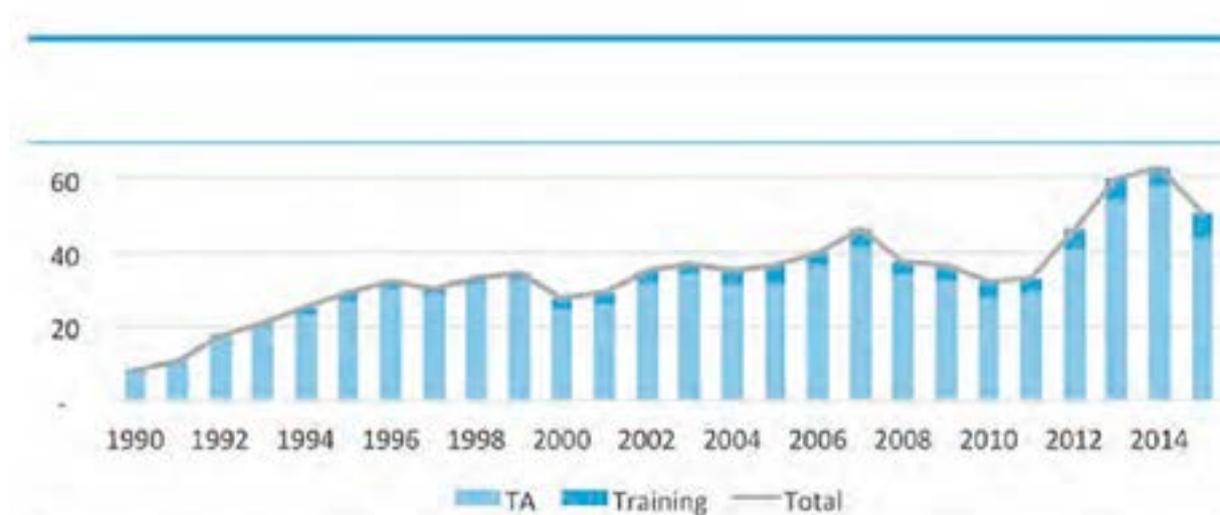
O desenvolvimento de capacidades concentra-se em algumas áreas de competência privativa do Estado soberano, determinando políticas e medidas a serem tomadas para fortalecer a economia estatal, as áreas de concentração são:

- a) **Política Fiscal:** assessorando o governo a mobilizar suas receitas e gerenciar as despesas de maneira mais efetiva, através da inclusão de políticas tributárias;

- b) Políticas do setor monetário e financeiro: em trabalho conjunto com os bancos centrais, estabelece políticas monetárias e cambiais para regular e supervisionar os setores financeiros;
- c) Estruturas jurídicas: ajudam os países a alinhar os quadros jurídicos a padrões internacionais que permitem desenvolver reformas sólidas;
- d) Estatísticas: auxiliam os países na elaboração e na gestão de relatórios estatísticos econômicos.

Abaixo, gráfico quantitativo da aplicação do programa de desenvolvimentos de capacidades do ano de 1990 ao ano de 2015.

Figura 1 – Programa de desenvolvimento de capacidades (1990-2015)



Fonte: Fondo Monetario Internacional, 2016.

Ao integrar o FMI, o país-membro tem à sua disponibilidade algumas linhas de crédito, umas disponíveis a todos os países-membros, outras que estão sujeitas a algumas condicionalidades. As condicionalidades são requisitos vinculados a alguns empréstimos. Muitas vezes elas não têm natureza financeira, como implementar privatizações. Algumas condicionantes podem ser mais incisivas nas diretrizes governamentais, elas são chamadas de “programas de ajuste estrutural”, geralmente requisitada aos países mais pobres e a novos integrantes do fundo.

Existem diversas linhas de crédito oferecidas aos integrantes do fundo, algumas previamente disponíveis, outras disponibilizadas de acordo com as condicionalidades:

- Assistência Emergencial: são disponibilizados aos membros do Fundo empréstimos emergenciais em casos de catástrofes naturais, que estão sujeitos a taxa básica de comissão e com prazo de amortização de até 5 anos;
- Acordo Stand-By (SBA): esse limite abrange a maior parte dos recursos utilizados pelos membros. É destinado aos países com problemas nas suas balanças de pagamento. O programa estabelece metas (condicionalidades) que geralmente são destinadas para a solução da própria balança de pagamento, e o desembolso dos empréstimos ocorre de maneira gradual, conforme o cumprimento das condicionalidades que podem gerar até mudanças na política econômica. O prazo de amortização é de 3 anos e meio a 5 anos;
- Linha de Crédito Flexível (FCL): essa linha é voltada a países com economias e políticas mais sólidas e bom histórico financeiro. Apesar de essa linha não exigir condicionalidades, para

um país poder fazer uso do limite, deve solicitar e preencher alguns critérios de qualificação predefinidos. O prazo de amortização também é de 3 anos e meio a 5 anos;

- Linha de Crédito Preventivo (PCL): essa linha tem como objetivo a prevenção de crises e é destinada a países com economias e políticas mais sólidas, com bom histórico econômico. É permitido que o país apresente algumas vulnerabilidades que não permitam que ele se encaixe nos critérios exigidos no FLC, mas que também não exijam grandes ajustes na política econômica, como é exigido no SBA. Essa linha também exige alguns critérios de qualificação semelhante ao FCL e condicionalidades para solucionar problemas na balança de pagamentos, conforme a SBA. O acesso ao limite pode ir de 500% da cota de cada país e pode chegar a 1.000%, desde que seja comprovada uma evolução na implementação das medidas voltadas à redução das vulnerabilidades (FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, 2011).

## 2.2 Banco Mundial

O Banco Mundial também foi uma instituição criada na conferência de Bretton Woods, que inicialmente era denominado de Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (Bird), cujo objetivo principal era atender às necessidades de financiamento para reconstrução dos países devastados na Segunda Guerra Mundial. Ao longo do tempo, foi mudando seu foco para países em desenvolvimento, dos quais grande parte obteve independência pós-II Guerra. Atualmente, o Banco Mundial é composto por duas organizações: o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (Bird) e a Associação Internacional de Desenvolvimento (IDA).

A estrutura organizacional do Banco Mundial é muito semelhante à estrutura do FMI, inclusive a distribuição do poder de voto, que é equivalente à participação financeira de cada país. Atualmente, os países com maior poder de voto são: Estados Unidos (único com poder de veto), Japão, China, Alemanha, Reino Unido, França e Índia.

A atual finalidade do Banco Mundial é fornecer subsídios e financiamentos para governos em desenvolvimento que necessitem investir nas áreas de educação, saúde, administração pública, infraestrutura, desenvolvimento do setor financeiro e privado, agricultura e gestão ambiental e de recursos naturais. Alguns projetos são co-financiados por outros governos, instituições financeiras, bancos comerciais, agências de crédito e investidores do setor privado.

Para exemplificar a dinâmica das relações comerciais do Banco Mundial, é possível citar o *Development Policy Financing* (DPF), o qual objetiva financiar políticas institucionais visando ao fortalecimento da gestão pública, permitindo uma melhor estabilidade econômica, gerando um ambiente mais favorável a investimentos estrangeiros.

The DPF policy emphasizes country ownership and alignment, stakeholder consultation, donor coordination, and results, and requires a systematic treatment of fiduciary risks and of the potential environmental and distributional consequences of supported policies. DPF can be extended as loans, credits, or grants. Funds are made available to the client based on: - maintenance of an adequate macroeconomic policy framework, as determined by the Bank with inputs from IMF assessments; - satisfactory implementation of the overall reform program; - completion of a set of critical policy and institutional actions agreed between the Bank and the client. (DEVELOPMENT POLICY OPERATIONS, 2009).

Outro grande questionamento aos efeitos colaterais que o banco proporciona aos seus clientes está vinculado à política de transparência do banco. O banco, ao requisitar e financiar um projeto, torna públicas as informações relativas aos projetos a serem financiados. Tal procedimento é criticado, pois geraria um favorecimento às multinacionais que teriam maiores condições e estrutura para se adequarem aos critérios exigidos pelo banco.

Ao longo do tempo, o Banco Mundial tem elevado cada vez mais a sua participação no cenário global. É possível notar esse crescimento no gráfico a seguir, retirado do Relatório Anual do Banco Mundial de 2017.

Tabela 1 – Desembolsos para o exercício financeiro 2017

**TABELA 2 DESEMBOLSOS PARA O EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2017**  
EM MILHÕES DE DÓLARES

REGIÃO	BIRD (US\$ MILHÕES)	AID (US\$ MILHÕES)	TOTAL BIRD/AID (US\$ MILHÕES)	TOTAL DA PARCELA BIRD/AID (PERCENTAGEM)
África	427	6.623	7.050	23
Leste Asiático e Pacífico	3.961	1.145	5.106	17
Europa e Ásia Central	2.799	310	3.109	10
América Latina e Caribe	3.885	229	4.114	13
Oriente Médio e Norte da África	5.335	391	5.726	19
Sul da Ásia	1.454	3.970	5.424	18
Total	17.861	12.668	30.529	100

Observação: O total dos compromissos da AID não inclui um subsídio de US\$ 50 milhões para o Mecanismo de Financiamento de Emergência Pandêmica.

Fonte: BANCO MUNDIAL, 2017, p. 35.

## 2.3 OMC

A OMC teve como seu predecessor o GATT 47 (*General Agreement on Tariffs and Trade* – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio), que surgiu em 1947 com caráter provisório e com o objetivo de estabelecer um conjunto de normas e regulamentos que visavam expandir a liberalização multilateral, combatendo práticas protecionistas. O GATT tinha um caráter provisório, pois deveria vigorar até a criação da Organização Internacional do Comércio, que não saiu do papel devido à recusa dos Estados Unidos em ratificar ao acordo.

Diversas rodadas (reuniões gerais) foram modificando as normas e os acordos que compunham o GATT. A Rodada Uruguai (1986) foi a mais importante de todas, pois tratou alterações importantes nos regramentos do GATT, criando uma versão nova do acordo (GATT 94), que mantém a vigência do GATT 47, porém com a aderência de outros acordos que acabaram culminando na criação da Organização Mundial do Comércio (OMC).

A OMC foi oficialmente fundada em 1º de janeiro de 1995 e tem como premissa a supervisão e a liberalização do comércio internacional. Suas principais funções são a administração de acordos comerciais, a solução de divergências comerciais entre seus membros, a supervisão das políticas comerciais através de normas, e funciona como um foro central para negociações comerciais.

Garantir a fluidez do comércio internacional de maneira que proporcione o desenvolvimento econômico e o bem-estar sem causar efeitos colaterais é o objetivo essencial da OMC, e isso muitas vezes implica redução de obstáculos e barreiras comerciais. No entanto, a OMC pode incentivar ou permitir bloqueios comerciais, por exemplo, para proteger consumidores ou evitar a disseminação de doenças.

As principais decisões da OMC são tomadas por todos os membros. Geralmente, as decisões mais importantes são discutidas na Conferência Ministerial, que ocorre a cada dois anos, e as atividades da organização são dirigidas pelo Conselho Geral. Ambos os institutos contam com a participação efetiva de todos os membros. O órgão também conta com um secretariado que ajuda na coordenação das atividades.

Qualquer Estado ou Território Aduaneiro que tenha soberania nas suas políticas comerciais pode aderir à OMC, porém, para se tornar membro da OMC, os países ingressantes devem primeiramente aderir ao GATT e aos demais acordos e concordar com as condições impostas pela organização, as quais passam por quatro etapas:

- primeiramente, deve criar um memorando e detalhar sobre todos os aspectos a política econômica e comercial adotada pelo país. O memorando é submetido à revisão de um grupo de trabalho que pode ser formado por qualquer membro integrante da OMC;
- Após a abertura da sua política econômica e da sua análise, são iniciadas negociações bilaterais do novo membro com diversos países, tendo em vista que cada país tem diferentes interesses comerciais. As negociações abrangem tarifas, acesso ao mercado, políticas nas áreas de bens e serviços, e todos os acordos realizados bilateralmente devem ser aplicados a todos os membros da OMC, por conta do acordo com a disposições de normas de não discriminação, ou seja, todas as ofertas colocadas na mesa em uma negociação entre um país A e um país B automaticamente beneficiam todos os demais países integrantes da organização;
- Posteriormente, o grupo de trabalho elabora um termo de condições para adesão, com enumerados compromissos firmados pelo futuro membro. Essa lista de compromissos, juntamente com um relatório, é submetida ao crivo do Conselho Geral ou da Conferência Ministerial da OMC, e deverá ser aprovada por ao menos dois terços dos seus membros e, se aprovado, o membro pode fazer parte da organização desde que não seja necessária a ratificação parlamentar do país (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, 2017b).

Os membros, ao aderir ao GATT, comprometem-se a anunciar publicamente, em menor prazo possível, um cronograma para a remoção das medidas restritivas sobre importações que são adotadas pelo seu governo. Será instituído um Comitê sobre Restrições de Balança de Pagamentos que realizará consultas a fim de examinar todas as medidas restritivas sobre as importações. Para aplicar novas restrições, os membros deverão consultar o comitê em um prazo mínimo de 6 (seis) meses antes da aplicação das restrições (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, 2017a).

### 3 As interferências das OIs na soberania estatal

No último século, a crescente modernização dos mercados; o elevado fluxo de informações; o surgimento das multinacionais; a terceirização da produção industrial juntamente com o fenômeno da produção conjunta de um bem, oriunda de diversas economias com insumos diferentes; e o aumento do fluxo de capitais acarretaram em uma redução das fronteiras e caracterizam o fenômeno da globalização. Para Giddens (1991, p. 60), a globalização é a “intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam comunidades distantes, de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo em muitas milhas [...]”.

Ao longo do desenvolvimento da globalização, surgiram inúmeras Organizações Internacionais (OIs), oriundas da necessidade de organismos supraestatais de intermediar a nova conjuntura

global e de regulamentar a interação entre os atores, e até mesmo fornecer subsídio financeiro para estimular a expansão da própria globalização financeira.

Como vimos anteriormente, o FMI tem a finalidade de fornecer subsídios financeiros aos países-membros, porém os recursos financeiros podem vir com prescrições políticas que são uma série de medidas corretivas das políticas econômicas para equilibrar a balança de pagamento. Ao iniciar, os membros devem seguir as orientações constantes do desenvolvimento de capacidades, que irá propor as medidas corretivas para que possam transmitir solidez na balança de pagamento.

Ao realizar empréstimos com o FMI, o país devedor está vulnerável às condições impostas pela instituição, chamadas de condicionalidades. E isso afeta de certa forma a sua soberania financeira, uma vez que o país se submete a exigências da organização que podem exigir desde privatizações, corte de despesas, mudanças nas políticas fiscais etc.

Na maioria dos casos, o FMI e os países inicialmente possuem interesses divergentes. Ao buscar recursos financeiros externos, o país busca subsídios que possam estabilizar a economia, criar empregos, diminuir a pobreza, estimular o crescimento. Porém, inicialmente, o programa vai de encontro a esses objetivos, visto que ele objetiva criar solidez econômica que possa permitir uma reestruturação financeira ao país, até mesmo para que ele tenha condições de cumprir os compromissos com a própria instituição. Então, para alguns setores, o FMI com suas condicionalidades, em um primeiro momento, pode agravar a recessão e elevar o desemprego.

Por possuir estrutura e funcionamento semelhante ao FMI, o Banco Mundial acaba herdando as principais críticas do fundo. Porém uma das maiores críticas ao Banco Mundial é que, ao abrir a possibilidade de investimentos de projetos em países em desenvolvimento – seja para países ou instituições –, o país devedor estaria vulnerável às condicionantes impostas por esses financiadores que, seguindo uma lógica realista, só financiaria projetos que fossem guiados por interesses próprios; ou que, por estarem submetidos à condição fragilizada na relação credor-devedor, os países devedores estariam fragilizados perante as demais arenas do sistema internacional.

A OMC está vinculada a várias críticas no que pesa a sua afetação nas soberanias estatais, tanto que o GATT inicialmente não foi ratificado pelo congresso dos Estados Unidos por receio de que haveria efeitos sobre sua soberania e autonomia comercial. Como o objetivo principal da OMC são a liberalização e a fluidez do comércio internacional, seu regramento acaba engessando os países no que tange à autonomia da sua política comercial, impedindo muitas vezes que esses países tracem políticas protecionistas para fortalecer seu comércio doméstico.

Essa regra é tratada pelo Artigo II do GATT, chamado de Cláusula do Tratamento Nacional, que proíbe a discriminação de produtos nacionais ou importados; ou seja, todos os produtos importados devem receber o mesmo tratamento que os produtos nacionais recebem. É vedado qualquer ato que possa desfavorecer o produto estrangeiro, sejam taxas, impostos, regulamentos técnicos, exigências de embalagens ou sanitárias etc.

Todo benefício que resultar de uma negociação bilateral entre membros da OMC deverá ser estendido aos demais membros do órgão. Esse é outro pilar importantíssimo da OMC. A chamada Cláusula de Nação Mais Favorecida (Artigo I) veda o tratamento diferenciado entre os membros e estabelece que todo o benefício, vantagem, imunidade ou privilégio concedido em uma negociação passa a abranger todos os membros de forma automática e incondicionalmente. Apesar de favorecer as nações menos desenvolvidas – pois os benefícios oriundos das negociações entre dois países desenvolvidos economicamente passam a valer entre todos os membros, inclusive aqueles que não teriam poder de barganha para tanto –, o acordo acaba travando negociações bilaterais e impede que os países obtenham vantagens em negociações com países específicos.

Outras regras limitam as tarifas que podem ser impostas a determinados produtos. Há uma listagem de produtos e de tarifas máximas que podem ser cobradas por produto. Cada país fica proibido de impor tarifas que ultrapassem esses limites. Dessa forma, os Estados perdem a liberdade e a autonomia tarifária sobre os produtos exportados e importados.

Também é vedado aos membros medidas e restrições quantitativas às importações, ou seja, não é permitido elaborar instrumentos que limitem o valor e a quantidade de produtos que ingressam no país. Dessa forma, é proibida a instituição de quotas de importação que estipulem uma quantidade limite de um produto importado autorizada a entrar no mercado de determinado país. As quotas tarifárias também ficam proibidas, pois estabelecem uma faixa de tarifas até uma quantidade de produto importado e uma faixa de tarifas superior à quantidade de produtos que excederem esse limite.

Recentemente, União Europeia e Japão fizeram denúncias contra o Brasil na OMC, que culminaram em uma condenação por parte do órgão ao país. As denúncias tratam de sete programas de incentivos fiscais que buscam combater o recesso econômico e aquecer a economia, entre eles o Programa de Inclusão Digital e o Inovar-Auto, que reduz os impostos de carros produzidos no Brasil com peças nacionais. Os programas foram proibidos por favorecerem os produtos produzidos no Brasil e dificultar as importações desses itens.

Alguns autores vão defender que a soberania estatal está em declínio ou até mesmo prestes a se extinguir. Isso é resultado das grandes organizações financeiras internacionais que cada vez mais se tornam protagonistas nas diretrizes das políticas econômicas dos Estados. Nesse sentido, Ferajoli (2002, p. 23) nos afirma:

[...] falar da soberania e de seus eventos históricos e teóricos importa afirmar que os acontecimentos daquela formação político-jurídica particular que é o Estado nacional moderno, nascida na Europa há pouco mais de quatro séculos e exportada no século XX para todo o planeta, hoje se encontra em declínio.

Seguindo essa linha de pensamento, Anthony Giddens (1997) afirma que o Estado-Nação tem perdido a sua soberania desde a sua constituição, e principalmente a partir dos anos 1980, quando, segundo ele, ocorreu uma fragilização macroeconômica dos Estados por conta dos instrumentos que regulam o fluxo de capital mundial. Ele complementa:

O mercado global está, segundo eles dizem, muito mais desenvolvido do que estava em épocas recentes, nos anos 60 e 70, por exemplo, e é indiferente às fronteiras nacionais. As nações perderam uma boa parte da soberania que detinham e os políticos perderam muita da sua capacidade de influenciar os acontecimentos. (GIDDENS, 1997, p. 20).

Daniel Rodrik (2011) apresenta um “trilemma”, que fortalece a ideia da erosão da soberania, e que os governos dos Estados enfrentam nos dias atuais. Segundo ele, na atual conjuntura econômica global, os Estados devem optar em ter soberania, democracia e globalização, as três em conjunto são incompatíveis, é possível combinar duas dessas, mas é impossível combinar as três.

## Conclusão

Desse modo, a partir dos esboços oferecidos por meio deste trabalho, é inegável que a relação entre a soberania e o sistema financeiro internacional está passando por constantes transformações, principalmente após a metade do último século. Tais transformações afetam diretamente os princípios primordiais da soberania estatal, pois gradativamente é limitada a participação governamental no processo decisório no âmbito da política econômica externa, principalmente na relação do Estado com as instituições internacionais que regulamentam e fomentam a liberalização econômica.

Porém deve ser considerada precipitada a decretação da falência da soberania estatal e a condenação da forma com que o sistema financeiro internacional trabalha. Não se defende que não há pontos a serem melhorados nessa relação, porém, ao entender a funcionalidade e o objetivo das Organizações Internacionais centrais do sistema financeiro, é possível a compreensão das metodologias aplicadas por tais organizações para que se produza confiança e segurança jurídica nas transações comerciais transfronteiriças. O Banco Mundial e o FMI, por exemplo, devem criar mecanismos e critérios que controlem e gerem credibilidade por parte do devedor, assim como a OMC – cuja função principal é a regulamentação e o controle, de forma que permita fomentação da liberalização econômica – utiliza seu poder normativo para criar instrumentos que forneçam uma igualdade de critérios de tratamento para todos os Estados.

Não está sendo defendido que não há falhas em todo esse processo, mas pode-se concluir que, assim como a soberania estatal sofreu mudanças políticas e jurídicas em outras áreas, tão relevantes quanto as que foram estudadas neste trabalho, a soberania econômica está em um processo evolutivo juntamente com o sistema financeiro internacional. E que, se os Estados buscam construir uma cooperação internacional em prol de finalidades comuns, deve ocorrer uma redefinição de soberania nos moldes da nova sistemática global. E talvez essa decisão seja também uma manifestação pura da sua soberania.

## Referências

BANCO MUNDIAL. **Relatório Anual 2017**: erradicar a pobreza extrema, promover a prosperidade compartilhada. Washington, DC, 2017. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/27986/211119PT.pdf?sequence=9&isAllowed=y>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

DEVELOPMENT POLICY OPERATIONS. **Frequently Asked Questions**. 10 nov. 2009. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/PROJECTS/Resources/40940-1244732625424/Q&Adprev.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Vanessa Capristano. Sistema Financeiro Internacional: fracassos e necessidade de reestruturação. **Revista Aurora**, Marília, v. 5, n. 1, p. 157-168, 2012.

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. **El FMI**: datos básicos. 3 oct. 2016. Disponível em: <<http://www.imf.org/es/About/Factsheets/IMF-at-a-Glance>>. Acesso em: 2 out. 2017.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **Factsheet:** Empréstimos do FMI. Mar. 2011. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/lang/portuguese/np/exr/facts/howlendp.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2017.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. 5. reimp. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GIDDENS, Anthony. **O Mundo na Era da Globalização**. 6. ed. Tradução Saul Barata. São Paulo: Editorial Presença, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. 4. ed. São Paulo : Nova Cultural, 1988.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Getting Results in Macroeconomic Statistics**. 2016. Fonte: <<http://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services>>. Acesso em: 14 set. 2017.

KRUGMAN, Paul R. **Economia Internacional: teoria e prática**. São Paulo: Pearson, 2005.

LITRENTO, Oliveiro. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. **Exámenes de las Políticas Comerciales: garantizar la transparencia**. 2017. Disponível em: <[https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/agrm11\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm11_s.htm)>. Acesso em: 2 out. 2017.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. **Miembros, Asociaciones y Administración**. 2017b. Disponível em: <[https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/org3\\_s.htm#join](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org3_s.htm#join)>. Acesso em: 14 set. 2017.

RODRIK, Dani. **The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy**. New York: W.W. Norton & Company, 2011.

SILVA, Caíque Tomaz Leite da; PICININ, Guilherme Lélis. Paz de Vestefália e soberania absoluta. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 10, n. 1, p. 127-150, jan./mar. 2015.

VATTEL, Emer de. **Direito das Gentes**. Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília, DF: Editora UnB, 2004.

# Manutenção de Contratos de Desconto Bancário em Procedimentos de Recuperação Judicial

Paulo Roberto de Sousa Bigolin\*

*Introdução. 1 Problema do financiamento de empresas em recuperação judicial. 2 Contrato de desconto bancário. 3 Manutenção da execução forçada dos contratos de desconto bancário pelo Poder Judiciário. Conclusão.*

## Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar se o juízo responsável pela condução do processo de recuperação judicial poderá determinar que instituições financeiras mantenham o cumprimento de contratos de desconto bancário, mesmo que sua execução em relação às empresas em recuperação judicial tenha sido suspensa diante da constatação de risco de inadimplemento pelo Banco, utilizando-se como método de abordagem o método dedutivo; como método de procedimento, o método exploratório; e como técnica de pesquisa, o método bibliográfico. Verificou-se que, a despeito das controvérsias verificadas na determinação de execução forçada de contrato de desconto bancário pelo Poder Judiciário, já há decisões nesse sentido, cujo objetivo consiste em manter algum crédito acessível para a empresa em recuperação judicial, para o financiamento de suas atividades e do próprio procedimento recuperatório.

**Palavras-chave:** Bancário. Contrato. Desconto. Recuperação. Judicial.

---

\* Advogado. Mestre em Direito das Empresas e dos Negócios pela Unisinos. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes (Ucam).

## *Maintenance of Bank Discount Agreements in Judicial Recovery Procedures*

### *Abstract*

*The objective of this study is to analyze if the judgment responsible for conducting the Judicial Recovery process may determine that financial institutions maintain enforcement of bank discount contracts, even if their execution in relation to companies in Judicial Recovery has been suspended on the Risk of default by the Bank, using as method of approach the deductive method, as method of procedure the exploratory method, and as a research technique, the bibliographic method. It was verified that, in spite of the controversies verified in the determination of enforced execution of bank discount agreement by the Judiciary, there are already decisions in this sense, whose objective is to keep some credit accessible to the company in Judicial Recovery, for the financing of its activities and the recovery procedure itself.*

**Keywords:** *Bank. Agreements. Discount. Judicial. Recovery.*

### **Introdução**

Não há como negar que diversos fatores podem levar uma empresa saudável a uma situação de crise econômico-financeira. No Brasil, especificamente, a situação de crise está mais próxima dos agentes econômicos empresariais, dadas as circunstâncias já comuns de taxa de juros, inflação e instabilidade elevada, entre outros problemas de ordem estrutural.

Em conjunto com a crise, surge a dificuldade da empresa em manter o cumprimento de obrigações em curto e longo prazo presentes em seu passivo (circulante principalmente), através de recursos financeiros em caixa, de ter acesso a novas linhas de crédito, e de manter o nível de crédito já existente e concedido.

Nesse ponto, a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que surgiu com o propósito de proporcionar e viabilizar oportunidades de recuperação para empresas em situação de crise, não fornece os auxílios necessários para o acesso a crédito. Inclusive, verifica-se que a falta de crédito para empresas em recuperação impede, na maioria dos casos, que a própria Lei cumpra a função desejada.

O percurso para tomada de crédito ou sua manutenção por empresas em recuperação judicial revela-se tormentoso, na medida em que a restrição de crédito, principalmente por instituições financeiras, é automaticamente aplicada nesses casos em virtude da própria regulação do setor bancário, que, ao contrário de facilitar, acaba dificultando os procedimentos operacionais para concessão de crédito.

Na realidade, no nosso país, até mesmo as empresas saudáveis têm dificuldade na obtenção de crédito. Para empresas em recuperação, essa dificuldade cresce exponencialmente. Mesmo quando a captação de crédito em recuperação judicial é possível, o dinheiro acaba tendo um alto custo para as empresas que se encontram nesse procedimento, uma vez que as instituições financeiras atribuem a operações dessa natureza uma classificação de alto risco de inadimplemento, ou de perigo e incerteza na satisfação do crédito pelas empresas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> VON MISES, Richard. 1928. *Probability, Statistics and Truth*. 2nd revised English ed. New York: Macmillan.

A tentativa de as empresas em recuperação manterem a execução de contratos bancários, onde há a concessão de crédito, não se revela menos problemática do que a concessão de crédito novo. O travamento da execução de contratos por instituições financeiras, cujo objeto prevê a concessão continuada de crédito, como ocorre, por exemplo, com os contratos de desconto bancário, de conta-corrente, cartão de crédito, entre outros, geralmente é tida como medida-padrão em vista da presunção de risco iminente de inadimplimento pelas empresas em recuperação.

Outrossim, o procedimento de recuperação judicial, nada obstante ter sido introduzido com o objetivo de sanar a situação de crise econômica pelo devedor, possibilitando a preservação da atividade empresarial, demonstrou-se como uma ferramenta insuficiente para a obtenção de crédito no mercado pelas empresas em crise. Nesse sentido, apesar de ter o favor legal deferido, muitas empresas não conseguem sequer suportar os custos para tocar o procedimento até a concessão da recuperação judicial, tendo inúmeras dificuldades em manter até mesmo as linhas de crédito já existentes.

A falta de regras específicas para a obtenção de crédito por empresas em situação de crise, seja na Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, seja em outros diplomas legislativos, faz com que as instituições financeiras sejam compelidas a evitar o financiamento de empresas em recuperação judicial, diante das regras cogentes de aprovisionamento de créditos em razão de riscos de inadimplência.

Essa mesma situação de aprovisionamento obrigatório também é aplicada para os contratos bancários de execução continuada de crédito já concedido, situação que também dificulta a manutenção desses pactos pelas instituições financeiras em procedimentos de recuperação judicial.

Poucas normas regulamentares dispõem sobre a concessão ou a manutenção de crédito para empresas em recuperação judicial, mesmo que de forma indireta, sendo o assunto geralmente tratado em regulamentações específicas do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central do Brasil (BCB). Todavia, com certeza nenhuma, é mais criticada pela doutrina especializada do que a Resolução CMN nº 2.682, de 22 de dezembro de 1999, haja vista que referida norma determina o aprovisionamento obrigatório de 100% (cem por cento) dos valores fornecidos às empresas em recuperação judicial, mesmo que o contrato não esteja vencido ou inadimplido pelo beneficiado.

Com efeito, mesmo nos contratos onde há a execução continuada pela empresa e pela instituição financeira, a última é obrigada a realizar o aprovisionamento dos valores em caso de deferimento ou concessão de recuperação judicial, situação que torna a execução da avença cara e complexa. Logo, sobressai-se como alternativa mais eficiente e viável para instituições financeiras a interrupção do contrato, uma vez que representa medida que proporcionará a redução de custos de transação, de oportunidade, e de agência.

Obviamente que, nestas situações, a empresa em crise é quem efetivamente sofre com a interrupção de crédito por instituições financeiras. Todavia, ainda para os casos em que a empresa dependa exclusivamente de fornecedores que não se enquadram no seguimento de instituições financeiras, a situação não é diferente. Isso porque não há grandes benefícios legais para que fornecedores e demais agentes econômicos mantenham a concessão de condições mais favoráveis para empresas em recuperação judicial. Nem mesmo o benefício legal previsto no artigo 67, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, fez com que essa classe superasse a extrema aversão ao risco de inadimplimento decorrente das empresas submersas em procedimento de recuperação judicial.

Todos os problemas ora relacionados interferem diretamente no fluxo financeiro mais sensível de uma empresa em recuperação. Obviamente que, nesse panorama, está inserida a execução de contratos bancários que têm como objeto o financiamento “continuado” de empresas em recuperação, haja vista

que esses contratos interferem diretamente na liquidez do caixa da empresa, sendo muito utilizados e necessários para o adimplemento de obrigações do passivo circulante de curto prazo.

Nesse cenário se encontra a execução dos contratos de desconto bancário, uma vez que se trata de instrumento muito utilizado para a antecipação de recebíveis pelas empresas em recuperação judicial. Outrossim, a suspensão da execução desse contrato por instituições financeiras causa diversos transtornos para as empresas, podendo, inclusive, levá-las a uma situação insuperável de insolvabilidade, com a consequente decretação de sua falência.

Em muitos casos, as empresas dependem apenas da antecipação de recebíveis para a manutenção não só do cumprimento de obrigações cotidianas, mas também para a continuidade do próprio procedimento de recuperação judicial. Em razão disso, não é incomum observarmos empresas em recuperação judicial efetuarem requerimentos, almejando a manutenção cautelar de contratos desse tipo, situação que contribui ainda mais para críticas doutrinárias no sentido de que as decisões proferidas em relação a essa matéria apenas favorecem a insegurança jurídica causada pelo Poder Judiciário, causando efeito reverso, na medida em que oferecem desestímulo ainda maior para a concessão de financiamentos, mesmo que com taxas de juros maiores.

Em curto prazo, decisões visando à manutenção compulsória de contratos bancários favorecem as empresas com efeitos imediatos, porém prejudiciais em longo prazo. Verifica-se, na experiência prática, que compelir instituições financeiras a manter execução de contratos bancários não só provoca uma ingerência indevida nas atividades dos bancos, mas também do devedor, em razão dos comuns problemas de agência que exsurtem na fiscalização do cumprimento desses contratos pelo Poder Judiciário, pelos credores e pelo administrador judicial.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo principal analisar se o juízo responsável pela condução do processo de recuperação judicial poderá outorgar provimento de índole cautelar, no âmbito da decisão que defere o seu processamento, determinando que instituições financeiras mantenham o cumprimento de contratos de desconto bancário, mesmo que sua execução em relação à referida empresa tenha sido suspensa, independentemente do motivo que deu causa.

Com a finalidade de alcançar os objetivos propostos, utilizar-se-á como método de abordagem o método dedutivo, uma vez que se trata da metodologia recomendada para a investigação do problema anteriormente proposto. Da mesma forma, será adotado como método de procedimento o método exploratório, com o objetivo de explorar se há possibilidade do exercício do poder jurisdicional de cautela para essas hipóteses.

Como técnica de pesquisa, o presente trabalho adotará o método bibliográfico, que será desenvolvido através do levantamento de documentação direta e indireta, artigos, dissertações e livros sobre a temática em questão.

## **1 Problema do financiamento de empresas em recuperação judicial**

Geralmente, quando uma empresa em situação de crise econômico-financeira pleiteia o deferimento de processamento de recuperação judicial, o lucro gerado pelo exercício de atividade empresarial não é suficiente sequer para garantir a continuidade de suas atividades, para pagamento de credores e obrigações vincendas, com a capacidade de investimento zerada. Em alguns casos, o lucro gerado pela empresa não permite o pagamento ao menos dos custos que decorrem do procedimento de recuperação judicial para a efetivação do plano.

A legislação que trata do procedimento de recuperação de empresas no Brasil não contempla nenhuma espécie de regra que facilite a concessão de crédito para empresas em recuperação

judicial, diferentemente de outros países. Nos Estados Unidos, por exemplo, há um procedimento especificamente dedicado à reorganização de empresas e à facilitação de acesso a crédito, consoante previsto no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*.

Quando determinada empresa ingressa em procedimento de recuperação judicial, não só as instituições financeiras, mas também os credores em geral presumem que aquela organização não tem mais condições de honrar suas dívidas. Com efeito, a reserva de credores em relação às empresas em recuperação, nesse sentido, é mais que um efeito psíquico do procedimento de recuperação, consistindo em um dos fatores que mais dificulta a captação de recursos.

No Brasil, a forma mais comum de captação de recursos financeiros ocorre perante instituições financeiras, que são companhias que se dedicam especificamente à captação de recursos de terceiros para concessão de financiamentos a devedores. Para empresas saudáveis, o processo de captação já tem custos elevados e, para as empresas em recuperação, os custos acabam inviabilizando a própria operação, uma vez que o risco atribuído ao crédito para empresas nessa situação influencia diretamente nas taxas de juros cobradas, que podem ser ainda maiores caso a instituição financeira não tenha acesso a informações financeiras e contábeis confiáveis, que lhe permitam avaliar com maior fidedignidade o risco de crédito.

O conjunto de todos os fatores sopesados permite que se chegue à conclusão de que o processo para captação de recursos por empresas em recuperação transforma-se em um verdadeiro prélio, de forma que, para possibilitar a obtenção de financiamentos, as empresas se desfazem de ativos e ainda admitem a possibilidade de fiscalização e ingerência de instituições financeiras na administração da companhia, muito embora a sua administração ainda competir aos dirigentes já nomeados.

A vindicação de garantias para a concessão de financiamentos a empresas em recuperação judicial virou uma exigência quase que padronizada. Isso se deve, porém, ao teor do artigo 49, §3º, da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que excluiu expressamente dos efeitos da recuperação judicial os créditos devidos a

credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

Com uma evidente redução de risco de crédito para as empresas que cedam ou alienem fiduciariamente em garantia bens móveis ou imóveis do ativo immobilizado, esse tipo de operação tornou-se a preferida por instituições financeiras, levando à experiência atual de que instituições financeiras não realizam financiamentos sem garantias líquidas e desembaraçadas de ônus.

Não poderia ser diferente, uma vez que as instituições financeiras estão submetidas aos ditames das Resoluções nº 2.682, de 22 de dezembro de 1999; e 2.697, de 24 de fevereiro de 2000, ambas do Conselho Monetário Nacional (CMN). Nesse sentido, eventual garantia prestada pelo devedor permite que o banco classifique eventual operação de financiamento como de baixo risco. Em outro cenário, sem as devidas garantias, as instituições financeiras classificam as operações de crédito em função dos riscos previstos nas normas em referência.

De fato, muito se discute, tanto em relevo doutrinário quanto jurisprudencial, acerca da necessidade de previsão de regras mais favoráveis às empresas em recuperação judicial, de modo que os agentes econômicos tenham incentivos e garantias mais robustas para realizar financiamentos de devedores em crise.

Em conclusão, as empresas que estão submersas em procedimentos de recuperação judicial têm grande dificuldade de obter recursos financeiros ou operações de financiamento de suas atividades enquanto perdurar o risco de inadimplência. Por conseguinte, a ausência de garantias e a falta de um plano de recuperação que atenda aos anseios dos credores certamente influenciarão para um desfecho não desejado pelo devedor.

## 2 Contrato de desconto bancário

Grande parte das organizações que se dedicam ao exercício de atividade econômica organizada utiliza o contrato de desconto bancário para geração de fluxo de caixa perante instituições financeiras como forma de permitir a liquidação de obrigações de curto prazo.

Outrossim, o contrato de desconto bancário permite a realização de uma operação tipicamente bancária, através da qual determinada instituição financeira adianta créditos de terceiros para empresas, deduzindo-se os juros da operação mediante a cessão do crédito que é feita através do endosso cambiário.

A prática demonstra que a operação de desconto é feita apenas sobre títulos de crédito que, por sua vez, representam soma líquida e certa, portanto de fácil recuperação pela instituição financeira. O mais usual é o desconto de duplicatas, em que o cliente endossa a duplicata para o banco, que se torna o titular do crédito nela incorporada. A instituição financeira, por sua vez, paga ao cliente, na data do endosso, o valor da duplicata, abatendo suas taxas de juros pelo adiantamento. No vencimento, o banco cobra a quantia designada no título do sacado. Em caso de inadimplemento, o valor adiantado é cobrado do cliente, que recebe o título de volta, através de mecanismo jurídico conhecido como “direito de regresso”.

Ocorre nesse contrato específico a cessão *pro solvendo*. Assim, caso o terceiro não pague ao banco a importância devida, quem a descontou fica obrigado a restituir para a instituição financeira a importância dela recebida por antecipação.

O desconto bancário ainda permite que a instituição financeira realize uma operação subsequente de endosso, denominada resseguro. Trata-se de operação pela qual as instituições financeiras revendem (cedem) os títulos sob desconto para qualquer estabelecimento bancário ou para o Banco Central do Brasil (BCB), cuja previsão legal encontra-se no artigo 10, inciso V, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Para poder utilizar-se com brevidade do capital empregado no desconto de títulos, as instituições financeiras poderão redescotar referidos títulos em outros estabelecimentos bancários. Praticando essa operação, os bancos se tornam devedores daqueles em que fazem o redescoto, pela garantia que dão aos títulos redescotados, obtendo assim mais disponibilidade para as suas operações comuns, com a realização do capital por eles empregado na primeira operação, ou melhor, no desconto dos títulos de terceiros.

O Banco do Brasil manteve uma Carteira de Redescotos, que funcionou com exclusividade e relativa autonomia, possuindo, inclusive, contabilidade própria e podendo redescotar títulos até mesmo apresentados pelo próprio Banco do Brasil. Todavia, por força do disposto no artigo 2º do Decreto-Lei nº 6.634, de 27 de junho de 1944, outras instituições financeiras foram autorizadas a realizar operações de redescoto no país e, posteriormente, o Decreto-Lei nº 8.494, de 28 de dezembro de 1945, acabou retirando a exclusividade dessa Carteira de Redescotos, permitindo que outros bancos fizessem o redescoto, mas dando à Carteira do Banco do Brasil poderes para fixar o limite do redescoto, que não podia exceder o capital e as reservas da instituição financeira interessada. Pelo

artigo 56 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, a Carteira de Redescontos do Banco do Brasil foi extinta, incorporando-se os seus bens, direitos e obrigações ao Banco Central do Brasil (BCB).

### **3 Manutenção da execução forçada dos contratos de desconto bancário pelo Poder Judiciário**

Como já afirmado em linhas anteriores, o processo de recuperação judicial, por si só, já implica um cenário de dificuldade de obtenção de crédito. Sob a perspectiva do credor, falta à empresa que pleiteia o deferimento de recuperação, recursos financeiros para honrar obrigações vincendas ou vencidas, situação que implica uma desconfiança em relação à possibilidade do adimplemento de obrigações contratadas pelas empresas nessa situação, principalmente nos contratos de execução em longo prazo.

Uma presunção de inadimplementos de obrigações coloca em expectativa a forma pela qual os contratos mantidos com a empresa em recuperação podem ser cumpridos. Isso porque os fornecedores em geral não têm interesse em financiar empresas economicamente fragilizadas, preferindo parceiros comerciais saudáveis. Além disso, a insegurança jurídica que há no tratamento das obrigações de empresas submetidas à recuperação judicial faz com que os fornecedores e instituições financeiras evitem vínculos obrigacionais com empresas em situação de crise econômico-financeira.

A possibilidade de o juízo recuperatório intervir na execução de contratos, principalmente bancários, sempre foi tema de grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Muito se discutiu, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, quanto à extensão do poder de cautela do juízo da recuperação judicial, principalmente quando o seu exercício se dá na parte inicial do procedimento, em meandros da decisão que defere o processamento do procedimento, impondo às partes a execução obrigatória de um vínculo não mais desejado por uma delas.

Essa ordem de cumprimento depende sempre de elementos objetivos e subjetivos do caso concreto e, por tal razão, não há a possibilidade de que sejam fixados critérios precisos sob em quais hipóteses é possível se manter o cumprimento forçado de obrigações no intuito de se evitar a quebra de empresas em crise.

Outrossim, muito embora a insegurança jurídica seja inquestionável, e nada obstante a determinação de implemento forçado de contratos acarrete diversas externalidades negativas, também há quem diga que esse cumprimento representa uma ingerência indevida na atividade privada dos agentes econômicos, de forma que os custos advindos dessa execução sejam suportados por fornecedores em geral. Assim sendo, há incentivos para que as empresas em geral desviem-se de organizações que se encontram em recuperação judicial, como forma de se evitar custos de transação adicionais.

Os pedidos das atuais tutelas de urgência nesse sentido (anteriormente denominados cautelares) são formulados por empresas em recuperação judicial na petição inicial, tendo a sua sustentação jurídica resguardada no artigo 189 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao procedimento recuperatório, invocando-se, geralmente, o exercício do poder geral de cautela previsto em vários dispositivos do diploma processual para a persecução do ideal de preservação da empresa, nos termos do artigo 47 da mesma Lei. Evidentemente que tal norma prevê a utilização do poder geral de cautela pelos magistrados responsáveis pela condução do procedimento de recuperação, desde que presentes os pressupostos admitidos pela legislação e pela jurisprudência pátria.

Sendo o pedido cautelar formulado na petição inicial de recuperação judicial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se pacificou no sentido de que a concessão de provimento liminar em medidas cautelares reclama a satisfação cumulativa dos requisitos do *fumus boni iuris*, que corresponde à plausibilidade do direito alegado, e do *periculum in mora*, que corresponde à possibilidade de perecimento do direito caso a medida não seja deferida pelo juízo.

Quando se trata de pessoa jurídica em processo de recuperação judicial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também tem se orientado no sentido de que seja função dos órgãos jurisdicionais “viabilizar procedimentos aptos a auxiliar a empresa nessa fase”<sup>2</sup>.

Nessa viabilidade, certamente encontra-se incluída a possibilidade de o juízo responsável pela recuperação determinar, liminarmente ou cautelarmente, a manutenção da execução de contratos fundamentais para a manutenção da viabilidade da empresa, uma vez que o entendimento predominante é de que esses contratos não se rescindem diante do deferimento do pleito recuperatório, tendo a empresa em recuperação judicial o direito de manutenção de todos os contratos anteriores à recuperação judicial, principalmente os essenciais para a persecução dos fins recuperatórios.

Essa interpretação encontra respaldo nas regras contidas nos artigos 47 e 49, §§2º e 3º, da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. É certo que a *mens legis* tem por intuito evitar a retirada de bens e de demais acessórios essenciais para o desenvolvimento da atividade da empresa, determinando-se que as obrigações anteriores à recuperação judicial devem manter os termos contratados, salvo se o implemento do plano de recuperação, posteriormente, impuser alguma modificação no contrato em vigência.

Nada obstante, não é incomum que as instituições financeiras, principalmente, manifestem por expresso o desejo de não dar continuidade à execução de contratos com empresas em dificuldades financeiras, em especial quando presente cláusula destinada a extinguir o contrato quando uma das contratantes recorrer à recuperação judicial (*cláusula ipso facto*).

Há que se mencionar que essa faculdade prevista em contratos, mormente fixadas antes de sua assinatura, tem dificuldade em se coadunar com os ideais de preservação da empresa, tratando-se de um princípio abstrato que na maioria das vezes colide com diversos preceitos fáticos consequencialistas, sendo, portanto, de complexa harmonização. Esse conflito exige do magistrado responsável pelo caso concreto que seja realizada uma opção onde os custos do seu cumprimento serão sempre suportados por umas das partes, ou ainda pela sociedade, a depender do caso.

Em razão desse antagonismo relativo entre cláusulas contratuais e princípios jurídicos relacionados ao procedimento de recuperação judicial, geralmente nos casos onde se verifica a inexistência de interesse da instituição financeira ou falta de própria viabilidade para a manutenção da relação contratual com a empresa em recuperação judicial, há uma interpretação extensiva do princípio da preservação da empresa pelo juízo recuperatório para o fim de fundamentar o provimento jurisdicional que impõe a execução forçada de contratos.

Com efeito, a possibilidade de haver decisões determinando a manutenção forçada de contratos, geralmente prolatadas em descompasso com a volição das partes envolvidas, recebe grandes críticas da doutrina, ainda que a preservação da empresa seja o critério norteador da recuperação judicial, haja vista que as decisões judiciais nesse sentido deixam as partes contratantes em posições não equivalentes, quebrando o equilíbrio contratual que rege as relações privadas.

---

2 REsp nº 1.187.404/MT. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Pesquisa de Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão publicado em: 15 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000540484&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca>. Acesso em: 06 jul. 2018.

Além disso, do ponto de vista econômico, tem-se que a manutenção forçada de contratos implica a proteção de empresas muitas vezes inviáveis economicamente, prejudicando assim o equilíbrio do mercado, com diversas externalidades negativas. No caso específico de instituições financeiras, a imposição de ônus na concessão forçada de crédito provoca o aumento do risco e dos juros. Com efeito, o ônus de contratar com determinada empresa em recuperação acaba sendo repassado para as demais organizações, oportunidade em que a sociedade como um todo acaba suportando os custos da execução de avença que deveria ficar restrita às partes contratantes.

Outro efeito que se percebe é que as decisões que determinam o cumprimento forçado de determinado contrato bancário acabam por ocasionar o aumento de exigências para a formalização de contratos posteriores do mesmo tipo jurídico, dado o panorama de insegurança contratual nas relações empresariais. Assim, os precedentes do Poder Judiciário servem para orientações de instituições financeiras que, prevendo a possibilidade de uma posição contratual não desejada, evitem a concessão de determinado tipo de crédito para as empresas.

Sem embargo, em relação aos contratos de desconto bancário, as mesmas conclusões podem ser aplicadas. Nesse sentido, observam-se na prática inúmeras decisões judiciais determinando o cumprimento forçado desses contratos com base no poder geral de cautela ínsito aos procedimentos de recuperação judicial.

A manutenção desse tipo de contrato, na maioria das vezes, é requerida na própria ação de recuperação judicial, cujo deferimento se dá na decisão que defere o processamento do procedimento recuperatório, em conjunto com outras medidas que também podem ser pleiteadas liminarmente, tendo caráter unilateral e, portanto, não sujeita ao contraditório ou à oitiva da outra parte contratante.

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, decisões determinando o cumprimento forçado dos contratos de desconto bancário não são comuns, mas já podem ser observadas em algumas Comarcas com recuperações judiciais menores, com empresas de pequeno porte, as quais dependem necessariamente desse tipo de antecipação de recebíveis para a continuidade do seu fluxo de caixa, e por consequência, para cumprimento de obrigações em curto prazo e pagamento de custas do processo<sup>3</sup>:

[...] fundamentam o pedido na necessidade de viabilizar a superação da crise econômico-financeira, permitindo a manutenção da produção e dos empregos (116 empregos diretos). Alega que a prática administrativa de **utilização de empréstimos bancários**, cumulada com outros fatores de mercado, levaram as empresas ao enfraquecimento de sua condição financeira. Informam que o aumento do passivo coloca em risco as atividades, pois causou desequilíbrio no direcionamento de recursos entre os setores produtivos, culminando com a falta de numerário para honrar com todos os compromissos já assumidos e **falta de crédito bancário para fomentar suas atividades**. Alegam que a crise se agravou nos últimos anos e afirmam que adotaram medidas como (I) redução do quadro de funcionários, (II) **renegociação dos contratos bancários**. [...]. **Buscam obter retomada de crédito na praça (afastamento de registros de negativação), autorização judicial para operações de descontos de títulos**, e implementar demais ações do plano de recuperação, submetendo-se a avaliações a cada 12 meses. Postulam liminarmente (a) a abstenção de cobrança administrativa de contratos bancários e débitos em geral, de forma que todos os créditos sejam integrados à presente recuperação judicial, (b) a abstenção de registro em

---

3 Processo nº 077/1.17.0000043-5. Comarca de Venâncio Aires. Órgão Julgador: 3ª Vara. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 6 jul. 2018.

cadastros de negativação e/ou sua exclusão em 48 horas, de forma a não comprometer a imagem das empresas ou obstruir a emissão de certidões negativas, e (c) **a manutenção de operações de descontos de títulos com os Bancos para antecipação de recebíveis, de forma a possibilitar o exercício das atividades das empresas recuperandas.** [...]. É o relatório. Decido. Compulsando o quadro de credores constituído essencialmente por fornecedores, instituições bancárias e fisco, resta evidente que as soluções existentes no próprio mercado foram insuficientes para que as empresas superassem o mau momento da atividade, sendo que as prerrogativas oferecidas pela Lei nº 11.101/05 apresentam-se como a melhor alternativa disponível para que se torne possível alcançar a manutenção do empreendimento. Porém, nem ao mercado e nem à sociedade interessa a manutenção de empresas inadimplentes e mal administradas. A gravidade da crise de liquidez das empresas vem expressada pelos protestos de títulos ocorridos desde outubro de 2016 (fl.879 e seguintes). [...] Diante da ausência de impedimentos e do preenchimento pelas requerentes dos requisitos legais, nos termos do art. 52 da lei nº 11.101/05, determino o processamento da Recuperação Judicial. [...] 5.- De plano, verifico que merecem prosperar parcialmente os pedidos de tutela provisória de urgência de natureza antecipada. 5.1. (a) vislumbro a presença dos requisitos exigidos pelo art. 300 do CPC para fins de deferir a tutela antecipatória, quais sejam: a probabilidade do direito pleiteado e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, no que se refere a abstenção de cobrança administrativa de contratos bancários e débitos em geral, de forma que todos os créditos sejam integrados à presente recuperação judicial. [...] 5.3. (c) vislumbro a presença dos requisitos exigidos pelo art. 300 do CPC para fins de deferir a tutela antecipatória, quais sejam: a probabilidade do direito pleiteado e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, **no que se refere a manutenção de operações de descontos de títulos com os Bancos para antecipação de recebíveis, de forma a possibilitar o exercício das atividades das empresas recuperandas. Considerando que as empresas declaram a falta de numerário para honrar com todos os compromissos já assumidos e falta de crédito bancário para fomentar suas atividades, haverá grande chance de se tornar inviável o prosseguimento dos negócios se não houver a possibilidade de manutenção dos descontos de títulos e antecipação de recebíveis com as instituições bancárias, que assim anuírem. No entanto, considerando que a recuperação judicial visa a implantação de boas práticas administrativas e reestruturação da capacidade financeira das empresas, entendo que a presente autorização deve se dar pelo prazo de 180 dias, sujeita à reavaliação prevista no item 7, e restrita às instituições bancárias.** Nos termos do art. 300, § 1º, do CPC, dispense a prestação de caução (5.1. (a) e 5.3. (c)), considerando a situação das empresas recuperandas, que já é de conhecimento dos Bancos credores [...]. (Grifo nosso).

De fato, apesar de todos os problemas anteriormente apontados e decorrentes da determinação de cumprimento forçado de contratos bancários, a urgência de alguns procedimentos e a necessidade de preservação da empresa em crise exigem decisões mais energéticas e abstratas, no sentido de se gerarem recursos financeiros e capital de giro para o cumprimento de obrigações imperativas e de curto prazo, evitando-se a quebra da organização.

Por outro lado, o contrato de desconto bancário permite que a empresa afaíra liquidez imediata de seu ativo circulante com o recebimento de recursos que só estariam disponíveis em longo prazo. Tendo a empresa um contrato dessa modalidade vigente, nos termos do artigo 49, §2º, da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, a presença do *fumus boni iuris* possibilita a prorrogação ou a execução imediata do contrato, mesmo que a instituição financeira não queira promover a sua continuidade.

Portanto, no atual cenário, é possível se observar que a possibilidade de outorga de provimento jurisdicional de índole cautelar, com base no poder geral de cautela do juízo de recuperação judicial,

para o fim de se determinar o cumprimento forçado de contrato de desconto bancário, não é mais algo inovador, de forma que decisões nesse sentido vêm sendo utilizadas como via oblíqua para corrigir o problema de falta de incentivos legais para o financiamento de empresas em situação de crise econômico-financeira.

## Conclusão

Ficou claro que o deferimento do processamento de recuperação judicial implica necessariamente problemas de financiamento para a empresa em crise. O procedimento recuperatório, longe de representar apenas problemas de reputação para as empresas que a ele se submetem, também dificulta a atuação de instituições financeiras como agentes financiadores em razão das regras legais de avaliação de riscos e previsão de provisões obrigatórias insculpidas nas Resoluções nº 2.682, de 22 de dezembro de 1999, e 2.697, de 24 de fevereiro de 2000, ambas do Conselho Monetário Nacional (CMN)

Para obter algum tipo de financiamento, as empresas em recuperação acabam se desfazendo ou onerando seus ativos para reduzir o risco de crédito, uma vez que eventual garantia prestada pelo devedor permite a classificação da operação de financiamento como de baixo risco, como também para permitir maior liquidez para as instituições financeiras.

Em razão desses fatores, o custo para se obterem financiamentos em curto ou longo prazo é alto para as empresas em recuperação, de sorte que a manutenção da execução de contratos atuais se sobressai como medida de sobrevivência e preservação da própria organização.

Muitas empresas, principalmente as de pequeno porte, dependem de contratos bancários para a antecipação de recebíveis, principalmente durante o procedimento de recuperação judicial, como alternativa para gerar algum tipo liquidez e fluxo de caixa.

A prática demonstra que a maior parte das operações de crédito consiste em desconto bancário. Suas facilidades atraem empresas e instituições financeiras. As primeiras são atraídas pelo ingresso imediato de recursos financeiros que estariam disponíveis em longo prazo. Por seu turno, as instituições financeiras são seduzidas pela fácil recuperação do crédito em caso de inadimplência.

Todavia, a questão controvertida exsurge quando referidos contratos têm sua execução suspensa pela instituição financeira, sob a constatação de inadimplência, ou de risco de crédito e provisionamentos obrigatórios em razão do pedido de recuperação judicial, agravando-se o quadro de crise econômico-financeira da recuperanda.

Os problemas de financiamento de empresas em recuperação judicial não encontram solução no mercado ou na regulação legal. Logo, cabe ao Poder Judiciário atender aos anseios financeiros mais urgentes das empresas em recuperação, podendo fazê-lo com base nos controvertidos provimentos de natureza cautelar, caso eventualmente presentes os requisitos autorizadores da medida.

Com base nessa perspectiva, atualmente, ao se questionar sobre a possibilidade do juízo responsável pela condução do processo de recuperação judicial outorgar provimento de índole cautelar, no âmbito da decisão que defere o seu processamento, determinando que instituições financeiras mantenham o cumprimento de contratos de desconto bancário, mesmo que sua execução em relação à referida empresa tenha sido suspensa, independentemente do motivo que deu causa, é possível se concluir que: (i) o juízo poderá determinar o cumprimento forçado desses contratos com fundamento nos artigos 47 e 49, §§2º e 3º, da Lei 11.101/05; (ii) o juízo poderá determinar o cumprimento forçado do contrato com fundamento no princípio da preservação das empresas; (iii) presentes os pressupostos, poderá fazê-lo através da concessão de provimentos de índole cautelar ou de tutela de urgência.

Por final, apesar de justificável do ponto de vista fático e legal, essa determinação encontra ainda forte resistência doutrinária, na medida em que causa diversas externalidades negativas, a saber: (i) as partes contratantes tomam posições não equivalentes, interrompendo o equilíbrio contratual que rege as relações privadas; (ii) risco de manutenção de empresas inviáveis economicamente; (iii) prejuízo ao equilíbrio do mercado, trazendo diversas externalidades negativas; (iv) aumento do risco e dos juros; (v) aumento de exigências para a formalização de contratos posteriores da mesma natureza jurídica.

Portanto, a cautela é sempre recomendável, mesmo quando presente situação de grave crise de empresas em recuperação. Logo, exige-se prudência do Poder Judiciário para o deferimento desse tipo de medida, de forma que se evite prejudicar o mercado e as demais empresas que nele operam.

## Referências

ANDREZO, Andrea Fernandes; LIMA, Iran Siqueira. **Mercado Financeiro: aspectos históricos e conceituais**. São Paulo: Pioneira, 2007.

AYOUB Luiz Alberto e CAVALLI Cássio. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BEZERRA FILHO, Manoel JUSTINO. **Lei de Recuperação de Empresa e Falências**, 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 6.634, de 27 de junho de 1944**. Dá nova redação ao art. 8º da Lei nº 449, de 14 de junho de 1937, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6634-27-junho-1944-389630-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 06 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 8.494, de 28 de dezembro de 1945**. Modifica disposições sobre a Carteira de Redescontos do Banco do Brasil S. A. e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-8494-28-dezembro-1945-458323-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 06 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm). Acesso em: 06 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm). Acesso em: 06 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 2.682, de 22 de dezembro de 1999**, do Conselho Monetário Nacional (CMN). Dispõe sobre critérios de classificação das operações de crédito e regras para constituição de provisão para créditos de liquidação duvidosa. Disponível em: [http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res\\_2682\\_v2\\_L.pdf](http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res_2682_v2_L.pdf). Acesso em: 06 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 2.697, de 24 de fevereiro de 2000**, do Conselho Monetário Nacional. Dispõe sobre critérios de classificação das operações de crédito e divulgação de informações em nota

explicativa às demonstrações financeiras. Disponível em: [http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2000/pdf/res\\_2697\\_v1\\_o.pdf](http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2000/pdf/res_2697_v1_o.pdf). Acesso em: 06 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Processo nº 077/1.17.0000043-5**. Comarca de Venâncio Aires. Órgão Julgador: 3ª Vara. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 06 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.187.404/MT**. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Pesquisa de Acórdãos, 15 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000540484&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 06 jul. 2018.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa – O Novo Regime de Insolvência Empresarial**, 7ª edição. São Paulo: Renovar, 2015.

COASE, Ronald. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

COOTER, Robert D., ULEN, Thomas. 1992. **Law and Economics**. New York: Addison Wesley.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**, São Paulo: Quartier Latin, 2014.

FÁZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**, 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

HOLTON, Glyn A. **Defining Risk**. Financial Analysis Journal 60 (6), 2004.

JENSEN, M.; MECKLING, W. 1976. **Theory of the Firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**. Journal of Financial Economics, 3(3): 305-360.

KNIGHT, F. H. **Risk, Uncertainty and Profit**. New York: Hart, Schaffner, and Marx, 1921.

LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.

LASTRA, Rosa M. **Banco Central e Regulamentação Bancária**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.

MIRANDA JUNIOR, Darcy de Arruda & KUGELMAS, Alfredo Luiz. **Repertório de Jurisprudência Falimentar**. São Paulo: Ed. RT., 1976.

REQUIÃO, Rubens. **Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1983.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

YAZBEK, Otavio. **Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **A Falência no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931-1934. 3<sup>o</sup> v.

VON MISES, Richard. 1928. **Probability, Statistics and Truth**. 2nd revised English ed. New York: Macmillan.

# Métodos Adequados e Recuperação de Crédito: acesso eficiente à Justiça e incremento da recuperação de crédito bancário

Bruna Malveira Ary Mota\*

Gustavo Raposo Pereira Feitosa\*\*

*Introdução. 1 Reforma através dos métodos consensuais no Judiciário e obstáculos. 1.1 As reformas e uma breve retrospectiva histórica da tradição jurídica brasileira. 1.2 Acesso à Justiça em sentido amplo e obstáculos ainda pendentes de superação. 2 Formas adequadas de solução de controvérsias dentro e fora do Judiciário e a Recuperação de Crédito Bancário. 2.1 Métodos adequados: fundamentos teóricos e conceituais. 2.2 Métodos adequados e o enfoque do extrajudicial para a recuperação creditícia de instituições financeiras. Conclusão.*

## Resumo

O presente artigo pretende analisar as propostas reformadoras do sistema de justiça atreladas aos métodos adequados de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação, com o intuito de proporcionar o incremento da área de recuperação de crédito de instituições financeiras. Ponderou-se acerca da influência do perfil formalista do Judiciário e dos entraves existentes, como o custo elevado da estrutura e a demora excessiva do procedimento, sobre a eficácia de instrumentos pautados por informalismo, oralidade, celeridade, autonomia das partes e privacidade. O estudo desenvolveu-se por meio de pesquisa bibliográfica extensiva na literatura acadêmica nacional e internacional. A pesquisa permitiu verificar que a tradição formalista se apresenta como um obstáculo à eficiência dessas reformas e cerceará o potencial inovador das estratégias consensuais, em detrimento da eficiência buscada para a recuperação de crédito bancário. Constatou-se a possibilidade do implemento concomitante dessas ferramentas dentro e fora das cortes judiciais,

---

\* Advogada do Banco do Nordeste do Brasil S.A, mestranda em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor); especialista em Direito constitucional pela Escola Superior da Magistratura (Esmec); ex-bolsista de IC do CNPq, editora científica da Revista Jurídica do Banco do Nordeste do Brasil, membro do grupo de pesquisa Justiça em Transformação (JET).

\*\* Professor titular do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor), professor adjunto de Direito Processual Civil na FD-UFC, editor do periódico Pensar – Revista de Ciências Jurídicas, coordenador do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos. Líder do grupo de pesquisa Justiça em Transformação (JET) e doutor em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp).

sendo ideal tornar o uso judicial excepcional, restrito a uma minoria de casos não resolvidos extrajudicialmente através de mecanismos como as plataformas virtuais de *Online Dispute Resolution*, o *Ombudsman* bancário, e os núcleos extrajudiciais de mediação e conciliação, estabelecidos em instituições financeiras ou quaisquer estruturas compatíveis com os institutos não adversariais. Alguns relatórios do Banco Mundial sobre o aprimoramento da Justiça dão ênfase à promoção da resolução alternativa de conflitos. Essa capilaridade deve ser buscada pelo setor bancário para maximizar os benefícios da eficiência visada pela reforma na área de recuperação de crédito, o que irá favorecer tanto a sociedade, como o próprio Judiciário.

**Palavras-chave:** Recuperação de Crédito Bancário. Reformas do Sistema de Justiça. Métodos Adequados de Solução de Conflitos. Mediação.

### *Consensus Methods and Judicial Crisis: efficient access to justice and improvement in credit recovery*

#### *Abstract*

*This article intends to analyze the judicial reform proposals linked to the consensual forms of conflict resolution, especially mediation and conciliation, which propose to increase the credit recovery area of financial institutions. The influence of the formalist of the justice system and of the existing obstacles, such as the high cost of the structure and the excessive delay of the procedure, on the effectiveness of instruments based on informality, orality, celerity, autonomy of the parties and privacy were considered. The study was developed through extensive bibliographical research in the national and international academic literature, mainly about the Judiciary, reform processes focused on the effectiveness of access and methods of consensus building. The research made it possible to verify that formalism is presented in the scientific literature as an obstacle to the efficiency of the judicial machinery and will reduce the innovative potential of mediation and other consensual strategies, to the detriment of the efficiency sought for the credit recovery. Throughout the research, it was observed that the possibility of concomitant implementation of the proposed tools inside and outside the judicial courts, being ideal to make judicial use exceptional, restricted to a minority of cases not solved extrajudicially through online dispute resolution, Banking Ombudsman, extrajudicial centers of mediation and conciliation, established in financial institutions or any structures compatible with the methods and objectives of non-adversary institutes. Some World Bank's reports on improving justice emphasize the promotion of alternative dispute resolution. This capillarity must be sought to maximize the benefits of the efficiency targeted by the reform in the credit recovery area, which will favor both society and the Judiciary itself.*

**Keywords:** Bank credit recovery. Reforms of the Justice System. Appropriate methods of conflict resolution. Mediation.

## Introdução

Tradicionalmente, utiliza-se o Poder Judiciário como instrumento para a solução dos conflitos gerados das relações sociais. Esse deveria ser um meio hábil posto à disposição de qualquer pessoa e tipo de demanda. Entretanto, os limites ao acesso à Justiça, os quais justificam o surgimento de Reformas do Sistema de Justiça há décadas, são inúmeros e exigem soluções complexas, na medida em que conflitos sociais se manifestam sob variados aspectos.

Apresenta-se, inicialmente, o substrato para a análise das formas alternativas de solução dos conflitos de interesse de maneira institucionalizada, norteadas pela busca da eficiência e, conseqüentemente, do acesso à Justiça, nos termos da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, alterada pelas Emenda nº 01/2013 e nº 02/2016, da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

As práticas de solução de conflitos alternativas, como usualmente chamadas, ou adequadas, como parece atender melhor ao propósito, evidenciam a influência do informalismo e da busca da efetividade do acesso à Justiça como ferramentas capazes de viabilizar um resultado da lide compatível com os preceitos do princípio da eficiência. A sigla norte-americana ADR – *Alternative Dispute Resolution* – remete ao mesmo tema. Entretanto, esse acesso à Justiça será abordado de forma ampla, priorizando práticas realizadas fora do Judiciário, até mesmo em razão da reflexão crítica se esse sistema seria o ambiente mais adequado para implementar as ferramentas estudadas.

Nesse contexto, insere-se o desafio da conscientização dos envolvidos na solução dos litígios para a importância do “novo” formato de acesso à Justiça, destacado na Lei 13.105/2015, cujo texto procurou tornar ainda mais evidente a indispensabilidade da observância dos princípios constitucionais no processo e o fato de que a interpretação das normas processuais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico devem ser analisadas e interpretadas à luz da Constituição Federal, buscando-se, quando possível, a harmonia de todo o conjunto normativo.

Pretende-se atrelar essa eficiência ao setor de recuperação de crédito de instituições financeiras, inclusive da Administração Pública Indireta, analisando os obstáculos existentes para um acesso efetivo a uma resposta do Judiciário, como o custo elevado da função jurisdicional, com o fim de buscar formatos alternativos para o incremento da recuperação de crédito.

Propõe-se analisar o contexto do Judiciário e a relação deste com os métodos consensuais da mediação e conciliação, com o intuito de verificar se é o ambiente mais adequado para o incremento da recuperação de crédito de instituições financeiras, o que exige uma análise do cenário no qual referidos métodos estão sendo inseridos, com o intuito de aferir o grau necessário de compatibilidade do mesmo aos paradigmas impostos.

Para compreender o impacto de mudanças propostas pelas reformas do Judiciário para a área de recuperação de crédito bancário, será necessário investigar aspectos fundamentais do modelo de justiça informal e os impasses para operacionalizar esse modelo dentro e fora do Judiciário. A importância do estudo voltado para o setor do crédito bancário fica evidente nos dois relatórios realizados pelo Conselho Nacional de Justiça intitulados “Os 100 Maiores Litigantes”, em 2011 e 2012, quando as instituições financeiras já assumiam a maioria das posições, além de ocuparem o primeiro lugar da lista, na Justiça Estadual, o que reflete deficiências e necessidade de aprimoramento no tratamento do crédito concedido.

Manter-se entre os litigantes contumazes do Judiciário brasileiro demonstra como a recuperação de crédito nos Bancos é uma área propensa para a aplicação diferenciada de métodos de solução diante de controvérsias, em razão da notória ausência de eficácia, por motivos variados. A Caixa

Econômica Federal, o Banco Bradesco S.A, o Banco Itaú S.A, o Banco Santander Brasil S.A e o Banco do Brasil S.A, por exemplo, ocupam posições dianteiras.

É importante que essas partes tenham acesso às “novas” ferramentas e se adequem às exigências processuais e constitucionais, dando preferência aos métodos consensuais, como a conciliação e a mediação, para viabilizar o alcance da eficiência creditícia. A discussão sobre a verdadeira dimensão das propostas implementadas no Judiciário e sua repercussão para o fomento da eficiência da recuperação de crédito bancário implica a desconstrução de mitos e na exposição de carências analíticas contidas nos pressupostos das grandes reformas, as quais poderiam incentivar o uso de recursos além das balizas judiciais, como o consenso extrajudicial.

Considerando-se que a reforma foi prevista para o sistema de justiça, optou-se por, a partir deste, analisar a implementação das técnicas consensuais, com o fito de sopesar se permitirá um aproveitamento consentâneo com o potencial dos referidos institutos e ponderar se outros formatos de aplicação, como como plataformas *online* e núcleos extrajudiciais, não seriam mais eficazes.

Nessa linha, realizou-se um estudo bibliográfico sobre os temas abordados na elaboração deste artigo, tais como artigos, livros e demais produções científicas, com o propósito de explorar o problema, elaborar hipóteses e propor resultados, através da via qualitativa para compreender a natureza adequada do fenômeno.

Optou-se, assim, por delimitar a área do Direito estudada, priorizando as formas consensuais de solução de conflito, especialmente a conciliação e a mediação, o acesso à Justiça em sentido amplo e o incremento da recuperação de crédito por instituições financeiras, com base nos contornos desta proposta de reforma idealizada, inicialmente, para o Judiciário.

## **I Reforma através dos métodos consensuais no Judiciário e obstáculos**

A consagração dos direitos fundamentais na ordem jurídico constitucional brasileira, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988, permitiu o reconhecimento da garantia fundamental de acesso à Justiça, na qualidade de ferramenta de efetivação dos demais direitos assegurados. A previsão de direitos fundamentais no texto constitucional sem a existência de mecanismos capazes de alcançar a sua efetividade tornar-se-ia inócua.

O alcance dessa efetividade através do sistema de justiça exige que o Judiciário seja um meio hábil para a solução dos diversos conflitos gerados das relações sociais, razão pela qual os limites ao acesso à Justiça têm justificado o surgimento de reformas há décadas. Os obstáculos pendentes de superação são variados e decorrem da multiplicidade heterogênea dos litígios.

A sociedade, assim como em vários outros países, demonstra insatisfação com o serviço público de justiça, o qual não atende adequadamente às suas necessidades nas diversas áreas de atuação. As reivindicações estão atreladas à ausência de justiça, à morosidade do processo, ao custo da resposta estatal e à ineficácia das decisões judiciais, o que apresenta um encadeamento indiscutível com alguns aspectos históricos do Poder Judiciário brasileiro, cujos métodos tradicionais isolados têm-se mostrado insuficientes para responder às querelas dos jurisdicionados contemporâneos. Na seara da recuperação do crédito de instituições financeiras, não é diferente.

Nessa linha, nota-se que esse poder se revelou incapaz de exercer exclusivamente e de modo centralizado as funções a ele incumbidas, motivo pelo qual se fazem necessárias várias medidas para minorar as consequências da falta de acesso à Justiça e sanear suas causas. Entender o que gerou a crise do sistema de justiça e a estrutura que a mantém são elementos primaciais para

identificar meios de reestruturação da recuperação creditícia do setor bancário e transformar a realidade atual de inadimplência elevada.

Exige-se um grau de compatibilidade entre o cenário no qual os novos métodos estão sendo inseridos e os paradigmas impostos para alcançar os resultados esperados. Assim, analisar-se-á, brevemente, alguns fatores do contexto do Judiciário e a relação destes com a proposta de reforma correspondente ao objeto central desse estudo, qual seja a aplicação de métodos adequados de solução de conflito para instituições financeiras.

## **1.1 As reformas e uma breve retrospectiva histórica da tradição jurídica brasileira**

O estudo de uma vertente das reformas buscadas para o Judiciário brasileiro requer uma análise, com certa retrospectiva histórica, do perfil dessa instituição e dos fatores decisivos para a dificuldade de superação da crise existente. Inúmeros problemas advindos da atribuição do Estado de fornecer efetiva prestação jurisdicional à sociedade desaguam negativamente nos litigantes que necessitam dessa máquina estatal para garantir a continuidade de sua atividade central.

O apego às fórmulas rígidas, neutras e universais, que caracteriza a formação das instituições estatais brasileiras, é um dos fatores que redundam em problemas crônicos dentro da dinâmica judicial e administrativa, com destaque para a falta de acesso efetivo à Justiça, incluindo a ineficácia na exigência de direitos (LOPES, 2006, p. 373-375). Nessa linha crítica, Sadek (2004, p. 83) aponta que:

Críticas ao desempenho das instituições encarregadas de distribuir justiça praticamente acompanharam a instalação e o desenvolvimento dessas organizações no país. Desde as primeiras Cortes, criadas ainda no período colonial, vozes se levantaram mostrando sua inoperância e o quanto distavam de um modelo de justiça minimamente satisfatório. Nos últimos tempos, entretanto, tornou-se dominante a ideia de que essas instituições, além de incapazes de responder à crescente demanda por justiça, tornaram-se anacrônicas e, pior ainda, refratárias a qualquer modificação. Nas análises mais impressionistas sustenta-se, inclusive, que as instituições judiciais ficaram perdidas no século XVIII ou, na melhor das hipóteses, no XIX, enquanto o resto do país teria adentrado nos anos 2000.

No Brasil, pode-se estabelecer a promulgação da Constituição de 1988 como um marco da redefinição do papel republicano do Poder Judiciário, no período de redemocratização, o que estimulou o surgimento de diversas propostas reformadoras de adequação do Direito e das instituições aos anseios sociais.

No processo de redemocratização brasileiro, apesar de o envolvimento do Judiciário ter sido restrito, sem ter sido acionado diretamente pelas mobilizações sociais, recebeu uma posição de destaque no novo cenário republicano, como o Poder responsável pela ampliação de direitos, os quais sofreram alteração substancial tanto no objeto da tutela, como nos titulares dos direitos.

Apartir desse momento, verifica-se o crescimento do protagonismo do Judiciário, como resultado da reestruturação inevitável da sociedade, inclusive sob maior influência das consequências da modernização e do capitalismo, o que acabou avolumando os litigantes e as demandas judiciais.

Entretanto, como esclarece Vianna (1997, p. 12), essa “nova” demanda judicial, após a Constituinte de 1988, chegou a um Judiciário fortemente influenciado pelo princípio da separação dos poderes e por um direito sob a forma de códigos, razão pela qual a crise desse Poder pode ser encarada como “a

sua súbita adaptação à feição contemporânea da sociedade brasileira, sem estar equipado material, conceitual e doutrinariamente para dar conta da carga de novos problemas que a sociedade passou a lhe apresentar”.

A crise do Judiciário, no momento de transição da Constituinte, envolvia a ineficiência da sua orientação formal e individualista, a qual demonstrava uma situação insustentável, em que decisões judiciais eram descumpridas e existia inadimplência generalizada (SILVA, 2001, p. 32).

A tradição judicial brasileira é eminentemente positivista, atrelada aos preceitos do *civil law*. Os profissionais demonstram até hoje dificuldade em romper com aspectos estritamente formalistas da prática jurídica. Tornou-se necessário incorporar a dimensão da justiça e da coletividade em uma máquina judiciária que não estava preparada nem conceitualmente, nem estruturalmente para isso.

Por esse motivo, Viana (1997, p. 14) aponta a existência de um movimento de convergência dos sistemas do *civil law*, tradicional à ordem política brasileira, e do *common law*, sendo este tradicionalmente norte-americano, e elenca os sistemas de orientação da magistratura nacional após 1988:

Reconhece-se um sistema de orientação que tem na instituição do Poder Judiciário um ator coletivo que quer se envolver no processo de mudança social; um outro, centrado no juiz como agente solidário que aproxima o direito da justiça – onde, aliás, se encontra o *mainstream* da corporação; e um, ainda, distante desses, compreendendo aqueles juízes que se mantêm fiéis ao canôn da *civil law* – com ênfase no tema da “certeza jurídica”. Finalmente, observa-se a presença embrionária e minoritária de uma corrente que acentua o uso alternativo do Direito e as formas extrajudiciais de composição do conflito.

Reformas no Judiciário brasileiro pecam por levar muito pouco em consideração a necessidades dos diversos tipos de jurisdicionado, os quais muitas vezes não conseguem usufruir dos modelos de justiça informal disponibilizados pelas reformas, como ocorreu com os juizados especiais (FEITOSA, 2006).

Na realidade, a investigação sobre o papel social e político desempenhado pelo Judiciário brasileiro revela a importância de se elaborarem propostas efetivamente inovadoras e informais destinadas a expandir as fronteiras tradicionais do que se considera fazer justiça e proteger direitos. A implementação dessas propostas requer estudo ainda mais acurado sobre “onde” e “como” as novas ferramentas devem ser utilizadas, sob pena de incidir nos mesmos vícios e deficiências perpetuados há décadas no Judiciário. Sobre essa questão, Santos (1999, p. 167-168) ressalta que:

[...] a organização da justiça civil e, em particular, a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e, em particular, o modo como as opções técnicas no seu seio veiculam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos [...]

Nesse contexto de mudanças no Poder Judiciário, em especial após a redemocratização, os estudiosos do direito começaram a destacar o informalismo como uma alternativa viável para uma justiça mais rápida e efetiva, capaz de atender aos múltiplos interesses coletivos.

Grinover (1988, p 195), uma jurista atuante nesse período, esclarece que os especialistas já defendiam a possibilidade de **deformalização** do processo, tornando-o mais simples, barato, direto, acessível e rápido, no âmbito judicial, e a **deformalização** das controvérsias por meio de

vias alternativas, capazes de solucionar os conflitos mediante instrumentos institucionalizados de mediação a serem usados antes do processo, visando à autocomposição entre as partes.

Essa retrospectiva se mostra importante para entender alguns dos entraves impostos pelo Judiciário, inclusive a magistratura, no momento de implementação de propostas reformadoras do sistema de justiça, em sentido amplo, como a consolidação de formas de solução dos conflitos mais informais, por exemplo, a mediação e a conciliação, entre os envolvidos. A influência desse perfil do Judiciário será abordada, ainda, no decorrer dos tópicos seguintes.

## 1.2 Acesso à Justiça em sentido amplo e obstáculos ainda pendentes de superação

Quando se discute acerca do sistema de justiça, o desejo de proporcionar os benefícios do acesso à Justiça a determinado indivíduo ou grupo de indivíduos surge de forma quase imediata. Alguns dos benefícios proporcionados são elencados por Galanter (1976, p. 226), como o sentimento de justiça, a proteção jurídica, a participação na tomada de decisões e a resposta eficiente para as demandas. A Constituição Federal atribuiu o caráter de fundamentalidade a essa garantia, ao dispor, no inciso XXXV, do artigo 5º, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Considerando que o acesso à Justiça é um termo amplamente divulgado em estudos doutrinários do mundo todo, cabe elucidar o conceito clássico criado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 12). Na leitura dos autores, o acesso à Justiça consiste no “mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Esse sistema jurídico, por meio do qual a coletividade pode reclamar os seus direitos e solucionar os seus conflitos sob a égide estatal, deve ser acessível a todos de forma igualitária e produzir resultados individualmente e socialmente justos. Significativa parte dos problemas e insatisfações da sociedade com o Judiciário decorre apenas da ausência de efetividade na concretização de direitos. O incremento de obstáculos como o custo das demandas repercute diretamente na garantia fundamental de acesso à Justiça. Cabe colacionar a ponderada reflexão da juíza e mediadora Márcia Terezinha Amaral (2009, p. 57):

[...] o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, não impede a utilização de mecanismos consensuais de solução de controvérsias, que pode ser feita inclusive sob os auspícios do Judiciário. [...] Destarte, deve haver uma conscientização, sobretudo dos juristas, de que os Tribunais não representam a única modalidade de resolução de conflitos de interesses, pois os meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação, a arbitragem e a mediação, são métodos complementares ao processo jurídico tradicional.

Essa complementariedade sugerida pela autora pode ser transcendida diante de uma atuação paralela eficaz das formas consensuais, como ocorre em outros países, como os Estados Unidos da América. Dependendo do tipo de conflito e do perfil das partes, é possível que a significativa maioria das soluções seja alcançada antes da necessidade de recorrer ao Judiciário. Por isso se utiliza a expressão “em sentido amplo”, uma vez que a justiça poderá ser alcançada fora deste Poder.

Nesse diapasão, Galanter orienta que é importante uma análise mais acurada sobre as peculiaridades da sociedade que utiliza o sistema de justiça diante das mudanças nele realizadas,

com o intuito de extrair o real potencial de cada alteração. Deve-se considerar “os diferentes tipos de partes e o efeito que estas diferenças podem ter no modo como o sistema funciona (1994, p. 3, tradução nossa)”<sup>1</sup>.

Uma pesquisa denominada Sistema de Indicadores de Percepção Social (Sips) Justiça, realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) (2011, p. 19-20), demonstrou claramente o elevado grau de insatisfação dos cidadãos com a Justiça, tendo sido apurada a nota média de 4,55, em uma escala de zero a dez. Nessa mesma pesquisa, foram atribuídas notas para dimensões específicas da Justiça, o que também retratou o alto nível de descrédito social com a Instituição:

**TABELA 2**  
**Avaliação da Justiça pelos cidadãos, segundo dimensões específicas**  
**Vou mencionar algumas coisas que as pessoas geralmente esperam encontrar na Justiça e gostaria que o(a) senhor(a) dissesse como a Justiça brasileira está em cada uma delas**

	Média nacional (N = 2.689) Mín. = 0, Máx. = 4
Decisões boas, que ajudem a resolver os casos de forma justa	1,60
Facilidade no acesso	1,48
Baixo custo, para que todos os cidadãos possam defender os seus direitos	1,45
Imparcialidade, tratando ricos e pobres, pretos e brancos, homens e mulheres, enfim, todos de maneira igual	1,18
Rapidez na decisão dos casos	1,18
Honestidade dos seus integrantes e punição dos que se envolvem em casos de corrupção	1,17

Fonte: SIPS/Ipea.  
Elaboração do autor.  
Obs.: Muito mal = 0, mal = 1, regular = 2, bem = 3 e muito bem = 4.

Verifica-se que entraves como custo elevado, dificuldade de acesso e demora da prestação jurisdicional são alguns dos pontos inadequados depreendidos do referido levantamento. É importante destacar que a insatisfação social com o Judiciário permanece mesmo após diversas tentativas anteriores de reformá-lo, o que alerta sobre equívocos nessas propostas reformadoras ou, até mesmo, na forma de implementação. Outros países já focam na seara extrajudicial como solução para as inadequações do próprio sistema de justiça.

A desarrazoada demora na prestação jurisdicional também influencia os custos, os quais se aproximam ou, até mesmo, superam o valor objeto do litígio. O tempo excessivo entre o início e o término do processo leva a maioria das partes a optarem por acordos desvantajosos ou desistirem da causa. Pode-se tornar preferível internalizar um prejuízo e evitar um processo a correr o risco de avultá-lo significativamente com os custos em tela. Tais fatores revelam-se importantíssimos e vêm recebendo tratamento específico nas realidades jurídicas de diversos países (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15-18).

A criação de núcleos de solução consensual de conflitos extrajudiciais e o uso de plataformas *online* são algumas das medidas que, tendo como referencial o fator custo e celeridade, procuram ampliar o acesso e a eficácia do sistema jurisdicional, em sentido amplo, já que proporcionam eficiência no desempenho das atividades exercidas pelas partes que necessitam do Judiciário. Esse Poder não conseguirá funcionar do modo como deveria se continuar agregando mais funções do que pode suportar.

<sup>1</sup> No original: [...] *the different kinds of parties and the effect these differences might have on the way the system works.*

É importante refletir sobre a maneira como as mudanças se operacionalizam na realidade judiciária, especialmente sob o enfoque de adequação aos problemas já existentes, além de considerar o perfil dos profissionais que atuam no Judiciário e os tipos de causas e partes que dependem da Justiça para a resolução de controvérsias, com o propósito de defender uma abordagem diferenciada das novas ferramentas. Não se pode olvidar que o objetivo primordial da máquina judiciária é cumprir o papel de pacificação social.

Se essa pacificação também pode ser obtida por canais externos, inclusive de maneira mais satisfatória, diante das atuais conjecturas, os integrantes daquele poder não deveriam criar empecilhos para o compartilhamento das funções correlatas à solução de conflitos sociais. Ao contrário, é importante conscientizar esses integrantes de que os métodos adequados de resolução de controvérsias podem ser utilizados e que a via extrajudicial é benéfica para todos, afastando o receio de enfraquecimento da instituição. Essa, sim, é a etapa mais difícil de toda mudança institucional.

## **2 Formas adequadas de solução de controvérsias dentro e fora do Judiciário e a Recuperação de Crédito Bancário**

Os métodos consensuais de solução de controvérsias receberam destaque especial nos últimos anos no sistema de justiça brasileiro, diante do constante clamor social pela eficiência do referido sistema e pelo acesso efetivo à Justiça, como se verifica na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, alterada pelas Emenda nº 01/2013 e nº 02/2016, na Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Ocorre que os referidos métodos têm sido implementados dentro da máquina judiciária.

Propõe-se, em contraponto, a compatibilidade da utilização das formas de construção de consenso extrajudicial como meio preferencial para a resolução de conflitos, enquanto o uso das ferramentas dentro do Judiciário passaria a ser excepcional, na qualidade de uma nova oportunidade, quando as disputas não pudessem ser resolvidas fora e as partes recorressem ao sistema de justiça tradicional.

Essa capilaridade das estratégias consensuais estimuladas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei da Mediação seria capaz de solucionar de maneira mais adequada um número maior de conflitos sociais e alcançar a verdadeira justiça.

Nesse estudo, atrelou-se a proposta de reforma através dos métodos consensuais à busca de eficiência na recuperação de crédito de instituições financeiras, na perspectiva teórica iniciada ao final do capítulo anterior. A partir do acesso efetivo à Justiça, em sentido amplo, e da superação dos seus obstáculos, como o custo elevado e a demora demasiada do procedimento formal, o efeito dessas propostas de reforma na dinâmica da área de recuperação de crédito de uma instituição financeira se mostra promissor diante da compatibilidade dos interesses envolvidos.

Essas instituições buscam eficácia na resolução dos dissensos, porquanto esses acarretam o atraso ou a inviabilidade da circularidade dos recursos financeiros envolvidos e o rompimento da relação negocial previamente existente entre as partes. É importante lembrar que o crédito somente pode ser concedido de forma eficiente se for recuperado, fechando um ciclo para viabilizar outros milhares. Os elevados custos da prestação jurisdicional tradicional e a falta de eficiência dessa forma de acesso à Justiça embaraçam esse objetivo.

É nessa perspectiva que uma instituição financeira pode utilizar as ferramentas consensuais e informais propostas para atingir maior grau de eficiência na recuperação de crédito extrajudicial.

Revela-se essencial uma análise acurada sobre a influência desses institutos no referido setor, em experiências estrangeiras, baseada inclusive em dados já coletados, como analisado o impacto das *Alternative Dispute Resolution* (ADRs) nas reformas judiciais, em caráter geral, nos relatórios do Banco Mundial, ou o êxito do *Ombudsman*, na Alemanha e na Inglaterra, no relatório da FGV Projetos.

Vale destacar que o Judiciário, assim como a Administração Pública em geral, deve estar pautado pela eficiência, princípio constitucional que orienta uma atuação pautada pela qualidade, presteza, economia de recursos públicos, celeridade dos atos e melhor desempenho possível na prestação de serviços à sociedade. Tornar-se mais eficiente exige, muitas vezes, a abdicação de parcela das funções exercidas. Não se trata de perder poder, mas sim de fortalecer um Poder. Esse propósito pode ser atingido através de mudanças realizadas tanto dentro da máquina judiciária como fora dela, mas com repercussões relevantes no seu funcionamento.

## 2.1 Métodos adequados: fundamentos teóricos e conceituais

A necessidade de alcançar eficiência operacional e de permitir o acesso pleno ao sistema de justiça correspondem a objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos estabelecidos já na Resolução do CNJ nº 70, de 18 de março de 2009, os quais justificam as tentativas de sanar os entraves existentes. O direito de acesso à Justiça, previsto constitucionalmente, foi estabelecido como premissa e considerado além da vertente formal perante os órgãos judiciários, na medida em que implica acesso à ordem jurídica justa. Considerou-se, como consequência, a seguinte atribuição do Poder Judiciário (CNJ, 2010):

[...] estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.

A norma em comento prevê, ainda, a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, na medida em que são capazes de reduzir a excessiva judicialização dos conflitos de interesse. Esse estímulo, focado em evitar a judicialização de litígios, também pode amparar iniciativas fora dos tribunais.

A Emenda nº 2, de 8 de março de 2016, incluiu na resolução em comento uma seção denominada “Das Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação”, a qual reconhece a importância de iniciativas privadas extrajudiciais em paralelo à atuação do Judiciário. Apesar de ser breve a regulamentação mencionada, trata-se de um avanço contra a inclinação centralizadora desse Poder.

A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, conhecida como Lei da Mediação, conceitua mediação como a “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

A norma citada trouxe a previsão de mediação extrajudicial, reconhecendo uma prática já existente, mas ainda sem regulamentação e notoriedade suficientes. Nos artigos 21 e seguintes, procurou-se aprimorar a normatização sobre essa modalidade. Percebe-se que a lei procurou deixar

as partes livres para adotar a mediação previamente, em previsão contratual, ou após o surgimento do litígio.

Admitiu-se, ainda, que sejam adotados critérios diversos dos elencados no diploma mencionado, com a condição de existir regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação. Os artigos 9º e 10º, por outro lado, tratam dos mediadores extrajudiciais, apontando que qualquer pessoa da confiança das partes e capacitada para fazer mediação pode exercer essa função, independentemente de integrar algum tipo de conselho, entidade de classe ou associação.

A mediação é uma espécie do gênero justiça consensual, do qual a conciliação faz parte. O Código de Processo Civil de 2015, especificamente no §3º, do artigo 3º, estimula as formas consensuais de solução de conflitos em sentido amplo, mas atribui especial destaque à mediação e à conciliação<sup>2</sup>.

No diploma anterior, o Código de Processo Civil de 1973, a designação da conciliação passou de facultativa, a critério do juiz da causa, para obrigatória, no processo sumário, a partir de 1995 (art. 277, CPC), quando o artigo 331 passou a determinar a realização de audiência preliminar, nos casos em que a causa admitisse transação. Entretanto, a mentalidade formalista dos operadores do direito considerou um atraso referida obrigatoriedade e procurou relativizá-la, levando alguns juízes, apoiados pelos advogados, a buscarem quase exclusivamente a solução sentenciada, consolidando-se a “cultura da sentença”, em detrimento da “cultura da pacificação” (WATANABE, 2012, p. 90-91).

A diferença fundamental entre a conciliação e a mediação é a maneira como a condução do diálogo é realizada. Lília Sales (2007, p. 43) detalha aquela da seguinte forma:

Na conciliação, o terceiro – conciliador – interfere na discussão entre as pessoas sugerindo e propondo soluções para o conflito. Essas sugestões devem ser fundamentadas nas falas das pessoas que vivenciam o conflito. O conciliador não interfere de maneira a dizer o que seria justo ou injusto, certo ou errado, mas a partir da síntese da discussão apresenta opções que refletem as propostas apresentadas pelas partes.

Na mediação, por sua vez, não há essa interferência. Fabiana Spengler e José Bolzan de Moraes (2008, p. 134) afirmam que, através desse método, busca-se resolver conflitos mediante a atuação de um terceiro desinteressado, denominado mediador, o qual funciona como um conselheiro que irá direcionar as partes para a constituição das suas próprias respostas. Como características da mediação, os autores citados indicam a privacidade, a economia financeira e de tempo, a oralidade, a reaproximação das partes, a autonomia das decisões e o equilíbrio das relações envolvidas (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 135-137).

Luís Alberto Warat (2001, p. 75) apresenta um conceito diferenciado de mediação ao entender que se trata de um “procedimento indisciplinado de auto-eco-composição assistida (ou terceirizada) dos vínculos conflitivos com o outro em suas diversas modalidades”. Esclarece essa definição ao dispor que o instituto deve atender a determinados rituais, técnicas, princípios e estratégias na tentativa de produzir o consenso.

É importante que o mediador permita a substituição da postura impensada e impulsiva das pessoas em conflito por planos práticos e reflexões sobre a melhor maneira de agir. O caráter indisciplinado mencionado pelo autor procura atribuir ao mediador um campo aberto e

---

<sup>2</sup> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

livre para a transformação do litígio, livre das amarras do formalismo presente no sistema de justiça tradicional.

Na medida em que os métodos consensuais para dirimir litígios foram efetivamente destacados nas iniciativas legislativas trazidas pela Lei da Mediação e pelo Novo Código de Processo Civil, é interessante colacionar uma reflexão crítica da pesquisadora Mariana Hernandez Crespo (2012, p. 62) sobre a tendência de vincular os métodos alternativos aos tribunais latino-americanos:

[...] têm sido feitos esforços no sentido de aprovar leis sobre mediação ou no sentido de incluir essas leis no Código de Processo Civil, em conformidade com as recomendações dos reformadores. Entretanto, essas iniciativas no sentido de aprovar leis de mediação e de arbitragem, além das iniciativas para vincular os métodos alternativos aos tribunais, não procuraram fundamentar-se em qualquer discussão ampla, de longo alcance, com a maioria dos cidadãos da América Latina sobre os prós e os contras de um método alternativo vinculado aos tribunais.

Diante do foco do presente estudo, a mediação e a conciliação se apresentam como ferramentas de solução efetiva dos conflitos, as quais podem ser utilizadas dentro e fora do Judiciário, mas cuja indispensabilidade para a superação da crise desse sistema tem se mostrado inquestionável. Apesar de as ADRs não serem novas propostas no âmbito internacional, essas ainda encontram certa resistência no Brasil, o que atribui ainda mais relevância ao exame das formas de como os métodos em comento podem ser implementados em âmbito nacional para aprimorar o acesso à Justiça, especialmente no que diz respeito à recuperação creditícia de instituições financeiras.

## **2.2 Métodos adequados e o enfoque do extrajudicial para a recuperação creditícia de instituições financeiras**

Ao tratar sobre as Reformas Judiciais voltadas para aperfeiçoar o formato de resolução de conflitos tradicional e superar a chamada crise da Justiça, Ada Pellegrini (2013, p. 2) estabelece uma correlação inquestionável entre os obstáculos já tratados e a proposta de reforma através das ADRs:

Não há dúvida de que o renascer das vias conciliativas é devido, em grande parte, à crise da Justiça. É sabido que ao extraordinário progresso científico do direito processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça. A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários.

Quando se estudam os fundamentos da justiça conciliativa, o fundamento funcional deve receber o maior destaque no que se refere à crise da Justiça, uma vez que essa é representada especialmente por sua inacessibilidade, morosidade e custo (GRINOVER, 2013, p. 2/3). O objetivo seria buscar a racionalização na distribuição do serviço prestado, com a desobstrução das cortes, através da designação de conflitos para certos instrumentos institucionalizados de autocomposição.

Entretanto, essa necessidade de institucionalização é um dos pontos sob análise no presente trabalho, uma vez que o formato tradicional do Judiciário brasileiro parece contaminar as

propostas de reformas para superação dos problemas enfrentados pela máquina judiciária. Os Juizados Especiais são um exemplo claro de deformação de um modelo originalmente simplificado de jurisdição, o qual acabou incorporando as práticas tradicionais e gerando a mesma sobrecarga da justiça comum.

É importante questionar se a necessidade de trazer eficiência para o Judiciário não significaria retirar algumas dessas propostas de dentro desse sistema. É comum que o aparelho jurisdicional tente absorver as ferramentas de solução de conflitos, até mesmo em razão do receio de enfraquecimento institucional diante da disseminação do objeto central da jurisdição, que é a resolução dos conflitos sociais pelo Estado.

Transformar a mediação, a conciliação e demais métodos consensuais em meros instrumentos a serem utilizados internamente no funcionamento dos Tribunais acaba descaracterizando a base informal, negocial e consensual dos institutos.

Além da funcionalidade, Ada Pellegrini (2013, p. 3-5) trata dos fundamentos social e político. O primeiro está mais relacionado à capacidade de pacificação social efetiva dos equivalentes jurisdicionais consensuais do que à alcançada com a imposição de uma decisão, a qual pode gerar a insatisfação de ambas as partes com o resultado.

O último fundamento corresponde à possibilidade de participação popular na administração da justiça, por meio da colaboração da sociedade nos procedimentos conciliativos, inclusive com a intervenção de leigos nas funções de mediadores e conciliadores, o que proporciona maior grau de empatia com as partes, as quais podem sentir um certo distanciamento dos profissionais do direito envolvidos no trâmite processual.

Watanabe (2013, p.7) observa que, apesar da tentativa de inserção de ferramentas como a conciliação no processo judicial, cuja previsão, por exemplo, foi incluída no Código de Processo Civil anterior, desde 1994, no artigo 331<sup>3</sup>, a eficácia das mesmas estará sempre comprometida pela mentalidade sedimentada da solução adjudicada pelo juiz, a qual parece mais fácil diante da sobrecarga excessiva de trabalho dos magistrados, que transformam fases informais em mera formalidade a ser cumprida.

Lília Sales (2004, p. 61-63), ao tratar sobre mediação, faz uma reflexão sobre a crise do sistema de justiça tradicional e os obstáculos à efetividade da tutela jurisdicional, como a demora do resultado diante do congestionamento de processos e as decisões incompatíveis com a realidade das partes, cujas causas podem ser exemplificadas pela falta de material e pessoal, além da formação jurídica dos profissionais do Direito, marcadamente formalista e técnica.

No que diz respeito à relação entre o processo judicial e a mediação, fala-se em método substitutivo ou auxiliar ao processo judicial. Substituir o Judiciário não parece uma proposta razoável, caso considerado que essa substituição caminhará para a integralidade dos conflitos, enquanto o termo auxiliar se mostra mais plausível e consoante com o formato de Estado adotado, no qual o Poder Judiciário possui a exclusividade da prestação jurisdicional para a solução dos litígios sociais. Lília Sales (2004, p. 67) complementa que:

O processo de mediação como auxiliar ao processo judicial, por outro lado, significa que o primeiro resolverá os conflitos que podem prescindir do Poder Judiciário, cabendo a esse Poder a possibilidade efetiva de solucionar os conflitos com maior qualidade e celeridade. A mediação, dessa forma, apresenta-se como um meio aliado ao Poder Judiciário, que jamais competiria com

---

3 “Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.”

este, já que é direito fundamental do indivíduo a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. [...] Feitas essas considerações, entende-se que a compreensão do processo de mediação, que se mostra em conformidade com o ordenamento jurídico vigente, é a mediação como meio auxiliar de Poder Judiciário.

Entretanto, propõe-se que o formato de conciliação e mediação como meios auxiliares do Judiciário seja entendido de forma diversa do legitimado atualmente nas cortes nacionais e defendido no Código de Processo Civil de 2015. Assim, apesar de a intenção não ser substituir o Judiciário, acredita-se que o auxílio ideal para a solução de conflitos no Brasil seria uma atuação preferencial em paralelo, de forma externa à jurisdição, quando as partes somente recorreriam ao processo em hipóteses extraordinárias.

Como uma estrutura assoberbada de serviços irá absorver novas funções? A intenção não seria abrandar o volume de conflitos submetidos à estrutura judicial? Parece provável que os vícios e obstáculos intrinsicamente ligados a esse sistema influenciarão desfavoravelmente as ferramentas inovadoras cuja base principiológica apresenta a informalidade como um de seus preceitos.

Por mais que seja realizada uma tentativa consensual de solução da controvérsia no início do processo, esse já iniciou, tendo sido despendidos custos e recursos de um arcabouço comprometido. Não se busca eliminar a utilização da conciliação, mediação, ou, até mesmo, negociação, no início ou meio do procedimento judicial, mas essa opção deverá ser exceção, uma vez que o próprio processo se tornará excepcional.

Parece razoável que a implementação da conciliação e da mediação tenha ocorrido no próprio Poder Judiciário dentro do contexto político e social nacional, uma vez que a espera por políticas públicas de tratamento adequado de conflitos pelo Poder Executivo parece infundável, assim como o estímulo à informação e ao conhecimento pela população dos caminhos informais de solução de controvérsias. Acredita-se que a inércia dos demais Poderes atrelada ao atual protagonismo judicial voltado para o fortalecimento institucional acarretam a vinculação da ferramentas propostas, em detrimento do amplo potencial que apresentariam em face do uso dessas em paralelo.

O Banco Mundial já realizou alguns diagnósticos sobre reformas de Judiciários Nacionais, inclusive na América Latina, com o fito de identificar projetos passíveis de investimento e analisar os resultados dos projetos investidos. O desenvolvimento econômico parece atuar como motivação primeira das reformas estimuladas pela referida instituição, em consonância com o incremento da atividade de recuperação de crédito bancário visado, como se verifica em trechos do prefácio e do sumário do Documento Técnico nº 319, do Banco Mundial, de 1996 (p. 6-16):

O Poder Judiciário é uma instituição pública e necessária que deve proporcionar resoluções de conflitos transparentes e igualitária aos cidadãos, aos agentes econômicos e ao estado. [...] Um governo eficiente requer o devido funcionamento de suas instituições jurídicas e legais para atingir os objetivos interrelacionais de promover o desenvolvimento do setor privado, estimulando o aperfeiçoamento de todas as instituições societárias e aliviando as injustiças sociais. [...] Atualmente, o Judiciário é incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, garantindo assim os direitos individuais e de propriedade. [...] A reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. [...] Um poder judiciário eficaz e funcional é relevante ao desenvolvimento econômico.

Dentre as finalidades das propostas de reformas judiciais priorizadas pelo Banco Mundial, de acordo com o citado documento, pode-se elencar: (i) independência do judiciário através de alterações no seu orçamento, nomeações de juízes, sistema disciplinar que aprimore a administração das cortes de justiça através do gerenciamento adequado de processos e reformas na administração das unidades judiciárias; (ii) adoção de reformas processuais; (iii) adoção de mecanismos alternativos de resolução de conflitos; (iv) ampliação do acesso da população à Justiça; (v) incorporação de questões de gênero no processo da reforma; (vi) redefinição e/ou expansão do ensino jurídico e programas de treinamento para estudantes, advogados e juízes.

Vale destacar a preferência por mecanismos alternativos de resolução de conflitos, cuja potencialidade para a ampliação do acesso à justiça já era reconhecida. Nessa linha, verifica-se outro documento do Banco Mundial, datado de 2010, no qual constam os relatórios da performance de três países da América Latina na concretização de projetos de reforma judicial financiados pela referida instituição financeira, quais sejam Equador, Guatemala e Colômbia.

Na análise referente ao Equador, a promoção da mediação e demais ADRs foi um objetivo importante do projeto. Apesar de o relatório indicar que ainda persiste muito progresso pendente, já foi possível atestar que a utilização dos métodos alternativos, como a mediação, proporcionaram realizações significativas. No levantamento sobre os centros de mediações, datado de 30 em junho de 2010, consta que, no país em comento (BANCO MUNDIAL, 2010, p. 15):

[...] existem cerca de 120 centros de mediação associados a uma ampla gama de organizações (superintendentes, universidades, câmaras de comércio, ONGs, Fundações, associações de advogados e associações profissionais). Muitos deles não são parte do ramo judicial formal. A demanda pelo estabelecimento de novos centros, que dependem de aprovação do Judiciário, cresceu de forma constante devido à maior confiança que as pessoas têm em decisões que têm apoio judicial. A carga de trabalho dos centros varia de acordo com a natureza dos casos com os quais eles lidam. Em Cuenca, o centro de mediação ligado ao Judiciário atualmente lida com cerca de 7.000 casos por ano. Esse valor é cinco vezes o número servido em Guayaquil, e duas vezes o de Quito<sup>4</sup>.

É possível depreender dos relatos que um número maior de casos submetidos à mediação, em determinada cidade, está ligado à maior conscientização da população da região sobre a metodologia consensual de resolução de conflitos, inclusive por um perfil social mais aberto ao diálogo, como aconteceu em Cuenca. Não basta, entretanto, que esse perfil exista apenas entre os pretensos usuários, mas também entre os demais envolvidos, como advogados, serventuários do sistema de justiça e magistrados.

Vale destacar aspecto relevante a respeito dos referidos centros, qual seja o fato de que a maioria deles não faz parte do Poder Judiciário formal. Apesar de a abertura de novos centros depender da autorização desse Poder, como forma de atribuir certo controle e confiança social à inovação proposta, esses centros passam a funcionar de maneira dissociada da máquina judiciária, em universidades, organizações não governamentais e associações profissionais, por exemplo.

---

4 No original: [...] there are some 120 mediation centers attached to a wide range of organizations (superintendents, universities, chambers of commerce, NGOs, foundations, lawyers' associations, and professional associations). Many of them are not part of the formal judicial branch. The demand for establishing new centers, which depend on approval by the judiciary, has grown steadily due to the greater trust that people have in decisions that have judicial backing. The workload of the centers varies, as is the nature of the cases they deal with. In Cuenca, the mediation center attached to the judiciary currently handles some 7,000 cases a year. That amount is five times the number served in Guayaquil, and twice that of Quito.

Interessante que, no formato equatoriano, as partes já podem prever no contrato a ser firmado que eventual conflito será submetido à mediação ou a outro método adequado de resolução de conflito diverso do judicial, apesar de poderem utilizar a corte diante do insucesso da tratativa. Esse formato se assemelha à cláusula compromissória de arbitragem comumente utilizada no Brasil, nos termos do artigo 4º, da Lei nº 9.307/1996<sup>5</sup>, mas difere em razão da possibilidade de acionar o Judiciário naquele caso.

A Lei nº 13.140/2015, que regulamenta a mediação e a autocomposição de conflitos, trouxe previsão similar ao tratar da cláusula de mediação, no artigo 2º, §1º: “na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação”.

No referido relatório internacional, considerou-se que o aumento de mais de 50% (cinquenta por cento), em quatro anos, no número de casos tratados no Centro de Mediação de Quito, onde inicialmente a mediação não era muito aceita, deve ser considerado um resultado bem sucedido do projeto. O estudo verificou que o congestionamento das cortes judiciais foi reduzido e que a celeridade dos centros de mediação tem atraído novos casos:

Os centros de mediação trouxeram alívio ao congestionamento e atrasos nos tribunais comuns. Para as disputas de direito da família em Quito, por exemplo, a carga excessiva de trabalho significou que as audiências judiciais estão sendo agendadas com mais de um ano de antecedência. Isso significou um aumento no número de pedidos de mediação na área da família e da infância, o que duplicou em dois anos. Em Cuenca, as pessoas preferem os centros de mediação porque resolvem disputas em duas semanas, enquanto os tribunais fazem isso em oito meses. Como resultado, os centros estão recebendo pedidos de mediação, até mesmo dos equatorianos que migraram para a Espanha<sup>6</sup>. (BANCO MUNDIAL, 2010, p. 16)

Percebe-se que a sociedade é bastante atraída pela ideia de celeridade e eficiência na resolução de conflitos, tendo em vista o descrédito gerado perante o Judiciário ao longo dos anos, em decorrência dos problemas já delineados. Esse é um dos motivos para evitar que o instituto da mediação tenha o seu potencial reduzido caso submetido às mesmas deficiências judiciais, como a demora do procedimento.

É notório que esse cenário já se concretizou em relação às audiências de conciliação realizadas nos últimos anos, por exemplo, uma vez que as partes esperam meses ou, até mesmo, mais de um ano, para o agendamento de uma audiência, a qual é considerada infrutífera, antes mesmo de ser realizada, em razão do formato formal atrelado à ferramenta, que passa a ser realizada apenas para preenchimento protocolar de requisito legal.

Além do Banco Mundial, Mariana Hernandez Crespo (2012, p. 57) aponta que outras instituições, como a Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (Usaid) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), têm tentado contribuir para a promoção de um estado de direito na América Latina. Em consonância com o que foi visto nos relatórios do Banco Mundial, a autora esclarece que a ênfase das reformas tem ocorrido em três áreas principais: o aprimoramento do desempenho da Justiça, a introdução de reformas legislativas e a promoção da resolução alternativa de conflitos.

---

5 Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

6 No original: *The mediation centers have brought relief to congestion and delays in the ordinary courts. For Family Law disputes in Quito, for example, the excessive workload has meant that court hearings are being scheduled more than a year in advance. This has meant an increase in the number of requests for mediation in the area of family and childhood, which has doubled in two years. In Cuenca, people prefer the mediation centers because they settle disputes in two weeks, while courts do so in eight months. As a result, the centers are receiving requests for mediation even from Ecuadorians that have migrated to Spain.*

Uma iniciativa interessante realizada na Alemanha e na Inglaterra seria capaz de atender ao setor de recuperação de crédito nacional, uma vez que delineou um formato de resolução extrajudicial de conflitos financeiros, qual seja o *Ombudsman* bancário. Realizou-se, no mês de setembro de 2016, em Brasília, o I Seminário *Ombudsman* como Forma de Desjudicialização dos Conflitos na Relação de Consumo, como primeira tentativa de difusão da ideia, realizado pelo Superior Tribunal de Justiça em conjunto com a Fundação Getulio Vargas e apoiado pela Federação Brasileira de Bancos (Febraban) e pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) (FGV, 2016).

Apesar de abordar genericamente o termo relações de consumo, o foco principal da proposta está relacionado às instituições financeiras, uma vez que estas totalizam 40% (quarenta por cento) dos processos que alcançam a Segunda Seção do STJ, além de ocuparem o segundo lugar entre os maiores litigantes do Brasil (CNJ, 2012).

Na Alemanha, a associação de bancos se uniu e criou o denominado *Ombudsman* bancário, como um núcleo de resolução de conflitos que é mantido por essa associação. O consumidor pode buscar o *Ombudsman* para solucionar os seus conflitos com os bancos, hipótese em que um árbitro é designado para decidir o caso, cuja decisão vincula apenas o banco. Caso o consumidor não fique satisfeito com a decisão, poderá recorrer normalmente ao Judiciário.

Apesar dessa última peculiaridade, esse modelo se assemelha mais com a arbitragem prevista na Lei nº 9.307/1996. Isso não significa que a mediação e a conciliação não podem ser os instrumentos utilizados na implementação de figura equivalente no Brasil. Essa constatação já consta no relatório (FGV, 2016, p. 13) elaborado como resultado do seminário em tela, no qual é atribuída a competência de “receber reclamações de clientes das instituições signatárias e solucionar as disputas, por meio de conciliação, de mediação e de determinação nas decisões” ao *Ombudsman* Bancário, o qual seria formado por um grupo de cinco membros, sem vínculo com o setor bancário ou com entidades de defesa do consumidor.

Dentre as conclusões elencadas pela FGV Projetos (2016, p. 22), podem-se exemplificar as seguintes: “o modelo de ombudsman é um modelo interessante por ser uma forma de desjudicialização e porque vem ao encontro do que hoje a sociedade pretende, além de já ser internacionalmente testado com êxito”; e “caso fosse criado o projeto, que fosse feito um laboratório em modelos controlados (projeto-piloto) para saber se realmente no Brasil é eficiente”.

Entretanto, alguns aspectos do sistema formal adversarial ainda parecem permear a proposta citada, em detrimento do aspecto consensual, ao se referir a decisões e não a acordos, por exemplo. De qualquer forma, soluções extrajudiciais e consensuais foram priorizadas na proposta de reforma mencionada e podem ser aproveitadas, inclusive, para novas proposições.

Nessa linha, verifica-se a sugestão do Ministro Luis Felipe Salomão, durante o seminário, voltada para o “uso de plataformas de mediação *online*, baseadas em desenhos de novos *designs* para a solução extrajudicial de conflitos, como o *ombudsman*”, e a “implementação de uma disciplina obrigatória de mediação nas universidades” (FGV, 2016, p. 8).

Por fim, sugere-se, ainda, a utilização de plataformas virtuais de negociação de dívidas, as quais já estão sendo disponibilizadas para viabilizar a negociação de débitos entre devedores e diversas empresas credoras, de maneira integralmente virtual, como a Acordo Certo, a Quero Quitar e a Kitado, conhecidas como *fintechs*. Os interessados em estabelecer o consenso com determinado credor podem se cadastrar no referido canal e solicitar contato com empresas já integradas ou não. Nesta segunda hipótese, a empresa de ODR tenta agregar os potenciais parceiros que não possuam cadastro prévio para proporcionar o início da negociação. Verificou-se, nos portais das referidas empresas de tecnologia financeira, que instituições como Santander, Banco Sofisa, Tribanco, Banco Pan e Itaú já foram integradas.

Em matéria publicada pela RevistaValor, em setembro de 2017, esclareceu-se que a Acordo Certo, através de uma pequena sala com apenas dez funcionários, já é capaz de intermediar cerca de dez mil acordos sem efetuar um único telefonema. A Kitado, por sua vez, promove quarenta mil acordos mensais. A proposta das empresas é oferecer um canal de negociação de dívidas através do cruzamento de dados de diversas fontes, cujos participantes podem utilizar *e-mails*, celulares, *chatbots*, SMS, *sites* de anúncios como o Google, entre outros recursos (PINHEIRO, 2017).

Vale destacar que prometem realizar uma abordagem diferenciada, na qual não se colocam ao lado do credor ou do devedor, mas atuam como mediadores, em busca de um consenso benéfico para ambos os lados, além de não utilizarem termos ameaçadores como cobrança ou negativação, uma vez que o ambiente criado deve ser harmônico e estimular a manutenção do relacionamento entre ambos.

Diante do cenário de crise no qual o Judiciário está inserido e da hiperjudicialização, experiências exitosas de modelos estrangeiros e outras alternativas inovadoras implementadas em âmbito extrajudicial podem ser utilizadas com a devida adequação para as peculiaridades da recuperação de crédito no Brasil. Além de resgatar ferramentas consensuais consolidadas dentro do Judiciário da ineficiência gerada por vícios da tradição formalista, como a conciliação, esse é um fado que deve ser evitado no caso da mediação e de outras propostas de reforma pautadas pelo acesso à Justiça eficaz.

## Conclusão

As reformas propostas para o sistema de justiça brasileiro voltadas para práticas informais e consensuais ou para resolução de controvérsias fora do Judiciário encontra resistência desse poder por diversas razões. A crise de legitimidade exige a institucionalização de soluções extrajudiciais ou informais de solução de conflitos com o intuito de expandir as fronteiras de atuação do Judiciário e preservar seu papel social e político, além de encontrar obstáculos pautados na tradição formalista dos juristas envolvidos.

Considera-se temerária a implementação prioritária das formas consensuais de solução de conflitos dentro de uma estrutura comprometida com problemas e deficiências difíceis de superar diante do volume crescente de demandas judiciais. O perfil histórico do Judiciário rechaça a possibilidade desse Poder continuar absorvendo todas as controvérsias sociais e adquirir grau de eficiência, inclusive com a captação realizada através dos institutos da mediação e conciliação, mesmo que efetuadas no início do processo.

Defende-se a compatibilidade da utilização extrajudicial das formas de construção de consenso como meio preferencial para a resolução de conflitos, enquanto o uso das ferramentas dentro do Judiciário passaria a ser excepcional, na qualidade de uma nova oportunidade, quando as disputas não pudessem ser resolvidas fora e as partes recorressem ao sistema de justiça tradicional.

Nesse estudo, atrelou-se a proposta de reforma através dos métodos consensuais à busca de eficiência na recuperação de crédito de instituições financeiras. A partir do acesso efetivo à Justiça, em sentido amplo, e da superação dos seus obstáculos, como o custo elevado e a demora demasiada do procedimento formal, o efeito dessas propostas de reforma na dinâmica da área de recuperação de crédito de uma instituição financeira se mostra promissor diante da compatibilidade dos interesses envolvidos.

Essas instituições buscam eficácia na resolução dos dissensos, porquanto estes acarretam o atraso ou a inviabilidade da circularidade dos recursos financeiros envolvidos e o rompimento da

relação negocial previamente existente entre as partes. É importante lembrar que o crédito somente pode ser concedido de forma eficiente se for recuperado, fechando um ciclo para viabilizar outros milhares. Os elevados custos da prestação jurisdicional tradicional e a falta de eficiência dessa forma de acesso à Justiça embaraçam esse objetivo.

É nessa perspectiva que uma instituição financeira pode utilizar as ferramentas consensuais propostas para atingir maior grau de eficiência na recuperação de crédito. As experiências extrajudiciais correspondentes às ODRs, aos núcleos extrajudiciais de consenso e ao *Ombudsman* bancário são propostas que realizam um tratamento diferenciado em relação aos métodos tradicionais de cobrança e conseguem evitar que os conflitos envolvendo credores e devedores da área de crédito bancário cheguem até o Judiciário. Apresenta-se de forma promissora a influência desses institutos no referido setor, o que estimula novos aprofundamentos.

## Referências

AMARAL, Márcia Terezinha. **O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

BANCOMUNDIAL. **Documento Técnico nº. 319**, Banco Mundial, Washington, D. C. Jun. 1996. Trad. de Sandro Eduardo Sardá. <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>. Acessado em: 18.06.2017.

\_\_\_\_\_. *Document of The World Bank: Clustered Project Performance Assessment Report*. n. 55277, Country Evaluation and Regional Relations – IEGCR, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.140/2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acessado em: 07 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm). Acessado em: 03 jun. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO Nacional de Justiça. **100 Maiores Litigantes**. Departamento de Pesquisas Judiciárias. 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>. Acessado em: 06 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **100 Maiores Litigantes**. Departamento de Pesquisas Judiciárias. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>. Acessado em: 6 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_125\\_29112010\\_11032016162839.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf). Acessado em: 03 jun 2017.

\_\_\_\_\_. **Resolução/CNJ nº 70**, de 18 de março de 2009. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_70.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_70.pdf). Acessado em: 03 jun 2017.

CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Fgv, 2012. p. 39-86. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acessado em: 07 de out. 2017.

FEITOSA, Gustavo R. P. **Juizados Especiais Cíveis: perspectivas e dilemas**. Revista Diálogo Jurídico, Fortaleza, ano V, n. 5, p. 153-170, set., 2006.

FGV Projetos. **Um Modelo de Ombudsman Bancário para o Brasil**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://fgvprojetos.fgv.br/eventos/i-seminario-ombudsman-como-forma-de-desjudicializacao-dos-conflitos-na-relacao-de-consumo>. Acessado em: 19 jun. 2017.

GALANTER, Marc. **Why the “Haves” Come Out Ahead: speculations on the Limits of Legal Change**. Originally published in Volume 9:1 Law and Society Review, 1974. Reprinted (with corrections). In: COTTERRELL, R. (Ed.) **Law and Society**, Aldershot, Dartmouth, 1994. Disponível em: <http://lawforlife.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/whythehavescomeoutahead-33.pdf>. Acessado em 15 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Delivering Legality: some proposals for the direction of research. **Law & Society Review**; v. 9, n. 2, p. 225-246, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. In: **Mediação e Gerenciamento do Processo: revolução da prestação jurisdicional**. 3. Reimpr. São Paulo: Atlas, p. 1-5, 2013. Disponível em: [www2.senado.leg.br](http://www2.senado.leg.br). Acessado em: 22 jun 2017.

\_\_\_\_\_. **Deformalização do Processo e Deformalização das Controvérsias**. R. inf. legislativa: Brasília; a. 25, n. 97, jan/mar, 1988.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Sistema de Indicadores de Percepção Social: Justiça**. Brasília: Ipea, 2011. Disponível em: [http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro\\_sistemaindicadores\\_sips\\_01.pdf](http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_sistemaindicadores_sips_01.pdf). Acessado em: 4 de out. de 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma Introdução à História Social e Política do Processo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativa à jurisdição!** 2. Ed. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2008.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p.79-101, maio-ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/ao5v1851.pdf>>. Acessado em: 23 set. 2017.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. 2004.

\_\_\_\_\_. **Mediação de Conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

\_\_\_\_\_. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 5. ed. São Paulo: Cortez Editora, 1999.

SILVA, Cátia Aida. **Justiça em Jogo**: novas facetas da atuação dos promotores de justiça. 1 ed. São Paulo: Editora Edusp, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1997.

WARAT, Luís Alberto. **O Ofício do Mediador**. Habitus: Florianópolis-SC, 2001.

WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. *In: Mediação e Gerenciamento do Processo Revolução da Prestação Jurisdicional*. 3. Reimpr. São Paulo: Atlas, p. 6-10, 2013.

\_\_\_\_\_. Acesso à Justiça e Meios Consensuais de Solução de Conflitos. *In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Fgv, 2012. p. 87-94. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br>>. Acessado em: 7 de out. de 2017.

# Adiantamentos de Contratos de Câmbio: créditos de privilégio especial, quirografários ou não falimentares?

Marcos Dias de Oliveira\*

*Introdução. 1 A Lei nº 11.101, de 2005, e a classificação de créditos. 2 Restituição de adiantamento de contrato de câmbio (ACC). 3 Considerações sobre a classificação de créditos falimentares. 3.1 Créditos extraconcursais. 3.2 Créditos concursais. 4 Conflito entre as normas. 5 Posicionamento dos créditos de ACC segundo critério técnico. Conclusão.*

## Resumo

Muito se tem discutido a respeito da natureza dos adiantamentos de contrato de câmbio (ACC) sempre que estão em poder de sociedade empresária em processo falimentar. Enquanto as instituições financeiras argumentam que estes constituem recursos seus em poder do falido – com o que concordou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao emitir a Súmula nº 307 –, parte da doutrina entende que eles são créditos que devem compor a massa falida. O objetivo deste artigo é apresentar os argumentos de ambas as posições e sugerir critério para abordar os ACC. O desenvolvimento da discussão aponta para discordância com o contido na Súmula 307. À guisa de conclusão, sugere-se que a regra que determina que os ACC sejam restituídos antes do pagamento de qualquer crédito falimentar desafia os princípios constitucionais da igualdade, da celeridade processual e da preservação da empresa, e propugna-se por sua classificação como créditos quirografários.

**Palavras-chave:** Falência. Classificação de créditos. Adiantamentos de contrato de câmbio. Súmula 307 STJ.

---

\* Analista do Banco Central do Brasil. PhD em Administração pela Universidade de Birmingham, Reino Unido. Acadêmico de Direito no Instituto Brasileiro de Direito Público.

## *Bankruptcy-related credits and advances on exchange contracts*

### *Abstract*

*There has been much discussion about the nature of advances on exchange contracts (ACC) whenever they are held by companies going through bankruptcy proceedings. Whilst financial institutions argue that these are their resources being held by the bankrupt society – with which agreed the Superior Court of Justice (STJ) when they issued the Precedent nº 307 –, part of the doctrine understand that they are credits which should be part the insolvency estate. The aim of this paper is to introduce the arguments of both positions and to suggest a criterion to approach ACC. Discussion development points toward a disagreement with the content of the Precedent nº 307. By way of conclusion, it is suggested that the rule which determines that ACC be repaid before the payment of any bankruptcy-related credit whatsoever defies the constitutional principles of equality, of proceedings expedition, and of companies preservation, and it is proposed that they be classified as unsecured credits.*

*Keywords: Bankruptcy. Credits classification. Advances on exchange contracts. Precedent nº 307 STJ.*

### **Introdução**

Instituições financeiras são, com frequência, retratadas como grandes corporações que têm o potencial de alcançar níveis quase incomparáveis de lucro. Quando imperava no Brasil a hiperinflação, o lucro dessas instituições era garantido pela mera retenção dos recursos de seus depositantes por um ou dois dias a mais em seus cofres. Com o fim da inflação alta, as instituições financeiras, mormente os grandes bancos, tiveram de se adaptar para não sucumbir à competição do mercado financeiro. Essa fase passou. Novos produtos financeiros surgiram, foram criados, por exemplo, pacotes promocionais em que, em troca de pagamento mensal, os clientes teriam direito a certa quantidade e variedade de operações sem cobrança adicional. O volume e a diversidade de taxas que surgiram na esteira dessa nova etapa nas relações entre clientes e o mercado financeiro não teve precedentes.

Um desses produtos, oferecido a exportadores brasileiros, é o adiantamento de contrato de câmbio (ACC). É comum que empresas, quando assinam contrato de exportação, somente sejam pagas por seus produtos após o recebimento destes pelo importador em outro país. Muitas vezes, a empresa que vai fabricar o produto não tem recursos suficientes para fazê-lo. Quando isso acontece, ela pode solicitar a uma instituição financeira que opere na área de câmbio que adiante os valores necessários para produção e envio ao exterior dos bens vendidos. Isso é possível porque a empresa tem a expectativa de, posteriormente, receber o pagamento do importador estrangeiro, quando então poderá destinar parte desse para quitar sua dívida relativa ao ACC.

Essa modalidade de empréstimo é fundamental para estimular o desenvolvimento econômico do Brasil. Há casos em que a empresa exportadora tem porte suficiente e está em situação de solvência confortável para produzir e exportar bens sem a necessidade de solicitar empréstimo. Todavia, não é o que acontece com grande parte das empresas brasileiras que produzem para exportação, principalmente as de pequeno e médio porte, que se valem desse tipo de financiamento para honrar seus contratos.

Quando uma sociedade empresária entra em processo de falência, precedido ou não por fase de recuperação judicial, e tem como credora alguma instituição financeira que a ela tenha concedido empréstimo por meio de ACC, é grande a probabilidade de ser acionada judicialmente para que pague o valor adiantando antes mesmo da constituição da massa falida.

Baseadas no contido no artigo 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 1965, e nos artigos 49, § 4º e 86, II, da Lei nº 11.101, de 2005, entendem as instituições financeiras que os valores devidos que se referem a ACC não têm natureza de crédito falimentar, por não pertencer ao falido. Assim, tais valores não podem ser incluídos na massa, mas devem, diferentemente, ser restituídos antes que qualquer crédito seja pago. A jurisprudência – que alguns consideram já pacificada a respeito do assunto – também caminhou nessa direção, uma vez que a Súmula nº 307 do STJ corroborou a visão do mercado financeiro.

Argumentam os defensores da posição contrária, todavia, que tais dispositivos são inconstitucionais por não observarem princípios constitucionais que, por sua natureza, são hierarquicamente superiores às normas legais. Ademais, ressaltam que privilegiar a restituição dos ACC pode comprometer o pagamento de outros créditos falimentares, uma vez que não raro a parcela dos recursos disponíveis necessária para isso atinge percentagem da ordem de 40% a 50% do patrimônio da empresa em falência, mais amiúde se o falido for pequeno ou médio exportador.

Não são incomuns casos em que nem a totalidade do patrimônio apurado é suficiente para o pagamento da restituição dos ACC, o que pode inviabilizar até mesmo o processo falimentar, uma vez que não sobriam recursos sequer para pagar o administrador judicial ou para custear o procedimento. Ademais, até mesmo o pagamento de verbas trabalhistas, consideradas alimentares e, portanto, de subsistência, pode ser colocado em risco caso os recursos restantes não se mostrem suficientes.

Em face do exposto, o problema abordado neste artigo pode ser definido como: qual o impacto da observância dos princípios constitucionais da igualdade, da celeridade processual e da preservação da empresa na classificação dos ACC como créditos falimentares, segundo critério técnico? A hipótese de partida é a de que, a se respeitar a hierarquia normativa que é inerente a qualquer ordenamento jurídico, a norma posta – aí incluída a Súmula nº 307 do STJ – está em desacordo com a Constituição e que, por isso, valores em poder do falido relativos a ACC devem compor a massa e ser classificados em uma das categorias de créditos falimentares definidos pelos artigos 83 e 84 da Lei nº 11.101, de 2005.

O marco teórico parte da análise do que determinam sobre o assunto as Leis nº 11.101, de 2005, e a Lei nº 4.728, de 1965, para, em seguida, incluir nesse contexto a jurisprudência criada pelo STJ com a Súmula nº 307. A parte seguinte apresenta esclarecimentos da literatura a respeito de créditos falimentares. Considerações da doutrina sobre conflito entre normas vão embasar a discussão do caso em tela, e analogia com os créditos previstos na Lei de Falências vai servir de foco para que, com base nas similaridades dos ACC com as justificativas e consequências do não pagamento de cada um dos demais créditos, sugira-se categoria para seu enquadramento.

## 1 A Lei nº 11.101, de 2005, e a classificação de créditos

Se, quando uma empresa entrasse em processo de falência ou de recuperação judicial<sup>1</sup>, não houvesse qualquer critério para pagamento de seus credores e esse fosse feito apenas com base em “quem primeiro chega é pago primeiro”, cada boato sobre o assunto teria o potencial de provocar

---

<sup>1</sup> A falência pode ou não ser precedida pela recuperação judicial; enquanto esta visa estabelecer plano que possibilite o soerguimento da empresa, aquela sinaliza que a situação da instituição não mais permite recuperação ou que eventual plano que tenha sido posto em prática para tal fim não foi bem-sucedido. Este artigo aborda apenas o instituto da falência, abstendo-se de analisar casos de recuperação judicial, até mesmo porque “o pedido de restituição existe apenas em caso de falência, não havendo tal previsão para o caso de recuperação judicial” (BEZERRA FILHO, 2016b, p. 318).

corrida rumo aos créditos. Não é difícil imaginar que, por vezes, o primeiro credor a reivindicar seus créditos poderia resgatar todos os recursos disponíveis apenas por ter sido mais rápido do que os outros.

Assim, foi necessário criar certa hierarquia de pagamentos, uma vez que direitos e necessidades são diferentes entre os diversos grupos de credores. Essa hierarquia foi definida, na forma de classificação de créditos, pelos artigos 83 e 84 da Lei nº 11.101, de 2005, conhecida como Lei de Falências.

Em casos de falência, tão logo o juízo a tenha decretado e nomeado administrador judicial, é formado comitê de credores, com representantes de credores trabalhistas, de credores com direitos reais de garantia e de credores quirografários; o comitê tem, entre suas funções, fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial.

Cabe ao administrador judicial fazer a verificação dos créditos, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor, nos documentos apresentados pelos credores e nas informações prestadas pelo devedor. Com base nisso, o administrador publica a relação de credores, que conterá sua classificação. Essa classificação, em consonância com a legislação falimentar em vigor, estabelecerá a ordem de pagamento dos credores<sup>2</sup>.

Em primeiro lugar, o artigo 84 da lei supracitada determina que prioridade no recebimento será dada aos detentores de créditos extraconcursais, que são aqueles cujos credores não precisam se habilitar na falência para receber seus créditos e, segundo Calças (2007, p. 54), “referem-se aos credores dos credores do falido”. Tais créditos estão elencados no artigo 84, como segue (BRASIL, 2005):

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:

- I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;
- II – quantias fornecidas à massa pelos credores;
- III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;
- IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;
- V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Coelho (*apud* GARCIA, 2013) afirma “não serem os credores tratados igualmente tendo em vista ser a natureza do crédito importante para a definição de uma ordem de pagamento que deve ser observada pelo administrador judicial ao realizar a satisfação dos créditos”. Ressalte-se que, em que pese o fato de que há prioridades diferenciadas entre grupos de credores, dentro de cada categoria todos devem receber tratamento igualitário. Isso se dá em atenção ao *par conditio creditorum*, princípio ligado à exigência de justiça distributiva, uma vez que “a falência é, de fato, processo igualitário, isto é, que visa colocar todos os credores na mesma igualdade dentro de cada classe” (OLIVEIRA, 2005, p. 347).

---

2 O procedimento, na realidade, é mais complexo do que o descrito aqui, uma vez que envolve diversas fases, tais como apresentação, pelo falido, de relação nominal de credores; convocação dos credores para participar do processo concursal; eventuais impugnações de créditos; habilitações retardatárias. Tal detalhamento, no entanto, está além do escopo deste artigo, que visa discutir a pertinência da priorização do pagamento de créditos oriundos de adiantamento de contratos de câmbio, determinada pela Súmula 307 do STJ.

Atendidos os créditos extraconcursais, seguem os concursais, aqueles cujos credores devem se habilitar no processo de falência e que também seguem a hierarquia de créditos definida pela Lei de Falências. Tais créditos estão listados no artigo 83, como segue (BRASIL, 2005):

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

- I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;
- II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;
- III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;
- IV – créditos com privilégio especial [...];
- V – créditos com privilégio geral [...];
- VI – créditos quirografários [...];
- VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;
- VIII – créditos subordinados [...].

Apesar do aparente esclarecimento proporcionado pela Lei nº 11.101, de 2005, no que respeita à ordem em que devem ser pagos os créditos falimentares, o artigo 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 1965, tem suscitado discussão sobre eventual conflito de normas. Essa lei determina que se processem as ações para cobrança dos adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores. O conflito, se ainda não estava claro, consolidou-se com a edição da Súmula 307 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o que será discutido a seguir.

## 2 Restituição de adiantamento de contrato de câmbio (ACC)

A intenção da Lei de Falências foi organizar a ordem de pagamento dos credores da massa falida, de modo a dirimir todas as dúvidas relativas ao assunto. A lei, com a ordem de apresentação, talvez “tenha desejado fixar uma relação de primazia e importância entre eles” (TOLEDO & PUGLIESI, 2016, p. 91). Caberia à administração da massa falida identificar os credores e classificá-los de acordo com a prioridade dada ao tipo de crédito que cada um tivesse a receber.

Entretanto, nem todas as situações parecem se enquadrar de modo inequívoco no preconizado em lei. Benito (2010), por exemplo, chama a atenção para conflito entre a ordem determinada pela Lei nº 11.101, de 2005 e a Súmula 307 do STJ, já que, com base no contido na súmula, “o pedido de restituição de valores provenientes de contrato de câmbio está amparado em primeiríssimo lugar no quadro geral de credores, desbancando créditos extraconcursais, trabalhistas, acidentários e com garantia real”. Para a autora: “É certo que os créditos relativos a contrato de câmbio (Resolução Bacen n. 63, de 21.8.1967) são objeto de pedido de restituição, razão pela qual deveriam ser classificados como créditos com privilégio especial, nos termos da alínea b, do inciso IV, do art. 83”.

A Súmula 307 toma por fundamento a Lei nº 4.728, de 1965, cujo artigo 75, § 3º determina que: “No caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior”, referindo-se à “cobrança dos adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio” (BRASIL, 1965). O artigo 75, § 4º, por sua vez, expressa a ligação das quantias adiantadas com o pagamento das linhas de crédito comercial que lhes deram origem. O posicionamento do

STJ baseou-se, também, em treze Recursos Especiais apreciados entre 1992 e 2004, utilizados como precedentes.

Com efeito, ao desprover o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 30.831/RS (2001/0079553-7), o Relator, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, vale-se de posicionamento da 3ª Turma ao afirmar que:

Assentado na jurisprudência da Terceira Turma o entendimento segundo o qual o pagamento das restituições ordenadas, decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio, deve ser efetuado de imediato, antes de qualquer crédito, mesmo privilegiado. Tal não constitui, propriamente, encargos ou dívidas da massa, mas sim, dinheiro de terceiro, embora arrecadado no poder do falido, não integrante de seu patrimônio (BRASIL, 2011, p. 227).

A se considerar apenas o cumprimento estrito da letra da lei, não cabe dúvida de que assiste razão ao Ministro Relator, bem como a todos os Ministros que votaram a favor do desprovemento não apenas desse, mas de todos os Recursos Especiais utilizados como precedentes para a Súmula 307. A par da jurisprudência construída pelo STJ, a legislação infraconstitucional também determina que a restituição de ACC tenha preferência sobre o pagamento dos créditos falimentares.

Além do acima referido artigo 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 1965, a Lei nº 11.101, de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, também trata do assunto. Referindo-se, por exemplo, à fase pré-falimentar – de recuperação judicial –, o artigo 49, § 4º estabelece que: “Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei” (BRASIL, 2005).

O artigo 86, por sua vez, determina que:

Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro:

[...]

II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;

[...]

Parágrafo único. As restituições de que trata este artigo somente serão efetuadas após o pagamento previsto no art. 151 desta Lei (BRASIL, 2005).

O artigo acima, portanto, constitui-se em mais uma referência legal ao fato de que os ACC devem ser restituídos ao credor antes do pagamento dos créditos falimentares. Seguindo adiante, é possível constatar que a única exceção legal àquela determinação é a relativa ao contido no artigo 151 da Lei de Falências, que estabelece que: “Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa” (BRASIL, 2005).

Ressalte-se que o legislador não levou em conta o valor do salário percebido por categoria profissional em empresa em processo de falência; limitou a cinco salários mínimos por trabalhador o valor a ser pago a cada um, o que tem precedência sobre a restituição de ACC.

Apesar de parecer inequívoco, à luz da legislação até aqui consultada, qual é a classificação da restituição em tela, o assunto não se encontra, em absoluto, pacificado, ao contrário do que afirmam

alguns doutrinadores. O entendimento compartilhado pelo STJ parte da premissa de que quanto maior a garantia de recebimento que uma instituição financeira tem maior será sua disposição em conceder empréstimos aos exportadores e menores serão as taxas de juros praticadas.

Na contramão dessa visão, todavia, Cabrera (2013, p. 98) afirma que “esse privilégio é veemente criticado por parte da doutrina e jurisprudência, por entenderem que não há razão alguma para que essa modalidade de crédito possua tal benefício, em razão de ser quirografário”. O autor propugna pela inconstitucionalidade do artigo 86, II, da Lei de Falências, alegando que ele contraria o princípio da igualdade, uma vez que não respeita a igualdade de condições entre os credores da mesma classe.

O autor defende que

o adiantamento de contrato de câmbio, tratado como crédito extraconcursal, está em desacordo com a igualdade, pois [...] esta modalidade de contrato tem natureza jurídica de compra e venda com antecipação da prestação de um dos contratantes – a instituição financeira realiza o pagamento antes que seja entregue a moeda estrangeira – e os demais credores que possuem crédito derivado dessa mesma natureza jurídica – compra e venda – são classificados como quirografário, via de regra (CABRERA, 2013, p. 57) (Grifo nosso).

Note-se que a classificação para a restituição de ACC sugerida pelo autor – crédito quirografário – difere daquela proposta por Benito (2010) – crédito com privilégio especial.

O assunto em tela aponta para típica situação de conflito aparente entre princípio e regra. Há que se considerar o contraste entre o poder econômico das instituições financeiras e a hipossuficiência do trabalhador. Ademais, o salário, cujo pagamento se restringe a cinco salários mínimos independentemente de quanto cada trabalhador tenha a receber, tem natureza de verba alimentar.

Em face da divergência de interpretação a respeito da matéria, a discussão que segue tentará jogar alguma luz sobre critérios que poderiam orientar a classificação dos créditos provenientes de ACC.

### 3 Considerações sobre a classificação de créditos falimentares

#### 3.1 Créditos extraconcursais

O artigo 84 da Lei de Falências define quais são os créditos extraconcursais e determina, ainda, que esse tipo de crédito será pago anteriormente aos concursais – listados no artigo 83 – e em qual ordem receberão prioridade de pagamento.

Recebem prioridade as “remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência” (BRASIL, 2005). Em relação ao assunto, o Ministro Eduardo Ribeiro, do STJ, ao dar provimento parcial ao Recurso Especial nº 32.959-SP (93.0006527-0), cita o respectivo Acórdão ao discorrer sobre a importância do síndico da massa e seus colaboradores, afirmando que:

Sem a colaboração desses auxiliares da Justiça não haveria possibilidade alguma de seguir seu curso o procedimento, inviabilizando qualquer outro pagamento. Prestando eles serviço

aos credores, inclusive por créditos acidentários e trabalhistas, devem receber os honorários correspondentes à função, sem a qual não se haveria de apurar o ativo com que se pagarão os credores (BRASIL, 2011, p.237).

A essência da justificativa para a prioridade dada aos “auxiliares da Justiça”, portanto, pode ser descrita como a indispensabilidade daqueles para que o procedimento falimentar siga seu curso.

Em relação aos créditos derivados da legislação do trabalho, a situação carece da mesma clareza. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 449, § 1º, com redação dada pela Lei nº 6.449, de 1977, estabelece que: “Na falência constituirão créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tiver direito” (ANGHER, 2018, p. 696). A Lei de Falências, no entanto, por ser posterior e especial, revoga o contido na CLT e limita o pagamento a cento e cinquenta salários mínimos por credor, além das verbas devidas por acidente de trabalho (artigo 83, I).

A classificação dos créditos derivados da legislação do trabalho suscita dúvidas, uma vez que o legislador os definiu como extraconcursais no artigo 84, I, e como concursais no artigo 83, I. A limitação salarial, todavia, está em conformidade com a Convenção nº 95 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 41.721, de 1957 –, que preconiza que os empregados serão tratados como credores privilegiados e indenizados “[...] seja pelos salários, [...], seja pelos salários que não ultrapassem limite prescrito pela legislação nacional” (OIT, 2011).

Também são extraconcursais os créditos relativos às quantias fornecidas à massa pelos credores. Bezerra Filho (2016a) aduz que, apesar de ser difícil imaginar que um credor<sup>3</sup> se disponha a colocar dinheiro em uma empresa falida, pode ocorrer situação em que esse, por exemplo, tenha interesse em conservar seguramente armazenada alguma mercadoria que possa estar aguardando restituição.

Por motivo análogo ao que justifica a classificação dos créditos das pessoas responsáveis pela administração da massa (artigo 84, I, primeira parte), foram classificados como extraconcursais os créditos relativos às despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência. Sem essa fonte de recursos não seria viável a continuidade do processo de falência, e essa categoria guarda relação com outros artigos da Lei de Falências, notadamente o 99, XI, o 150 e o 109.

O inciso IV refere-se às custas processuais devidas por ações e execuções ajuizadas pela massa, quando esta for sucumbente, bem como àquelas ajuizadas pela sociedade empresária antes da falência ter sido decretada e que, por força do contido no artigo 76, parágrafo único, devem ter prosseguimento com o administrador judicial. Tais custas serão pagas somente se houver arrecadação suficiente nesse momento do trâmite. Assim como o inciso anterior, justifica-se pela viabilização da continuidade do procedimento.

Finalmente, são extraconcursais os créditos que dizem respeito a “obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência” (BRASIL, 2005). O artigo 67 trata de créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial. Ou seja, com pessoas físicas ou jurídicas que continuaram a fornecer bens, serviços ou recursos financeiros e que, portanto, acreditavam no soerguimento da empresa. Decretada a falência, seus créditos não precisam ser habilitados junto à massa.

---

3 Bezerra Filho (2016a, p. 288) chama atenção para o fato de que o legislador disse “menos do que pretendia, pois é possível que terceiros não credores tenham interesse em fornecer alguma quantia à massa”; a lei, porém, só atribuiu legitimidade aos credores.

### 3.2 Créditos concursais

A prioridade dos créditos que compõem o concurso de credores pertence aos créditos derivados da legislação trabalhista, que estão limitados a cento e cinquenta salários-mínimos por credor, além daqueles decorrentes de acidentes de trabalho. Interessante o que salienta Gomes (2016), para quem

é importante destacar o caráter ambíguo dos créditos trabalhistas. Sua preferência se limita, por cada credor, ao valor de cento e cinquenta salários mínimos. Superada essa parcela, nenhum privilégio resta a tal categoria, passando estes a constar como créditos quirografários. Os créditos advindos de acidentes de trabalho, todavia, não têm limitação.

Em seguida, são atendidos os créditos com garantia real, até o limite do valor do bem gravado. Tal garantia, em geral, é constituída por meio de hipoteca sobre imóvel ou penhor sobre bem móvel da empresa falida. O bem pode ser arrebatado ou adjudicado pelos próprios credores, até mesmo antes da formação do quadro de credores.

Em terceiro lugar, vêm os créditos tributários, que independem de sua natureza e tempo de constituição. Não se incluem entre eles, no entanto, as multas fiscais, uma vez que a Súmula 565 do Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu que: “A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência” (BRASIL, 1977). De acordo com Rocha, Vieira e Costa (2018, p. 665), “a motivação da súmula baseou-se na injustiça da possibilidade de a multa fiscal moratória alcançar o patrimônio de terceiros, credores do falido, não responsáveis pela sua perpetração”.

Em quarto lugar, são atendidos os credores cujos créditos são de privilégio especial. Todos estão definidos em lei, e são resumidos por Gomes (2016) da seguinte forma:

Como exemplos de credores com essas características, extraídos de nossa Lei Civil, podemos citar: o credor por benfeitorias necessárias ou úteis sobre a coisa beneficiada (CC, art. 964, III); o autor da obra, pelos direitos do contrato de edição, sobre os exemplares dela na massa do editor (CC, art. 964, VII); os credores titulares de direito de retenção sobre a coisa retida (LF, art. 83, IV, C); os subscritores ou candidatos à aquisição de unidade condominial sobre as quantias pagas ao incorporador falido (Lei nº 4591/64, art. 43, III); o credor titular de nota de crédito industrial sobre os bens referidos pelo art.17 do Dec. Lei nº 413/69; crédito do comissário (CC, art. 707).

Além do privilégio especial, há também o privilégio geral, cujos créditos são os seguintes na hierarquia da ordem de pagamento e estão claramente definidos no artigo 83, inciso V, da Lei 11.101, de 2005. Cabe ressaltar o contido no artigo 83, V, a, que está ligado ao artigo 67, que se refere, em seu parágrafo único, por exemplo, aos “créditos quirografários [...] pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial” (ANTÔNIO, 2013, p. 211), que terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência.

À guisa de estímulo para continuidade de negociações quando, antes da falência, é decretada a recuperação judicial, “o art. 67 prevê que os créditos decorrentes de negócios celebrados durante a recuperação judicial serão sempre considerados extraconcursais em caso de decretação de falência” (BEZERRA FILHO, 2016, p. 291).

Comparativo entre o disposto no caput do artigo 67 e o contido em seu parágrafo único pode dar impressão de dupla classificação. Entretanto, a intenção do legislador parece ter sido

distinguir entre fornecedores que iniciaram o fornecimento após a decretação da recuperação judicial (extraconcursais) e aqueles que, sendo detentores de créditos quirografários no momento da decretação, mantiveram o fornecimento e tiveram, a título de compensação, seus créditos quirografários elevados para a categoria dos de privilégio geral.

A seguir, vêm os créditos não previstos nas classificações anteriores, os tais quirografários, que englobam também “os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido na classificação correspondente” (ANTÔNIO, 2013, p. 211). Os créditos quirografários não contam, geralmente, com garantia alguma.

De acordo com Gomes (2016), “a grande massa de dívidas do falido normalmente repousa nos débitos em relação aos credores quirografários. Quitados estes, direciona-se o administrador judicial ao pagamento de multas e penas pecuniárias”, consoante o artigo 83, inciso VII, da Lei 11.101, de 2005.

Por último, vêm os créditos subordinados, como aqueles previstos em lei ou contrato e os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

#### 4 Conflito entre as normas

O primeiro conflito parece ser entre o princípio da igualdade e o artigo 75 da Lei nº 4.728, de 1965 e os artigos 49, § 4º e 86, II da Lei nº 11.101, de 2005. Esses artigos, em sua essência, estabelecem que a composição da massa falida não pode incluir valores relativos a ACC; tais valores devem ser restituídos à instituição financeira que procedeu ao adiantamento, pois não constituem crédito, e sim dinheiro de terceiro em poder da massa.

Aponta para esse entendimento, por exemplo, o estabelecido pela Súmula 307, que não classifica a restituição de ACC como crédito falimentar, por isso não se propõe a encaixá-la em classificação pertinente em relação aos outros créditos. Em vez disso, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 330.831/RS (2001/0079553-7), o STJ argumenta que:

Os argumentos trazidos no agravo, entretanto, não abalam a sólida jurisprudência desta Corte, no sentido de que “a restituição não constitui propriamente crédito, mas dinheiro de terceiro, - que não se sujeitam aos efeitos do concurso de crédito falimentar - correspondente ao valor da mercadoria consumida, não integrante do patrimônio da falida, embora arrecadado em seu poder” (REsp n. 56.133-7-RS, 3ª Turma, Relator o Senhor Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 21.08.1995) (BRASIL, 2011, p. 228).

Outro princípio que a própria Lei de Falência preconiza é confrontado pela norma infraconstitucional: trata-se do princípio da celeridade processual, que deve, conforme disposto no parágrafo único do artigo 75, ser observado pelo processo de falência. A intenção do legislador, segundo Schiavon & Belnoski (2012), é que o procedimento falimentar seja simples, célere e eficaz, com vistas a atender ao preceito da razoável duração do processo, sem, contudo, deixar de observar os princípios gerais do direito processual.

Ainda um princípio não está aparentemente sendo considerado: o da preservação da empresa, que está exposto no artigo 47 da Lei de Falências, e esclarece que a recuperação judicial – que tenta evitar a falência da sociedade empresária – mira superar “a situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e

dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (BRASIL, 2011).

Portanto, o conjunto normativo que privilegia a restituição dos ACC em detrimento de todos os outros créditos, até mesmo dos extraconcursais, está claramente em conflito com diversos princípios, três dos quais citados acima.

É pacífico para grande parte da doutrina que princípios se sobrepõem às regras. Ruy (2008), por exemplo, afirma que “os princípios jurídicos, em qualquer ângulo em que se ponha o jurista, caracterizam-se por possuírem um grau de preponderância diante das demais regras que compõem o ordenamento positivado”. O autor destaca, ao concluir, que o conflito entre princípios deve ser resolvido mediante composição de peso ou importância, com cessão de espaço de um ao outro, sem que o de menor dimensão perca sua validade. “Por outro lado, impõe-se o afastamento de uma regra em função de um processo hierárquico, cronológico ou da especialidade.”

Nesse caso, nem o critério cronológico nem o da especialidade é suficiente para dirimir o conflito entre as regras. A Lei nº 11.101, de 2005, é posterior à Lei nº 4.728, de 1965. Também se sobrepõe a ela em relação ao critério da especialidade, uma vez que trata de recuperação e falência, enquanto aquela disciplina o mercado de capitais. Todavia, a Lei de Falências continua a determinar que as restituições de ACC tenham prioridade em relação aos créditos falimentares. De modo similar, alguém pode argumentar que essa lei, ao prever a obrigatoriedade das restituições, estabelece uma exceção, que é uma das formas de se resolverem conflitos entre regras.

No que respeita a hierarquia, porém, a situação é diversa. Apesar de haver princípios que podem ser invocados de modo abstrato, uma vez que sua aceitação é tácita e não explícita, os princípios constitucionais são expressamente ditados pela Constituição e, desse modo, superiores a qualquer norma infraconstitucional.

O princípio da igualdade, por exemplo, é apresentado pelo artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, quando este afirma que todos são iguais perante a lei. No caso em tela, iguais direitos possuem todos os credores da sociedade empresária em processo falimentar.

O princípio da celeridade processual está expresso no artigo 5º, LXXVIII, que determina que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988); foi incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

A Constituição Federal não reconhece expressamente o princípio da preservação da empresa. Todavia, análise mais profunda de seus fundamentos e objetivos descortina a preocupação do legislador com o tema. Não é difícil identificar a referência implícita a esse princípio com a mera leitura do Título VII, Capítulo I da Constituição, que trata dos princípios gerais da atividade econômica. Os princípios elencados no artigo 170, por exemplo, onde se incluem a propriedade privada, a livre concorrência e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, são indicativos de que a preservação da empresa é *conditio sine qua non* para o desenvolvimento econômico do país.

Ensina Nino (2015, p. 324) que “um dos requisitos da contradição normativa é que ambas as normas se refiram às mesmas **circunstâncias fáticas**” (grifo do autor). Situação em que ocorre tal inconsistência é quando uma norma determina algo totalmente incompatível com o que estipula outra. No caso em análise, a norma-princípio da igualdade entre credores se contrapõe à norma-regra que privilegia o credor de ACC<sup>4</sup>.

---

4 Faz-se aqui referência à teoria de Alexy, para quem normas são gênero cujas espécies são princípios e regras. Princípios são “normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes”, enquanto “as regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos” (SILVA, 2003, p. 610/611).

A hierarquia das normas, no entanto, não parece preocupar os defensores da preponderância da restituição dos ACC sobre os demais créditos. A argumentação-padrão é a de que os ACC são haveres pertencentes a outrem e que estavam, no momento da falência, em poder do falido. Eles não integram a massa falida, conforme entendeu o STJ ao julgar o Recurso Especial nº 56.133-7/RS. Os recursos seriam objeto de contrato entre a sociedade empresária e a instituição financeira, e não um bem incorporado a seu patrimônio que, se assim fosse, deveria compor a massa.

Tal argumentação, todavia, carece de sustentação à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Exame perfunctório da natureza dos créditos de que tratam os artigos 83 e 84 da Lei de Falências revela que, em sua maioria, são originados de contratos entre a sociedade empresária e terceiros.

É necessário que seja constituído contrato para: (i) admitir trabalhadores; (ii) oferecer garantia real; (iii) concretizar compra e venda, que resultará em fato gerador para tributação; (iv) efetuar transações sob leis civis e comerciais; (v) constituir microempresas ou empresas de pequeno porte; (vi) alienar bens; (vii) estabelecer sociedades. Percebe-se, dessa forma, que a assinatura de contrato com a empresa não é exclusividade das instituições financeiras.

Se muitas outras pessoas, físicas ou jurídicas, tornaram-se credoras da empresa em falência porque tinham contrato com ela, resta claro que todos se encontram na mesma situação das instituições financeiras, cujo contrato versava sobre ACC, enquanto os outros contratos abrangiam objetos diversos. Constatada a preponderância do princípio da igualdade e não sendo os ACC contemplados na classificação de créditos, é necessário algum critério para enquadrá-los com justiça. Como os artigos conflitantes com a norma constitucional podem ser considerados afastados e, por conseguinte, inexistente classificação legal, o critério adotado pode ser o de similaridade técnica, que é discutido a seguir.

## 5 Posicionamento dos créditos de ACC segundo critério técnico

Como é possível inferir, cada categoria de crédito falimentar tem sua razão de ser, sua justificativa. Abordagem isonômica deveria categorizar todos os dinheiros devidos pela massa segundo lógica única: todos consistem em créditos a serem pagos após realizar-se o patrimônio da empresa. Tal abordagem teria de classificar a restituição de ACC como da mesma natureza de todos os outros, e necessitaria alocá-la em uma das categorias determinadas por lei. A Tabela 1 apresenta cada categoria, sua justificativa e a consequência mais visível de seu não pagamento.

Tabela 1: Elementos dos créditos falimentares

	Crédito	Justificativa	Não pagamento
Extraconcursais	Administrador*	Andamento dos trabalhos	Interrupção do procedimento
	Quantias à massa	Confiança na recuperação	Quebra de confiança
	Despesas e custas	Andamento dos trabalhos	Interrupção do procedimento
	Custas de sucumbência	Obrigação legal	Prejuízo à sociedade
	Obrigações e tributos	Obrigação com o Erário	Prejuízo à sociedade

Concursais	Trabalho e acidentes	Verba alimentar	Comprometimento da subsistência
	Garantia real	Vinculado a bem determinado	Quebra de confiança contratual
	Tributários	Obrigações com o Erário	Prejuízo à sociedade
	Privilégio especial	Legislação e pequenas empresas	Comprometimento patrimonial
	Privilégio geral	(a) Luto, doença, assuntos domésticos e (b) fornecedor regular	Comprometimento (a) da subsistência e (b) patrimonial
	Quirografários	Não previstos e excedentes	Absorção do prejuízo
	Multas e penas	Obrigações com o Erário	Prejuízo à sociedade
	Subordinados	Legais/contratuais e de sócios	Absorção do prejuízo

Fonte: Elaborada pelo autor.

\*Não faz parte do escopo deste trabalho a discussão sobre a dupla classificação dos créditos relativos à legislação trabalhista, como extraconcursais e concursais; assim, somente os créditos relativos ao administrador judicial e seus auxiliares foram incluídos nessa categoria.

Inicialmente, não é difícil constatar que os créditos referentes a ACC não colaboram em absoluto para o andamento dos trabalhos relativos ao processo falimentar e, portanto, seu não pagamento não teria o poder de interromper o procedimento. Desse modo, não caberia classificá-los na mesma categoria em que se encontram o administrador da massa e seus auxiliares ou na de despesas com arrecadação e demais despesas e custas do processo (itens i e iii).

O ACC foi feito quando a empresa era solvente; como não foi realizado na forma de adiantamento à massa ou de aportes na fase de recuperação, não caracteriza depósito de confiança nessa última. Não é similar, portanto, ao item ii.

ACC não representam obrigação legal ou com o Erário, seu não pagamento não traria prejuízo à sociedade, o que impossibilita sua classificação nas categorias iv, v, viii e xii. Também não se trata de verba alimentar (item vi) nem tem garantia real (item vii).

Como é improvável que instituições financeiras que oferecem ACC sejam empresas de pequeno porte e, ademais, não costumam continuar o fornecimento regular de bens e serviços durante a recuperação judicial, o não pagamento do crédito não comprometeria sua situação patrimonial, o que descarta a classificação nos itens ix e x.

Dessa forma, resta claro que, a se considerar critério técnico para o posicionamento dos créditos referentes a ACC, eles parecem ser análogos aos créditos quirografários e aos subordinados, uma vez que não estão previstos nas categorias anteriores, são decorrentes de relações contratuais e seu não pagamento resultaria na necessidade de absorção do prejuízo por parte do credor. Tendo em vista o porte da maioria das instituições financeiras que oferecem ACC a exportadores, tal prejuízo seria, amiúde, ínfimo e inteiramente compensado por outras operações financeiras cotidianas.

Dar prioridade ao pagamento dos ACC, ao contrário, pode resultar em prejuízos incomparavelmente mais graves a outras categorias de credores, sobretudo os de créditos trabalhistas, e até mesmo inviabilizar o processo de falência, caso não restem recursos para o pagamento dos auxiliares da justiça e para o custeio do procedimento falimentar.

## Conclusão

A primeira constatação é que a Lei nº 4.728, de 1965, a Lei nº 11.101, de 2005, e a Súmula nº 307 do STJ deixaram de observar princípios constitucionais quando deram prioridade às restituições de ACC em detrimento das outras categorias de credores. O princípio constitucional da igualdade, hierarquicamente superior àquelas leis por estar expresso na Constituição Federal, é suficiente para afastar suas determinações em relação a quaisquer restituições de ACC. Ademais, litígios

resultantes de eventuais discussões entre as instituições financeiras e os demais credores sobre a natureza dos ACC podem retardar o andamento do processo, deixando de atender ao princípio da celeridade processual, também expressamente preconizado pela Constituição. O princípio da preservação da empresa, posto que não ostente previsão expressa na Constituição, pode ser entendido como implícito, dado o teor do conteúdo que versa sobre a ordem econômica.

Parece também ser possível afirmar que o argumento pró-restituição dos ACC, adotado pelo mercado financeiro e pelo STJ, carece de suporte filosófico, uma vez que fundamenta sua argumentação na premissa de que os ACC são valores do credor em poder do devedor e que, por isso, não podem compor a massa falida. Mais robusto parece ser o entendimento de que, assim como a maioria dos outros créditos falimentares, os ACC têm origem em contrato e, por conseguinte, têm a mesma natureza dos demais créditos componentes da massa.

Desse modo, restava identificar qual a classificação adequada para os créditos oriundos de ACC, uma vez que tal classificação não está expressa na Lei de Falências. Em face do afastamento das leis que os priorizam e do fato de serem de mesma origem dos demais créditos – contrato –, parece razoável a proposta de incluí-los em categoria existente, utilizando para isso critério de similaridade técnica. Conforme sugerido neste artigo, a classificação que parece mais pertinente é a de créditos quirografários.

## Referências

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade Mecum Universitário de Direito Rideel**. 23. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

ANTÔNIO, Terezinha Damian. **Direito Empresarial**. Palhoça: UnisulVirtual, 2013.

BENITO, Kelen Campos. Classificação dos créditos. *Âmbito Jurídico*. Publicado em jun./2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7693](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7693)>. Acesso em: abril 2018.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. A Classificação dos Créditos na Falência: exame dos arts. 83 e 84 da Lei 11.101/2005. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Recuperação Empresarial e Falência (Tratado de Direito Empresarial – v. 5)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a, p. 283-304.

\_\_\_\_\_. O Pedido de Restituição: exame dos arts. 85 a 93 da LREF. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Recuperação Empresarial e Falência (Tratado de Direito Empresarial – v. 5)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b, p. 303-326.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompi\\_lado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompi_lado.htm)>. Acesso em: mar. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Publicado no Diário Oficial da União de 9 de fevereiro de 2005, ed. extra. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm)>. Acesso em: mar. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965**. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Publicado no Diário Oficial da União de 16 de julho de 1965, retificado em 16 de agosto de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4728.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm)>. Acesso em: abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça. Revista de Súmulas. Ano 5(24), out./2011.**

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 565, de 3 de janeiro de 1977**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?SI=565.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: abr. 2018.

CABRERA, André Rodrigo Gimenez. Adiantamento de Contrato de Câmbio na Falência e Recuperação Judicial. **Intertem@s**. V. 26(26), 2013. Disponível em: <<http://intertemas.toledo.prudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/issue/view/82>>. Acesso em: abr. 2018.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: repercussão no direito do trabalho (Lei Nº 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005). **Rev. TST**, Brasília: vol. 73(4), out.-dez./2007. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/2457/002\\_calcas.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/2457/002_calcas.pdf?sequence=5&isAllowed=y)>. Acesso em: mar. 2018.

GARCIA, Anselmo Brandão. Classificação dos Créditos na Falência. **Omega Advogados**. Publicado em: jan.2013. Disponível em: <[http://www.omegaadvogados.com.br/noticia.php?id\\_noticia=18](http://www.omegaadvogados.com.br/noticia.php?id_noticia=18)>. Acesso em: mar. 2018.

GOMES, Raquel Evangelista. Créditos Trabalhistas na Nova Lei Falimentar: inovações e contradições. **Jus Navigandi**. Publicado em: ago./2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50981/creditos-trabalhistas-na-nova-lei-falimentar-inovacoes-e-contradicoes>>. Acesso em: abr. 2018.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

OIT. Escritório no Brasil. **Proteção do Salário – Convenção nº 95**. Publicado em: jul./2011. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/463>>. Acesso em: abr. 2018.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à Nova Lei de Falências**. 1. ed. São Paulo: Thomson, 2005.

ROCHA, Roberval; VIEIRA, Albino Carlos Martins; COSTA, Mauro José Gomes da. **Súmulas do STF**: organizadas por assunto, anotadas e comentadas. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

RUY, Fernando Estevam Bravin. Conflitos entre Princípios e Regras. **Jus.com.br**. Publicado em: dez./2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12034/conflitos-entre-principios-e-regras/1>>. Acesso em: abr. 2018.

SCHIAVON, Eliza; BELNOSKI, Alexsandra Marilac. Os Créditos com Garantias Especiais no Regime de Recuperação Empresarial. **Revista Unicritiba**. V. 1(12), 2012, p. 330-350. Disponível em: <<http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/539/421>>. Acesso em: abr. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. V. 1. 2003, p. 607-630.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. Disposições Preliminares e Disposições Gerais da Lei 11.101/2005. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Recuperação Empresarial e Falência (Tratado de Direito Empresarial – v. 5)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

# Da Possibilidade da Concessão de Crédito Educativo Fora da Atividade Exclusiva de Instituição Financeira

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa\*

Rogério Alexandre de Oliveira Castro\*\*

*1 Noções gerais sobre crédito. 2 Considerações iniciais sobre o crédito educativo público no Brasil. 3 A importância social e econômica do crédito educativo. 4 Modalidades de crédito educativo no Brasil. 5 Estudo de caso: PagFácil da FHO/Uniararas enquanto contrato de prestação de serviços com pagamento diferido no tempo e/ou operação de crédito de natureza não bancária e não afeta às atividades próprias ou exclusivas de instituição financeira. Conclusões.*

## Resumo

O presente artigo tem por objetivo estudar a possibilidade da concessão de crédito educativo fora da atividade exclusiva de instituição financeira. Para tanto, será analisado o crédito educativo no Brasil, destacando a sua importância social e econômica, como também as suas modalidades. O artigo traz ainda um estudo de caso envolvendo o crédito educativo ofertado pelo Centro Universitário Hermínio Ometto (FHO/UNIARARAS, fundação privada sem fim lucrativo) aos seus alunos, conhecido como PagFácil, e o seu enquadramento como um contrato de prestação de serviços educacionais com pagamento diferido, ou seja, parte dele durante o curso e outra parte após o término do curso, e sem pagamento de juros. Por fim, concluirá que o modelo de financiamento conhecido como PagFácil, que se utiliza de recursos próprios e não cobra juros, caracteriza-se como uma operação de crédito de natureza não bancária e, portanto, não identificada como atividade própria ou exclusiva de instituição financeira, enfim, não se inclui no regime especial controlado pelo Sistema Financeiro Nacional.

**Palavras-chave:** Crédito educativo. Importância social e econômica. PagFácil. Atividade não bancária.

---

\* Mestre, Doutor e Livre Docente pela Faculdade de Direito da USP (FD/USP). Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP). Consultor jurídico e árbitro.

\*\* Doutor pelo PROLAM/USP. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Advogado.

## *The Possibility of Providing Educational Credit Outside the Exclusive Activity of a Financial Institution*

### *Abstract*

*The purpose of this article is to study the possibility of providing educational credit outside the exclusive activity of a financial institution. With this objective, we will analyze the educational credit in Brazil, highlighting its social and economic importance, as well as its modalities. The article also presents a case study involving the educational credit offered by the University Center Hermínio Ometto (FHO / UNIARARAS, private non-profit foundation) to its students, known as PagFácil, and its framework as a contract to provide educational services with deferred payment, that is, part of it during the course and another part after the course ends, and without payment of interest. Finally, it will conclude that the financing model known as PagFácil, which uses its own resources and does not charge interest, is characterized as a credit operation of a non-bank nature and therefore not identified as an own or exclusive activity of a financial institution, in fact, it is not included in the special regime controlled by the National Financial System.*

**Keywords:** Educational credit. Social and economic importance. PagFácil. Non-banking activity.

### **1 Noções gerais sobre crédito**

Não se discute que é graças ao crédito que os agentes econômicos, em suas variadas atividades, conseguem imprimir a seus negócios o volume exigido pela economia de massa que caracteriza a vida atual. Acrescente-se que o crédito não tem importância apenas para os agentes econômicos. Pelo contrário, o crédito transbordou do meio comercial para a vida privada, invadindo o recesso de todos os lares<sup>1</sup>, alcançando inclusive o chamado crédito educativo, também conhecido como crédito estudantil ou crédito para educação.

Mas, afinal, o que se entende por crédito?

Segundo a etimologia da palavra, crédito provém de *creditum*, *credere*, ou seja, crença, confiança, sendo credor aquele que crê, que tem fé<sup>2</sup>. Faz-se presente o aspecto moral, de conteúdo religioso.

Oportuno lembrar que a palavra crédito era empregada pelo Código Comercial brasileiro (Lei nº 556/1850), especificamente em seu artigo 6º (já revogado), como sinônima da reputação ou bom nome do comerciante candidato à matrícula.

Na visão dos economistas, o crédito é uma espécie de troca, ou seja, a troca de um bem presente por um bem futuro, ou troca na qual as prestações não são simultâneas, mas separadas no tempo. O crédito é o meio pelo qual aqueles que não dispõem de dinheiro conseguem obter dinheiro ou coisas.<sup>3</sup> O crédito, segundo o economista escocês Macleod, merece um lugar entre as maravilhas do engenho humano, pois, assim como a pólvora igualou as condições dos soldados no campo de batalha, o crédito iguala, de certa forma, aqueles que detêm capital/dinheiro àqueles que não o têm, ou seja, permite adquirir bens e serviços mediante pagamento futuro<sup>4</sup>.

---

1 BARRETO FILHO, Oscar. O Crédito no Direito. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Coleção Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 307-308.

2 BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de Crédito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 21.

3 GALVES, Carlos. *Manual de Economia Política Atual*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 283.

4 MACLEOD, H. D. *Elementos de Economia Política*. Tradução Alberto da Rocha Miranda. Rio de Janeiro: Perseverança, 1873, 2 v., p. 63.

São elementos essenciais do crédito a confiança (quem aceita, em troca de sua mercadoria, do seu serviço ou do seu dinheiro, a promessa de pagamento futuro, confia no devedor) e o tempo (constitui o prazo, o intervalo, o período que medeia a prestação presente e atual e a prestação futura)<sup>5</sup>.

## 2 Considerações iniciais sobre o crédito educativo público no Brasil

No Brasil, o crédito educativo foi implantado pelo governo federal em 1976 para ajudar alunos carentes. Até a Constituição Federal de 1988, com o nome de Programa de Crédito Educativo (Creduc), era financiado com recursos de um Fundo de Assistência Social, derivado dos rendimentos de loterias. A partir da referida Constituição, o crédito educativo passou a receber recursos diretos do Ministério da Educação (MEC)<sup>6</sup>.

A Constituição Federal de 1988 reforçou a importância da educação para a formação e o desenvolvimento da pessoa humana, como também para o exercício de sua cidadania e sua qualificação para o mercado de trabalho. O seu artigo 205 reza que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família. Em completo, o artigo 206, inciso I, dispõe que o ensino será ministrado com base no princípio da igualdade de condições para acesso e permanência na escola. Por fim, o seu artigo 208, inciso V traz que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, como o universitário.

A Lei nº 8.436, de 25 de junho de 1992, instituiu o novo Programa de Crédito Educativo para estudantes do curso universitário de graduação que não tivessem recursos suficientes, próprios ou familiares, para o custeio de seus estudos. De acordo com artigo 3º dessa Lei, esse programa seguia as diretrizes gerais do MEC, trazendo a Caixa Econômica Federal como sua executora, consoante regulamentação do Banco Central do Brasil (BCB), no que tange às normas operacionais e creditícias.

Em 13 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.094-28, posteriormente convertida na Lei nº 10.260/2001, instituiu o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (Fies), destinado à concessão de financiamento a estudantes regularmente matriculados em cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo MEC. Segundo a referida legislação, são receitas do Fies, entre outras, as dotações orçamentárias consignadas ao MEC, 30% da renda líquida dos concursos de prognósticos administrados pela Caixa Econômica Federal, os encargos e sanções contratualmente cobrados nesse financiamento como no âmbito do antigo Programa de Crédito Educativo<sup>7</sup>.

O Fies acabou alavancando o ingresso de inúmeros estudantes no ensino superior até 2015<sup>8</sup>, quando entrou em crise, por diversas razões, como a alta inadimplência e a falta de recursos públicos decorrente da crise econômica.

Em 7 de dezembro de 2017, foi sancionada a Lei nº 13.530, que acabou reformulando alguns critérios até então adotados para o Fies. Para os financiamentos concedidos a partir do primeiro semestre de 2018, serão observados, entre outros, os seguintes critérios: (i) taxa de juros real igual a zero; (ii) oferecimento de garantias pelo estudante financiado ou pela entidade mantenedora da

---

5 BORGES, João Eunápio. *Títulos de Crédito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 7.

6 MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. *Verbete crédito educativo. Dicionário Interativo da Educação Brasileira - Educabrazil*. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <<http://www.educabrazil.com.br/credito-educativo/>>. Acesso em: 11 de jan. 2018.

7 Art. 2º da Lei nº 10.260/2001.

8 ALMEIDA, Silvana Santos. *A Importância do FIES na Garantia do Direito ao Ensino Superior*. Disponível em: <[https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/136212/102\\_00204.pdf?sequence=1](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/136212/102_00204.pdf?sequence=1)>. Acesso em 6 jul. 2018.

instituição de ensino; (iii) participação das instituições de ensino no risco do financiamento, na proporção de suas contribuições; (iv) comprovação da idoneidade cadastral do fiador na assinatura do contrato; (v) quitação do saldo devedor remanescente após a conclusão do curso em prestação mensal equivalente ao maior valor entre o pagamento mínimo e o resultante da aplicação percentual mensal vinculada à renda ou aos proventos mensais brutos do estudante financiado.

Em linhas gerais, o Fies, na atual concepção, pode ser enquadrado como espécie de financiamento bancário (especial), sujeitando-se às regras do mercado no que tange à concessão e à cobrança, não obstante a finalidade nitidamente social que o caracteriza<sup>9</sup>.

### 3 A importância social e econômica do crédito educativo

O crédito educativo apresenta-se como um importante instrumento para consecução dos objetivos traçados pela Constituição Federal para a educação, na medida em que fomenta o ingresso de alunos carentes ao ensino superior. Esse crédito prestigia o princípio da igualdade de condições para acesso e permanência no ensino superior, garantindo a formação do estudante, a construção da sua cidadania e o seu posterior acesso ao mercado de trabalho.

Sob o aspecto econômico, o crédito educativo contribui para o ingresso de um maior número de estudantes carentes nas instituições de ensino superior privada (aumento na demanda da prestação de serviços educacionais) e, por consequência, acaba fomentando a contratação de um maior número de professores e empregados nas diversas áreas correlatas ao ensino, estimulando ainda os investimentos dessas instituições com a criação de novas salas de aulas, os quais, por sua vez, contribuem para o aumento da produção dos bens dessas novas salas de aula (por exemplo, compra de novas cadeiras, computadores e projetores multimídia). Enfim, o crédito educativo acaba gerando um efeito multiplicador positivo na atividade econômica com o aumento da produção de bens e distribuição de renda com os novos contratados.

### 4 Modalidades de crédito educativo no Brasil

O crédito educativo, na maioria das vezes, envolve uma linha de financiamento ou linha de crédito destinado a pagar os custos de um curso superior.

Além do financiamento público (dinheiro oriundo de programa de governo), existe também o financiamento privado fomentado por bancos e financeiras, como também a outorga de linha de crédito pelas próprias universidades aos alunos que ingressarem em algum dos seus cursos.

Entre esses modelos de crédito educativo, encontram-se: (i) aquele cuja fonte de financiamento advém de empresa privada especializada nessa operação (ex. <sup>10</sup>); (ii) aquele cujos recursos advém da própria universidade (ex. FHO/Uniararas<sup>11</sup>); (iii) aquele cujos recursos advém de programa do governo (ex. Fies); e (iv) aquele cujos recursos advém dos bancos (ex.: Crédito Universitário do Itaú/Unibanco)

---

<sup>9</sup> DUARTE, Davi. Crédito Educativo. *Revista CEJ*, Brasília, p. 8, jul./set. 2004.

<sup>10</sup> Pravalor é um programa de crédito universitário privado administrado pela Ideal Invest S/A. Disponível em: <<http://www.creditouniversitario.com.br>>. Acesso em 11 jan. 2018.

<sup>11</sup> Fundação Hermínio Ometto (FHO), instituição privada sem fins lucrativos, é a mantenedora do Centro Universitário Hermínio Ometto – Uniararas. Disponível em: <<http://www.uniararas.br>>. Acesso em 11 jan. 2018.

No presente artigo, será analisado o modelo de crédito educativo disponibilizado pela FHO/Uniararas a seus alunos, conhecido como PagFácil e o seu eventual enquadramento como crédito de natureza bancária e, portanto, como atividade exclusiva de instituição financeira.

## 5 Estudo de caso: PagFácil da FHO/Uniararas enquanto contrato de prestação de serviços com pagamento diferido no tempo e/ou operação de crédito de natureza não bancária e não afeta às atividades próprias ou exclusivas de instituição financeira

Como advertem Tullio Ascarelli e Waldirio Bulgarelli, a interpretação da norma jurídica é o momento culminante por parte do intérprete, que dele exige a capacidade de identificar os elementos típicos do caso concreto e a sua submissão ou não a uma determinada norma geral<sup>12</sup>.

Segundo essa advertência, mostra-se oportuno analisar o caso concreto, ou seja, analisar o sistema operacional do programa adotado pela FHO/Uniararas, conhecido como PagFácil.

Primeiramente, mostra-se oportuno esclarecer que a Fundação Hermínio Ometto (FHO) é uma instituição privada sem fins lucrativos que ocupa o papel de mantenedora do Centro Universitário Hermínio Ometto, conhecido como Uniararas. Os seus alunos, em sua maioria, advêm de escolas públicas e estão inseridos nas classes C e D, ou seja, carecem de recursos para poderem frequentar a vida universitária.

Conforme documentação analisada, cujas informações estão disponíveis no site da própria instituição<sup>13</sup>, mostra-se oportuno registrar, de forma sintética, o *modus operandi* do PagFácil:

- 1. Como funciona o PagFácil?  
O PagFácil permite que você pague até metade do seu curso depois de formado, reduzindo o valor das parcelas enquanto você estuda. Por exemplo: se o curso durar quatro anos, você terá mais quatro, depois de formado, para quitar o valor financiado em parcelas mensais.
- 2. Quanto vou pagar por mês?  
Em um curso de R\$1.000,00, você pagará R\$500,00 enquanto estuda, e os outros R\$500,00, somente depois de formado. Confira o valor do seu curso e das parcelas no simulador do PagFácil.
- 3. O PagFácil cobra juros?  
Não! O pagamento das parcelas é feito apenas com os reajustes anuais das mensalidades, sem a incidência de qualquer taxa ou juros.
- 4. Vou passar por uma análise de crédito?  
Não! O PagFácil é feito direto com a FHO/Uniararas, sem banco ou financeira e não exige análise cadastral ou verificação nos órgãos de proteção ao crédito (Serasa ou SPC). Você apenas deverá apresentar à Instituição um responsável financeiro, que deverá ser um parente de primeiro grau.
- 5. Preciso renovar o PagFácil igual ao Fies?  
Não! O PagFácil não exige renovação a cada semestre. Uma vez contratado, o crédito estudantil é válido para todo o curso.

---

12 ASCARELLI, Tullio. *Saggi Giuridici*, Milão: A. Giuffrè, 1949, p. 70-71; BULGARELLI, Waldirio. *Problemas do Direito Brasileiro Atual*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 3-5.

13 Disponível em: <<http://vestibular.uniararas.br/credito-estudantil/>>. Acesso em 11 jan. 2018.

- 6. Quando e onde posso solicitar o PagFácil?

Você pode solicitar no dia de sua matrícula para que ele passe a valer desde a sua primeira mensalidade, ou a qualquer momento durante o curso, no Departamento Financeiro da FHO/Uniararas.

- 7. E se eu desistir do curso, tem multa?

Não! Se você precisar cancelar ou trancar sua matrícula, ou transferir-se para outra faculdade, você só pagará o valor referente à diferença de mensalidades do período cursado, através de boletos mensais, com vencimento a partir do primeiro mês seguinte ao do cancelamento/trancamento e/ou transferência.

Como se verifica, o objeto do programa é o financiamento dos alunos das faculdades ligadas à FHO/Uniararas, feito de forma direta entre as partes (sem qualquer tipo de intermediação) e sem imputação de juros sobre o valor das parcelas a serem pagas. Essas parcelas apenas acompanham a evolução dos reajustes anuais das mensalidades devidas que, como se sabe, tem por objeto a adequação dos custos da instituição de ensino, como resultante de diversos fatores, entre os quais certamente a inflação.

Tendo em conta o caráter de fundação quanto ao agente financiador, é natural que, de um lado, não esteja presente o objetivo de lucro, enquanto do outro é imprescindível manter-se íntegro o patrimônio fundacional para que as atividades se prolonguem no tempo de maneira a que o propósito da FHO/Uniararas possa ser permanentemente mantido, sem perdas patrimoniais<sup>14</sup>.

Conforme informado, a FHO/Uniararas se vale de recursos próprios, ou seja, como não tem que distribuir lucros (como ocorrem com as sociedades empresárias), utiliza os seus resultados operacionais no financiamento dos seus alunos.

A estrutura contratual é estabelecida, primeiramente, com a assinatura do contrato de prestação de serviços educacionais com a FHO/Uniararas e, se for do interesse do aluno, assinado então contrato de parcelamento de mensalidade, que não é mais do que um termo de adesão ao programa PagFácil. Em estreita síntese, esse programa confere ao aluno o direito de quitar o seu curso em prazo superior ao de sua duração.

Certamente está envolvido o instituto de crédito nessa operação da FHO/Uniararas, mas completamente afastado daquele objetivado pela Lei Bancária (Lei nº 4.595/1964), conforme será em seguida demonstrado.

Antes de analisar a Lei Bancária, entende-se oportuno analisar o referido arranjo contratual.

As operações de crédito baseiam-se, quase sempre, em empréstimos, principalmente em empréstimos de bens fungíveis (exemplo, empréstimo de dinheiro). Assim, o mútuo se faz presente na maioria das operações de crédito. O mútuo, economicamente, é contrato de crédito<sup>15</sup>, mas nem todo contrato de crédito é efetivamente um contrato de mútuo.

Nas palavras de Carvalho de Mendonça, “a operação mediante a qual alguém efetua uma prestação presente, contra a promessa de uma prestação futura denomina-se operação de crédito” e “a operação de crédito por excelência é a em que a prestação se faz e a contraprestação se promete em dinheiro”<sup>16</sup>.

Pode-se entender que o arranjo contratual adotado pela FHO/Uniararas é um negócio jurídico a prazo ou prestações sucessivas; em outras palavras, trata-se de contrato de prestação de serviços

---

14 Sobre fundações privadas, consultar: DINIZ, Gustavo Saad. *Direito das Fundações Privadas*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

15 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: direito das obrigações: mútuo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 42 t., p. 71.

16 CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 4. v., p. 51.

educacionais com diferimento do pagamento na linha do tempo, ou seja, parte do preço é paga durante o período em que o aluno está cursando a sua faculdade e a outra parte do preço, após a sua formatura. Não se trata, na essência, de um negócio jurídico pautado num contrato típico de mútuo, em que se tem o empréstimo de coisas fungíveis. Não há propriamente empréstimo de dinheiro por parte da FHO/Uniararas a seu aluno. Há sim um elastecimento do prazo de pagamento da prestação do serviço educacional que acaba gerando um crédito a ser recebido após o término do curso. Há sim uma operação de crédito estruturada numa prestação de serviços educacionais e num programa de elastecimento do prazo de pagamento (PagFácil).

Ao assinar o contrato de prestação de serviços educacionais, o aluno passa a ter a obrigação de pagar as mensalidades. Por outro lado, a FHO/Uniararas passa a ter direito a essas prestações, ou seja, direito ao crédito. Porém, quando assina o termo de adesão ao Programa PagFácil, o aluno retarda, ao menos em parte, o nascimento de sua contraprestação pecuniária, ou seja, retarda a sua exigibilidade por parte da FHO/Uniararas para data posterior à sua formatura.

A lei não veda que a retribuição à prestação de serviços seja paga em prestações, pelo contrário, contempla-a na parte final do artigo 597 do Código Civil, assim redigido: “[...] a retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou para em prestações”.

Há que se reconhecer que as operações de crédito geram uma série de relação jurídicas expressas sob as mais variadas formas contratuais, que encontram na atividade bancária, o seu ambiente natural. Porém, a operação de crédito não está restrita à atividade bancária.

A despeito do enquadramento do arranjo contratual que cerca o PagFácil, de plano poder-se-ia afirmar que a disponibilização desse programa de crédito educativo da FHO/Uniararas não pode ser classificada como atividade típica de instituição financeira não fosse o conteúdo extremamente aberto e aparentemente indefinido trazido pelo *caput* e parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.595/1964, que se encontram assim redigidos:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

Em complemento, a mesma Lei Bancária traz o seguinte:

Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

§ 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de

ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.

Seguem, destacadamente, os elementos que compõem a definição legal anteriormente transcrita e seu significado e alcance: (i) atividade principal ou acessória; (ii) coleta de recursos financeiros; (iii) intermediação de recursos financeiros; (iv) aplicação de recursos financeiros; (v) recursos financeiros próprios ou de terceiros; (vi) em moeda nacional ou estrangeira; (vii) custódia de valor de propriedade de terceiros.

A doutrina e a jurisprudência têm se debatido sobre os conceitos vertentes e sobre o seu significado e alcance, tendo sido apresentadas diversas teorias ao longo dos anos de vigência da Lei Bancária.

O transcrito artigo 17 não pode ser interpretado fora do seu contexto, sob pena de generalização indevida, sendo certo que a Lei Bancária regula o Sistema Financeiro Nacional (SFN) em sentido estrito. Como exemplo dessa interpretação, ainda que possa identificar uma função de crédito nas operações das empresas de faturização (*factoring*), o próprio Banco Central do Brasil não as entendeu como instituições financeiras, com base no fato de que o seu objetivo estaria mais diretamente voltado para a compra do faturamento dos seus clientes<sup>17</sup>.

E foi precisamente por encontrar-se como parte do sistema financeiro, ainda que de forma indireta, que as administradoras de cartão de crédito passaram a ser enquadradas pela jurisprudência como um tipo especial de instituição financeira, questão aliás já pacificada no Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>18</sup>. Tais instituições fazem parte indireta do SFN, pois atuam integradamente a outras empresas no mercado financeiro, a exemplo que veio a ocorrer recentemente com aquelas que integram o sistema de arranjos de pagamento e instituições de pagamento (Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013)<sup>19</sup>.

A lei em questão não eliminou do direito brasileiro o contrato privado de mútuo, regulado tanto no Código Civil de 1916, como no atual (CC/2002, art. 406). A preocupação do legislador civil é com a prática da usura, de longa data condenada, tendo sido traçados parâmetros para a cobrança de juros convencionais.

Assim sendo, tanto o fornecimento de crédito de maneira geral (inclusive o financiamento, que é uma de suas modalidades), como a cobrança de juros nas relações fora do SFN, são práticas permitidas desde que respeitados os parâmetros legais.

Tanto assim que, historicamente, as chamadas Lojas de Departamento (como as Casas Bahia e as Lojas Cem) praticam largamente o financiamento aos seus clientes, mediante diversas modalidades, especialmente a emissão de carnês, cujas prestações devem ser efetuadas nos caixas das próprias lojas. E abertamente são praticados juros em tais operações.

Assim sendo, no caso da FHO/Uniararas, o financiamento aos alunos se coloca no plano da legalidade. O fato de que não cobra juros não é a única justificativa para retirar essa operação do trilha das atividades privativas das instituições financeiras. Até poderia cobrá-los, se assim interessasse, desde que respeitado o limite legal. E o mecanismo de correção das prestações tem apenas o objetivo de manter íntegro o seu patrimônio (obrigação dos administradores), para que possa continuar a realizar a prestação de serviços educacionais, que é de elevado interesse

---

17 CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira Castro. **Factoring no Brasil e na Argentina: análise histórica, estrutural e funcional**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 88-89.

18 REsp. 450.453, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. 25.06.2003; AgRg no REsp. 518.639/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2003; AgRg no REsp. 471435/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 01.04.2004.

19 A esse respeito, consultar: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Arranjos e instituições de Pagamento (Regulação e Crítica), **Revista de Direito Empresarial (ReDE)**, São Paulo, n. 1, p. 77-122, jan./fev. 2014.

para os alunos que não têm condição de arcar pessoalmente com as mensalidades dos cursos por eles realizados.

No plano da doutrina, houve um longo período de debates sobre essa questão. Para não se alongar desnecessariamente na indicação de uma infinidade de textos sobre o assunto, limitando-nos a fazer algumas considerações sobre o artigo “As instituições financeiras no direito pátrio: definição e caracterização de atividade própria e exclusiva”, de autoria de Leonardo Henrique Mundim Moraes de Oliveira<sup>20</sup>. O autor é procurador do Banco Central do Brasil (BCB) e, portanto, pode-se entender como autêntica a sua interpretação da lei a propósito do conceito de instituição financeira.

Depois de discutir amplamente o tema, o citado autor conclui que:

O que vai diferir a atividade de financiamento própria ou exclusiva de Instituição Financeira da atividade de realizar simples contratos de empréstimo previstos na lei civil é, acreditamos, a verificação concomitante de dois requisitos atualmente vigentes: a) obtenção de lucro *strictu sensu* na atividade de emprestar, frente ao financiado ou a terceiro, e b) reinserção do resultado dos financiamentos no fluxo comercial específico, de forma manifesta ou presumida<sup>21</sup>.

Esclarece ainda o mesmo autor que: “a) o lucro *strictu sensu* significa basicamente um ganho, isto é, um *plus* auferido na atividade; b) a simples remuneração de uma atividade não é uma forma de ganho, não representa um *plus*, mas apenas o justo pagamento pela prestação do outro contratante”<sup>22</sup>.

No caso da FHO/Uniararas, ao receber em retorno o capital emprestado aos alunos sem acréscimo de juros, por si só já descaracteriza ato de financiamento próprio ou exclusivo de instituição financeira.

Ademais, a simples atualização dos valores pagos pelos alunos, sem a cobrança de juros, não caracteriza lucro, mas tão somente a reposição da inflação, o equilíbrio da contraprestação dos novos alunos e, ainda, a reposição do patrimônio da FHO/Uniararas na sua posição original, como forma de permanência da sua atividade e, conseqüentemente, de sua própria existência ao longo do tempo.

Ausente um dos elementos fundamentais da caracterização de atividade própria ou exclusiva de instituição financeira, é possível concluir que a atividade desenvolvida pela FHO/Uniararas, por meio do seu programa de crédito estudantil (PagFácil), não se inclui no regime especial controlado pelo Sistema Financeiro Nacional.

## Conclusões

O crédito educativo é um importante instrumento de inclusão de alunos carentes nas universidades, podendo estar ou não ancorado na atividade própria e exclusiva de instituição financeira.

Muito embora na maioria das vezes o crédito educativo acabe sendo administrado e/ou financiado por instituição financeira, não se pode generalizar e, por conseqüência, concluir que

---

20 OLIVEIRA, Leonardo Mundim Moraes. As instituições financeiras no direito pátrio: definição e caracterização de atividade própria e exclusiva. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 142, p. 75-84, abr./jun. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/477/r142-09.PDF?sequence=4>>. Acesso em 12 jan. 2018.

21 *Ibidem*, p. 78.

22 *Ibidem*, p. 79.

qualquer financiamento a aluno carente implica necessariamente atividade própria ou exclusiva de instituição financeira.

O crédito educativo poderá envolver vários modelos, dependendo da origem dos recursos (recursos de empresas especializadas nessa operação, recursos próprios das universidades, recursos de programa de governo e recursos dos bancos e financeiras).

O modelo de crédito educativo em que a própria instituição de ensino, com recursos próprios, financia o seu aluno, poderá ou não caracterizar atividade própria ou exclusiva de instituição financeira, dependendo da análise de cada caso concreto e lembrando que a sua caracterização exige a ocorrência, simultânea, da obtenção de lucro *strictu sensu* frente ao financiado (cobrança de juros acima do limite legal) e da reinserção dos resultados dos financiamentos no fluxo comercial específico da instituição de ensino.

No estudo em questão, é possível afirmar que o modelo de financiamento utilizado pela FHO/Uniararas, conhecido como PagFácil, em que se utiliza de recursos próprios e não cobra juros, muito mais se aproxima de um contrato de prestação de serviços cujo pagamento do preço é diferido no tempo do que propriamente um contrato de mútuo, porém, mesmo que presente a causa *mutui*, a ausência do intuito da FHO/UNIARARAS, enquanto fundação, em obter lucro *strictu sensu* com essa operação frente ao aluno (isto é, não cobra juros), afasta por completo o seu crédito educativo do campo das atividades próprias ou exclusivas de instituição financeira. Em outras palavras, a atividade desenvolvida pela FHO/Uniararas, por meio do seu programa de crédito estudantil (PagFácil), não se inclui no regime especial controlado pelo Sistema Financeiro Nacional.

## Referências bibliográficas

ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Bancário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

ALMEIDA, Silvana Santos. **A Importância do Fies na Garantia do Direito ao Ensino Superior**. Disponível em: < [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/136212/102\\_00204.pdf?sequence=1](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/136212/102_00204.pdf?sequence=1)>. Acesso em 6 jul. 2018.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria Geral dos Títulos de Crédito**. Campinas: Servanda, 2009.

\_\_\_\_\_. **Saggi Giuridici**. Milão: A. Giuffrè, 1949.

BARRETO FILHO, Oscar. O Crédito no Direito. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Coleção Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 305-315.

BORGES, João Eunápio. **Títulos de Crédito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BULGARELLI, Waldirio. **Títulos de Crédito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

\_\_\_\_\_. **Problemas do Direito Brasileiro Atual**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 3-5.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 4 v.

CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. **Factoring no Brasil e na Argentina: análise histórica, estrutural e funcional**. Curitiba: Juruá, 2009.

- COVELLO, Sérgio Antônio. **Contratos Bancários**. São Paulo: Saraiva, 1981.
- DINIZ, Gustavo Saad. **Direito das Fundações Privadas**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- DUARTE, Davi. Crédito Educativo. **Revista CEJ**. Brasília, p. 5-9, jul./set. 2004.
- FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- GALVES, Carlos. **Manual de Economia Política Atual**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- GARRIGUES, Joaquím. **Contratos Bancários**. Madrid: Imprenta Aguirre, 1958.
- MACLEOD, H. D. **Elementos de Economia Política**. Tradução Alberto da Rocha Miranda. Rio de Janeiro: Perseverança, 1873, 2 v.
- MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. Verbete crédito educativo. **Dicionário Interativo da Educação Brasileira - Educabrazil**. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <<http://www.educabrazil.com.br/credito-educativo/>>. Acesso em: 11 de jan. 2018.
- MENEZES FILHO, Eduardo de. **Conta Corrente Contratual**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1940.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: direito das obrigações: mútuo**. Atualizado por Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 42 t.
- OLIVEIRA, Leonardo Mundim Moraes. As instituições financeiras no direito pátrio: definição e caracterização de atividade própria e exclusiva. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, p. 75-84, abr./jun. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/477/1142-09.PDF?sequence=4>>. Acesso em 12 jan. 2018.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de Crédito Bancário**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Arranjos e instituições de Pagamento (Regulação e Crítica), **Revista de Direito Empresarial (ReDE)**, São Paulo, n. 1, p. 77-122, jan./fev. 2014.

# A Juridicidade da Revisão das Decisões Sancionatórias da CVM pelo CRSFN: uma nova reflexão

Renata Maccacchero Vicer\*

*Introdução. 1 Características das entidades reguladoras e sua conexão com o Poder Executivo Central. 2 A atividade regulatória da CVM e o exercício de sua função sancionadora. 3 A revisão das decisões sancionatórias da CVM pelo CRSFN. 3.1 O caso Eletrobrás. 4 Equilíbrio sistêmico: efeitos da revisão das decisões da CVM por órgão externo e a alteração promovida pela Lei 13.506/2017. Conclusão.*

## Resumo

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar a juridicidade da revisão das decisões punitivas aplicadas pela CVM, pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). Para tanto, analisa as características das agências reguladoras e das atividades por elas exercidas, notadamente a Comissão de Valores Mobiliários e os limites de atuação do Poder Executivo Central em relação aos atos praticados por ela. Ao longo do seu desenvolvimento, o texto procura trazer argumentos para demonstrar que a revisão das decisões punitivas aplicadas pela CVM é incompatível com o desenho institucional traçado para essa instituição, e evidenciar essa incompatibilidade por meio de um caso concreto julgado pelo CRSFN em grau de recurso – o caso Eletrobrás – e da alteração legislativa promovida pela Lei 13.506/2017, que buscou dar mais efetividade às decisões punitivas da CVM.

**Palavras-chave:** Regulação. Agências Reguladoras. Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). Lei 13.506/2017.

---

\* Advogada, mestranda em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio, pós-graduada em Direito Empresarial pelo IBMEC.

## *The judiciary of appeals to the National Appellate Council for the Financial System against punitive decisions applied by the Securities Exchange Commission of Brazil (CVM): a new look at*

### *Abstract*

**Summary:** *The present paper analyzes the judiciary of appeals to the National Appellate Council for the Financial System against punitive decisions applied by the Securities Exchange Commission of Brazil (CVM), considering the role of the regulatory agencies and their respective activities, especially that of CVM and the limits of the Executive Power insofar as the acts practice by CVM. Arguments are presented that demonstrate how appeals against CVM punitive decisions are incompatible with the institutional design of this agency, and evidence is provided regarding such incompatibility with a case study as judged by CRSFN – the case of Electrobrás – and the legislative change enacted by Law 13.506/2017, which gave more enforcement to the punitive decisions of CVM.*

**Keywords:** *Regulation. Regulatory Agencies. Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). Lei 13.506/2017.*

## **Introdução**

Nos termos da Lei nº 6.385/1976, cabe à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) disciplinar, fiscalizar e aplicar penalidades no âmbito do mercado de valores mobiliários. Com a edição da Medida Provisória nº 8/2001, posteriormente convertida na Lei nº 10.411/2002, a CVM foi alçada a condição de entidade autárquica de regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, mandato fixo dos dirigentes e ausência de subordinação hierárquica<sup>1</sup>.

Entidades autárquicas de regime especial são:

dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de função regulatória e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum* (ARAGÃO, 2005, p. 275).

A mesma Lei nº 6.385/1976, que estabelece que a CVM é uma entidade autárquica de regime especial, em seu artigo 11, § 4º, determina que as sanções impostas pela CVM poderão ser objeto de recurso para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). O CRSFN é um órgão que integra a estrutura do Poder Executivo Central, no âmbito do Ministério da Fazenda.

A possibilidade de revisão das decisões sancionatórias do colegiado da CVM parece esvaziar o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico para as agências reguladoras, pois tem potencial de tornar inócua, por exemplo, a vedação de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes.

---

<sup>1</sup> Art. 1º: “Os arts. 5º, 6º, 16 e 18 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, passam a vigorar com a seguinte redação: Art. 5º É instituída a Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária”.

Este artigo tem por objetivo analisar a juridicidade<sup>2</sup> da revisão, pelo CRSFN, das decisões sancionatórias proferidas pela CVM.

Para tanto, será desenvolvido em cinco partes: na primeira parte, será descrito o arcabouço jurídico criado para as agências reguladoras, procurando-se estabelecer os limites de atuação do Poder Executivo Central em relação aos atos praticados por esses entes, na qualidade de órgãos vinculados, sujeitos à sua supervisão.

Na segunda parte, serão examinadas as atividades regulatórias exercidas pela CVM, por meio do mandato legal conferido pela Lei nº 6.385/1976, notadamente quanto ao exercício da sua função sancionatória, e será feita uma breve descrição sobre as normas atinentes aos Processos Administrativos Sancionadores conduzidos por essa autarquia.

Na terceira parte, será feita uma abordagem sobre a possibilidade de revisão das decisões que aplicam penalidades, pelo CRSFN, para situar essa previsão legal, de revisão das decisões da CVM, no âmbito do desenho institucional idealizado para as agências reguladoras quanto ao exercício de suas funções de forma neutra; ao final desse tópico, será trazido à baila um caso julgado em 2017 pelo CRSFN, que reverteu penalidade aplicada pela CVM a um ente controlado pela União, o “Caso Eletrobrás”.

Por fim, a quarta e última parte tratará de demonstrar os efeitos que a revisão de decisões da CVM por um órgão externo pode ter na eficácia de suas decisões, notadamente pela morosidade ocasionada em razão da existência de uma instância recursal externa e pela capacidade técnica reduzida do CRSFN, se comparada à especialização detida pela CVM para atuar no âmbito do mercado de valores mobiliários e serão apontados alguns efeitos da alteração promovida na Lei nº 6.385/76 pela Lei nº 13.506/2017, quanto à ampliação do poder sancionador da CVM e da efetividade de suas decisões.

Ao final, a conclusão indicará que a revisão das decisões sancionatórias da CVM, por órgão externo, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, é incompatível com o desenho institucional traçado para as agências reguladoras.

## I Características das entidades reguladoras e sua conexão com o Poder Executivo Central

As agências reguladoras brasileiras foram criadas sob a forma de **autarquias de regime especial**. Conforme ensina o professor GUERRA, “essas novas autarquias surgiram a partir da eleição do Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 1995, quando houve uma intensificação nas privatizações (...)” (GUERRA, 2015, p. 79).

As autarquias não são uma novidade em nosso regime jurídico. Estão previstas no Decreto-Lei nº 200/67<sup>3</sup> como serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita

---

<sup>2</sup> “O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkl, em 1972, engloba, assim, três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para alterar-se com o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade. O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um princípio da legalidade, se tomado em sentido amplo, ou seja, não se restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda ordem jurídica” (MOREIRA NETO, 2009, p. 85).

<sup>3</sup> “Cogita-se que essa norma constituiu um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática brasileira, podendo, até mesmo, ser considerada como um primeiro momento da Administração Gerencial no Brasil” (GUERRA, 2015, p. 78).

próprios, para exercer atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para o seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Porém, a partir da reforma administrativa do Estado acima mencionada, as autarquias de regime especial foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio e diferem das autarquias regidas pelo Decreto-Lei nº 200/1967 em razão de terem sido criadas com uma estrutura que possibilita o exercício de suas atividades com neutralidade e isolamento em relação à arena político-partidária.

De acordo com o regime jurídico dessas entidades, é vedada a “exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes (autonomia orgânica)” e não há “ingerência hierárquica da Administração Central (dos Ministros de Estado ou do próprio Presidente da República), sobre seus atos decisórios (autonomia funcional), sendo incabível, por exemplo, o chamado “recurso hierárquico impróprio”<sup>4</sup>, pelo qual o Ministro ou outro agente ou órgão da Administração Direta podem revogar ou anular as decisões das autarquias a ele vinculadas” (ARAGÃO, 2005, p. 264).

Fala-se que as autarquias de regime especial possuem autonomia reforçada. De acordo com Binjenbojm, a autonomia reforçada consiste em: i) independência política dos dirigentes, que implica a impossibilidade de exoneração *ad nutum* pelo Presidente; ii) independência técnica decisória; iii) independência normativa; e iv) independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada (BINENBOJM, 2006, p. 251-252).

Para Marques Neto,

as funções das agências se caracterizam muito mais como típicas de Estado do que típicas da Administração. E esta diferença estará respaldada exatamente no *regime especial* que a lei conferir a estas autarquias, uma vez que a atribuição específica de poderes que transcendem às comensais funções administrativas poderá ser feita por lei ordinária.

O exercício das funções normativas ou quase judiciais são exemplos de funções exercidas pelas agências, que não podem ser entendidas como típicas da Administração (MARQUES NETO, 2005, p. 57).

Por meio das **autarquias especiais**, abandona-se um modelo de Administração centralizada e hierarquizada (“piramidal”), sob o comando do Presidente da República, e parte-se para um modelo de Administração em rede, como consequência da delegação legislativa aos órgãos da burocracia estatal, nomeadamente, as agências reguladoras, as quais exercem funções típicas de Estado<sup>5</sup>.

---

4 Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “os recursos administrativos são propostos na intimidade de uma mesma pessoa jurídica; por isso são chamados recursos hierárquicos. Se, todavia, a lei prever que da decisão de uma pessoa jurídica, cabe recurso para autoridade encartada em outra pessoa jurídica, o recurso será, em tal caso, denominado de recurso hierárquico impróprio” (BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 129).

5 “(...) o Estado regulatório ou intervencionista passou a editar, de maneira não sincronizada em termos lógico-formais, materiais e temporais, sucessivas normas de comportamento, normas de organização e normas programáticas. Interseccionando-se continuamente, essas normas concebidas a partir de objetivos específicos, circunstâncias distintas e interesses conflitantes, acabaram gerando inúmeros microsistemas e diversas cadeias normativas no âmbito do ordenamento jurídico, cada uma delas com seus princípios e lógicas interpretativas. Por causa dessas consequências, a tradicional concepção do direito como um sistema basicamente fechado, unitário, hierarquizado, axiomatizado, completo, sem lacunas ou antinomias foi sendo progressivamente substituída por um direito organizado sob a forma de rede, dado o número crescente desses microsistemas e dessas cadeias normativas, com suas inter-relações basilares procurando capturar toda a complexidade da realidade socioeconômica” (FARIA, 2004, p. 127-128).

Pode-se dizer que a atividade regulatória possui um duplo pilar: (1) autoridade, que decorre de sua independência frente ao Poder Executivo Central; e (2) busca do equilíbrio regulatório<sup>6</sup>.

Por meio do que acima chamou-se de “autoridade”, cabe às agências, no exercício de sua atividade regulatória, normatizar as atividades dos entes regulados, permitir ou não o exercício da atividade regulada, exercer constantemente o seu poder de fiscalização e monitoramento, acompanhando permanentemente a atuação dos entes regulados, conferir se as suas condutas são conformes e sancionar condutas consideradas irregulares, através do seu poder de coerção.

As leis que tratam das agências reguladoras são de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, na forma do art. 61 § 1º, II, “e”, da Constituição. Nenhuma agência reguladora pode ser criada, modificada ou extinta sem a sua iniciativa. Da mesma forma, por serem autarquias, estão sujeitas ao mandamento constitucional do art. 37, inciso XIX, e sua criação, modificação ou extinção somente poderá se dar mediante lei específica.

As agências reguladoras, na qualidade de entes descentralizados da administração pública, de um lado, detêm a capacidade de autoadministração, que lhes confere o direito de exercer, com independência, o serviço que lhes foi outorgado por lei, podendo opor esse direito até mesmo à pessoa política que as instituiu. De outro lado, o dever de desempenhar esse serviço, o que as coloca sob fiscalização do Poder Público (DI PIETRO, 2008, p. 460).

Odete Medaur observa que “se a tutela administrativa contrapõe-se à independência conferida por lei aos entes públicos descentralizados, somente um texto de lei poderá determinar o seu exercício” (*apud*, DI PIETRO, 2008, p. 460).

Tutela pode ser definida como a fiscalização que os órgãos centrais das pessoas públicas políticas (União, Estados e Municípios) exercem sobre as pessoas administrativas descentralizadas, nos limites definidos em lei, para garantir a observância da legalidade e o cumprimento das suas finalidades institucionais (DI PIETRO, 2008, p. 460).

No âmbito da legislação infraconstitucional, usa-se a expressão “supervisão ministerial”. A supervisão ministerial, nos termos do art. 20, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 200/1967, será exercida através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao ministério.

No caso dos entes descentralizados, existe apenas a vinculação, para fins de controle, usualmente em relação ao ministério ao qual as atividades do ente descentralizado se relacionam.

Nos termos do art. 26 do Decreto-Lei nº 200/1967, no que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará assegurar, essencialmente: (i) a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade; (ii) a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade; (iii) a eficiência administrativa; e (iv) a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Nada indica, pelos dispositivos citados acima e pela sistemática estabelecida no Decreto-Lei nº 200/1967, que, no exercício da supervisão ministerial, as decisões técnicas dos entes reguladores, emitidas no âmbito de sua função regulatória, possam ser revistas ou substituídas por decisões de Ministros ou do Chefe do Poder Executivo. Objetivamente falando, o Decreto-Lei nº 200/1967 não inclui os recursos hierárquicos impróprios entre os mecanismos de supervisão ministerial por ele disciplinados.

---

6 “A ação estatal passa a depender do equilíbrio entre os interesses privados (competição, respeito aos direitos dos usuários, admissão da exploração lucrativa de atividade econômica) com as metas e objetivos de interesse público (universalização, redução de desigualdades, modicidade de preços e tarifas, maiores investimentos, etc)” (MARQUES NETO, 2005, p. 34).

Aragão, em artigo sobre a legalidade e constitucionalidade do Parecer nº AC – 051, originário do Parecer AGU nº AGU/MS 04/2006<sup>7</sup>, conclui que o recurso hierárquico impróprio não pode ser genericamente extraído da supervisão ministerial ou, muito menos, do regime presidencialista, sendo imprescindível a sua previsão legal expressa e específica (ARAGÃO, [200-] década provável, p. 261).

Nessa linha, o exercício da supervisão ministerial serve tão somente para evitar os abusos e excessos praticados pelas agências reguladoras quando agirem em desacordo com as políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo Central<sup>8</sup>.

Assim, os atos praticados pelas agências não são passíveis de revisão ou anulação por órgãos da Administração Central, aos quais os órgãos reguladores são institucionalmente vinculados.

## 2 A atividade regulatória da CVM e o exercício de sua função sancionadora

Conforme disposições contidas na Lei nº 6.385/1976, a atividade exercida pela CVM alcança as funções regulatórias típicas, ou seja, as funções normativa, adjudicatória<sup>9</sup>, de fiscalização, sancionadora, conciliatória<sup>10</sup> e de recomendação<sup>11</sup>.

O art. 1º da Lei nº 6.385/1976 elenca as atividades que serão disciplinadas (normatizadas) e fiscalizadas pela CVM: i) a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado (inciso I); ii) a negociação e intermediação no mercado de valores mobiliários (inciso II); iii) a negociação

7 Parecer nº AC – 051, originário do Parecer AGU nº AGU/MS 04/2006, aprovado pelo Exmo. Sr. Advogado-Geral da União e pelo Exmo. Sr. Presidente da República, conforme publicação constante da p. 1 da seção I do DOU, de 19 de junho de 2006. O parecer-normativo sustenta a possibilidade de intervenção ministerial (mediante recurso hierárquico impróprio ou revisão *ex officio*) sobre as agências reguladoras sempre que estas violarem as políticas públicas fixadas pelo Executivo Central, uma vez que estariam, assim procedendo, excedendo as suas competências constitucionais.

8 A atividade das agências reguladoras deve ser condicionada “i) pelos princípios e objetivos previstos na lei que a criou; ii) pelos princípios gerais que regem a Administração pública e em especial a atividade regulatória; iii) pelas políticas públicas estabelecidas direta ou indiretamente (via reflexa) para o setor” (MARQUES NETO, 2005, p. 73).

9 Art. 16. “Depende de prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários o exercício das seguintes atividades: I – distribuição de emissão no mercado (Art. 15, I); II – compra de valores mobiliários para revende-los por conta própria (Art. 15, II); III – mediação ou corretagem de operações com valores mobiliários; e IV- compensação e liquidação de operações com valores mobiliários”.

10 O art. 9º, § 5º, prevê a possibilidade de celebração de Termo de Compromisso, o qual tem por finalidade impedir o prosseguimento do inquérito ou procedimento administrativo para apurar infrações.

11 “Embora isso possa variar de setor para setor, as agências reúnem os seguintes poderes: i) **poder normativo**, consistente em editar comandos gerais para o setor regulado (complementando os comandos legais crescentemente abertos e indefinidos); ii) **poder de outorga**, consistente na prerrogativa de emissão, em consonância com as políticas públicas aplicáveis ao setor, de atos concretos de licenças, autorizações, injunções, com vistas a franquear ou interditar o exercício de uma atividade regulada a um particular; iii) **poder de fiscalização** do setor, a qual se revela tanto pelo monitoramento das atividades reguladas (de modo a manter-se permanentemente informada sobre as condições econômicas, técnicas e de mercado do setor), quanto na aferição das condutas dos regulados de modo a impedir o descumprimento de regras ou objetivos regulatórios; iv) **poder sancionatório**, consistente tanto na aplicação de advertências, multas ou mesmo cassações de licenças, como também na prerrogativa de obrigar o particular a reparar um consumidor ou corrigir os efeitos de uma conduta lesiva a algum valor ou interesse tutelado pelo regulador; v) **poderes de conciliação**, que se traduzem na capacidade de, dentro do setor, conciliar ou mediar interesses de operadores regulados, consumidores isolados ou em grupos de interesses homogêneos, ou ainda interesses de agentes econômicos que se relacionam com o setor regulado (malgrado não explorem diretamente a atividade sujeita à regulação setorial) no âmbito da cadeia econômica; e, por fim, vi) **poderes de recomendação**, consistentes na prerrogativa, muitas vezes prevista na lei que cria a agência, de o regulador subsidiar, orientar ou informar o poder político, recomendando medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas.” (MARQUES NETO, 2005, p. 60-61)

e intermediação no mercado de derivativos (inciso III); iv) a organização, o funcionamento e as operações das Bolsas de Valores (inciso IV); v) a organização, o funcionamento e as operações das Bolsas de Mercadorias e Futuros (inciso V); vi) a administração de carteiras e a custódia de valores mobiliários (inciso VI); vii) a auditoria das companhias abertas (inciso VII); viii) os serviços de consultor e analista de valores mobiliários (inciso VIII).

No artigo 8º, são estabelecidas competências normativa, de fiscalização e de monitoramento, quando estabelece que compete à CVM: i) regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta lei e na lei de sociedades por ações (inciso I – competência normativa); ii) fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados (inciso III – atividade de fiscalização); iii) fiscalizar e inspecionar as companhias abertas, dando prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou as que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório (inciso V – atividade de fiscalização).

O art. 9º<sup>12</sup>, além de abarcar atividades de fiscalização e monitoramento em seus incisos I, II, III e IV, prevê o exercício de atividade “quase judicial”, consubstanciada nas prerrogativas de apuração, mediante processo administrativo, de atos ilegais e práticas não equitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e demais participantes do mercado (inciso V) e de aplicação de penalidades aos autores de infração (inciso VI). Os dispositivos acima não encerram as competências regulatórias previstas na Lei, mas são um bom exemplo dos poderes conferidos à CVM.

Finalmente, o art. 11 estabelece as penalidades que poderão ser aplicadas pela CVM, cuja possibilidade de revisão pelo CRSFN é o foco do presente trabalho.

Art. 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei de Sociedades por Ações), de suas resoluções e de outras normas legais cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente:[...]

Para Trindade, “além de autônomo, o poder sancionador da CVM tem grande amplitude, mercê das disposições legais que o delimitam. (...) A amplitude da norma se dá tanto no aspecto subjetivo quanto no objetivo”. No aspecto subjetivo, porque pela letra do art. 11, a CVM pode sancionar toda e qualquer pessoa que descumpra normas da Lei nº 6.385/76, da Lei nº 6.404/76 ou normas expedidas pela própria CVM. Quanto ao aspecto objetivo, a violação de qualquer dos normativos anteriormente citados pode ensejar a aplicação de sanções (TRINDADE, 2017, p. 491).

<sup>12</sup> Art. 9º- “A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no § 2º do art. 15, poderá:

I - examinar e extrair cópias de registros contábeis, livros ou documentos, inclusive programas eletrônicos e arquivos magnéticos, ópticos ou de qualquer outra natureza, bem como papéis de trabalho de auditores independentes, devendo tais documentos ser mantidos em perfeita ordem e estado de conservação pelo prazo mínimo de cinco anos;

(...)

II - intimar as pessoas referidas no inciso I a prestar informações, ou esclarecimentos, sob cominação de multa, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas no art. 11;

(...)

IV - determinar às companhias abertas que republiquem, com correções ou aditamentos, demonstrações financeiras, relatórios ou informações divulgadas;

(...)”

Daí a importância, como ensina Binenbojm, de se “reconduzir essa atividade repressiva”, referindo-se ao poder punitivo da Administração Pública, “à lógica garantística da constituição”, da qual se extrai um sistema de princípios e regras voltados a proteção dos administrados contra o exercício arbitrário do *jus puniendi* estatal (BINENBOJM, 2017, p. 99).

No âmbito do poder sancionador da CVM, o poder punitivo da Administração Pública, como uma das expressões do exercício do poder de polícia<sup>13</sup>, assume feição de regulação econômica, por estar inserto no plexo de poderes conferidos a essa entidade para a regulação do mercado de capitais.

O *jus puniendi* da Administração Pública, notadamente aquele praticado pela CVM, é exercido por meio de Processo Administrativo Sancionador (PAS),

que constitui a modalidade de processo administrativo mediante o qual a administração pública, obedecendo sempre ao postulado do devido processo legal, aplica as penalidades administrativas às pessoas que praticam atos qualificados em lei ou regulamento como ilícitos administrativos. (EIZIRIK *et al.*, 2008, p.290)

O PAS na CVM, além de observar as disposições da Lei nº 9.784/1999, que estabelece os princípios orientadores do processo administrativo na Administração Pública Federal, observa o rito específico previsto na Deliberação CVM nº 538/2008<sup>14</sup>, com as alterações introduzidas pelas deliberações CVM nº 552/2008 e 775/2017<sup>15</sup>.

O rito procedimental estabelecido pelo normativo anteriormente referido, além de garantir aos acusados o contraditório e a ampla defesa<sup>16</sup>, prevê a existência de duas fases: a primeira de investigação e a segunda de contraditório, que se inicia com a intimação dos acusados.

Assim, de acordo com a Deliberação CVM nº 538/2008, previamente à instauração do processo administrativo, os indícios de atos ilegais praticados no mercado de valores mobiliários são apurados por meio de inquéritos administrativos, onde é dado ao acusado a oportunidade de esclarecimento dos fatos. Havendo elementos suficientes quanto à autoria e materialidade, é elaborado um termo de acusação, sendo considerado instaurado o processo administrativo após a intimação dos acusados, para a apresentação de defesa.

<sup>13</sup> “Com efeito, o poder de polícia apresenta-se na atualidade como uma ordenação social e econômica que tem por objetivo conformar a liberdade e a propriedade, por meio de prescrições ou induções, impostas pelo Estado ou por entes não estatais, destinadas a promover o desfrute dos direitos fundamentais e o alcance de outros objetivos de interesse da coletividade, definidos pela via da deliberação democrática, de acordo com as possibilidades e os limites estabelecidos na Constituição. Cuida-se, assim, de um conjunto de regulações sobre a atividade privada, desvinculadas ou complementares a relações especiais de sujeição (estatutárias ou contratuais), dotadas ou não de força coercitiva, conforme o caso, que erigem um sistema de incentivos voltados à promoção de comportamentos socialmente desejáveis e ao desestímulo de comportamentos indesejáveis, de acordo com objetivos político-jurídicos predeterminados. Tem-se aqui o campo do chamado **direito administrativo ordenador**” (BINENBOJM, 2017, p. 69).

<sup>14</sup> Encontra-se em audiência pública nova regra sobre a atuação sancionadora da CVM. Disponível em: [www.cvm.gov.br](http://www.cvm.gov.br). Acesso em: 13 jul. 2018.

<sup>15</sup> “Art. 9º. A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no § 2º do art. 15, poderá:  
(...)

V - apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não equitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado;

VI – aplicar aos autores das infrações indicadas no inciso anterior as penalidades previstas no Art. 11, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal”.

<sup>16</sup> Art. 5º, LV, da CF: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Antes da intimação, é necessário que a Procuradoria Federal Especializada, que atua junto à CVM, tenha se manifestado, mediante parecer, sobre a observância das formalidades no termo de acusação.

Após a apresentação da defesa, é sorteado um Diretor, que funcionará como Relator. No decorrer do processo, poderá haver a produção de provas pelo acusado e a determinação da realização de diligências. O processo é julgado pelo Colegiado, em sessão pública. Percebe-se assim que há uma separação entre juiz e acusação<sup>17</sup>.

Além disso, percebe-se que a CVM, por meio de seus pareceres de orientação, de audiências públicas e dos seus julgados (precedentes), procura disseminar a sua visão, na qualidade de ente regulador, antes de se utilizar do processo administrativo sancionador como mecanismo de indução de comportamentos.

Após essa breve descrição sobre o procedimento, podemos inferir que os processos administrativos sancionadores da CVM sujeitam-se ao devido processo legal<sup>18</sup>, reunindo condições para ser a última instância decisória, em sede administrativa, restando preservada a **processualidade**, como mais um traço característico da CVM como agência reguladora<sup>19</sup>.

### 3 A revisão das decisões sancionatórias da CVM pelo CRSFN

Porém, conforme disposto no artigo II, § 4º, da Lei nº 6.385/1976, as sanções impostas pela CVM poderão ser objeto de recurso para o CRSFN.

O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), também conhecido como “Conselhinho”, criado pelo Decreto nº 91.152/1985, é um órgão integrante da estrutura do Ministério da Fazenda e tem por finalidade o julgamento administrativo, em segunda e última instância, dos recursos interpostos contra as decisões punitivas aplicadas pelos órgãos reguladores do sistema financeiro e do mercado de capitais. Cabe notar que, por meio do mencionado recurso, as sanções aplicadas pela CVM podem ser agravadas, atenuadas ou invalidadas pelo CRSFN.

Trata-se de órgão de deliberação colegiada, com competência exclusiva para atuar como instância recursal no âmbito do sistema financeiro e do mercado de capitais.

Nos termos do Decreto nº 8.652/2016, que dispõe sobre o CRSFN e dá outras providências, os seus integrantes são indicados pela CVM, Banco Central do Brasil, Ministério da Fazenda e por entidades representativas dos mercados financeiro e de capitais, todos designados pelo Ministro da Fazenda.

Note-se que a sua composição é paritária e, de acordo com o seu regimento interno, aprovado pela Portaria MF nº 68, de 26.02.2016, terá oito membros, sendo dois indicados pelo Ministério da Fazenda, um indicado pelo Bacen, um indicado pela CVM e quatro indicados por representantes

---

<sup>17</sup> “Essa autonomia foi confirmada pela separação entre órgão interno da CVM que formula as acusações, sempre necessariamente um superintendente ou uma comissão de inquérito, e aquele que julga e impõe a sanção, o Colegiado, que não examina o saco anteriormente, como ocorre desde 2003.” (TRINDADE, 2017. p. 489)

<sup>18</sup> “A análise histórica das garantias do ‘devido processo legal’ demonstra que elas nasceram e foram cunhadas para o processo penal, onde se fazia sentir com mais urgência a preocupação com os direitos do acusado. Mas, a partir do art. 39 da Magna Carta de 1212, um longo caminho evolutivo levou, primeiro, ao reconhecimento da aplicabilidade das garantias ao processo civil e, posteriormente, ao processo administrativo punitivo.” (GRINOVER, p. 9)

<sup>19</sup> “A **quarta característica** é a **processualidade**, que deve caracterizar a atividade das agências. O manejo da ampla gama de poderes que detêm as agências obriga que, no seu exercício, estejam elas adstritas ao devido processo legal na sua acepção mais ampla (devido processo legal substantivo).” (MARQUES NETO, 2005.p. 66)

de instituições privadas. Cabe, porém, ao Presidente do CRSFN, que é indicado pelo Ministério da Fazenda, o voto de qualidade.

A CVM, o Banco Central do Brasil e o Ministério da Fazenda deverão fornecer apoio técnico e administrativo necessário ao seu funcionamento. Note-se que toda a sua estrutura, administração e composição estão previstas em Decreto do Presidente da República e em Portaria do Ministério da Fazenda e não em lei<sup>20</sup>.

Trata-se, pois, de órgão integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, diretamente sujeito à hierarquia do Poder Executivo Central, sem qualquer independência política ou administrativa<sup>21</sup>.

Uma questão que se coloca é se a possibilidade de revisão dos atos sancionatórios aplicados pela CVM, por órgão integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, retiraria de pronto a sua característica de agência reguladora autônoma.

De fato, isso lhe retira uma parcela de independência relativamente ao Poder Executivo Central, uma vez que compromete a sua autonomia decisória, faltando-lhe, em determinada medida, a independência funcional, conforme anteriormente definida.

Porém, alguns dados podem corroborar o entendimento de que a possibilidade de revisão das decisões punitivas da CVM por órgão externo não compromete a sua caracterização como agência reguladora autônoma.

De acordo com pesquisa realizada entre 2004 a 2009, apenas 27% dos casos julgados pela CVM foram revistos pelo CRSFN, ou seja, a contrário senso, 73% das decisões proferidas pelo Colegiado da CVM prevaleceram, sem que tenham sido objeto de recurso. Relativamente a casos de *insider trading*, em pesquisa realizada no período de 2003 a 2015, verificou-se que a CVM julgou quarenta e sete casos no total, enquanto o CRSFN julgou vinte e seis casos em grau de recurso. Do total desses vinte e seis julgados, o CRSFN manteve a decisão da CVM em dezenove deles, reformando a sua decisão em quatro julgados e em três casos houve a manutenção das penalidades para alguns indiciados e reforma para outros (PRADO; RACHMAN; e VILELA, 2016. p. 62-63).

Os dados acima evidenciam que os julgamentos da CVM costumam prevalecer, seja por meio da manutenção da maioria de suas decisões, seja pelo fato de apenas 27% dessas decisões serem objeto de recurso.

Além disso, se comparados com o número de PAS sobre *insider trading*, nos anos de 2012, 2013 e 2014, há mais Termos de Compromisso<sup>22</sup> do que processos sancionadores julgados. De fato, em 2012, houve o julgamento de quatro PAS e a celebração de cinco Termos de Compromisso; já em 2013, foram três processos sancionadores julgados e quatro termos de compromisso celebrados. Dessa forma, pode-se afirmar que uma parcela relevante da autoridade da CVM continua preservada, ao menos no que tange à solução consensual de conflitos que poderiam resultar em aplicação de penalidades (PRADO, Viviane Muller; RACHMAN, Nora; VILELA, Renato, 2016. p. 69-70).

---

<sup>20</sup> O Decreto nº 8.652/2016, que revogou o Decreto nº 1.935/1996, assim como a Portaria MF nº 68/2016, parecem ter buscado, entre outros objetivos, endereçar recomendações do Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão número 359/2013 – Plenário (Relator Valmir Campelo), no sentido de que o Ministério da Fazenda e o Banco Central do Brasil disponibilizem “recursos técnicos, humanos e materiais necessários ao funcionamento da secretaria executiva do CRSFN.”

<sup>21</sup> Para o propósito do parágrafo sob referência, definimos independência política como a estabilidade dos dirigentes prevista em lei e a independência administrativa pela autonomia de gestão, autonomia financeira, liberdade para a organização dos serviços e regime de pessoal compatível apresentada pelo órgão.

<sup>22</sup> A celebração de TC com a CVM impede o prosseguimento na apuração das condutas ilícitas no âmbito administrativo e, em contrapartida, o regulado obriga-se a cessar a prática investigada e apontada como irregular, bem como a corrigir as eventuais irregularidades, inclusive com indenização dos prejuízos.

Assim, a CVM conserva todas as características de uma agência reguladora autônoma, porquanto a sua independência funcional só é atingida no que tange a uma parcela de seu poder de coerção, restando intactas todas as demais atividades caracteristicamente exercidas por esse ente, conforme descrito anteriormente (normativa, fiscalizatória, de adjudicação e sancionatória).

Essas são razões para que se discorde do entendimento esposado por Aragão, de que o reforço da autonomia da CVM por meio da edição da Medida Provisória nº 8/2001, posteriormente convertida na Lei nº 10.411/2002, não foi suficiente para transformá-la em agência reguladora autônoma<sup>23</sup>.

Entende-se que, por todos os poderes que a CVM exerce perante o mercado de capitais e seus agentes, essa autarquia se situa no âmbito do que se convencionou chamar de administração em rede (GUERRA, 2012, p. 107), em que pese a sua independência funcional seja minorada pela possibilidade de revisão de parte de suas decisões sancionatórias pelo CRSFN.

### 3.1 O Caso Eletrobrás

Em 26 de maio de 2016, no âmbito do processo administrativo sancionador CVM nº RJ2013/6635, a CVM, por meio do seu Colegiado, decidiu, por unanimidade, aplicar à União Federal pena de multa pecuniária no valor de quinhentos mil reais, por votar pela renovação das concessões de distribuição e transmissão de energia elétrica de companhias controladas pela Eletrobrás.

No entender da CVM, a União, ao exercer o seu direito de voto, teria violado disposição legal que trata do impedimento de voto por conflito de interesse, prevista no art. 115, §1º, da Lei nº 6.404/1976<sup>24</sup>.

Naquela ocasião, a União votou favoravelmente à renovação de contratos de concessão de geração e transmissão de energia elétrica celebrados entre ela própria, enquanto poder concedente, de um lado, e sociedades controladas da Eletrobrás, enquanto concessionárias, de outro. Quase a totalidade dos votos favoráveis foi proferida pela União, pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e pela BNDES Participações S.A. (BNDESPAR). Praticamente todos os acionistas minoritários presentes foram contrários à renovação dos contratos<sup>25</sup>.

A renovação de tais contratos foi feita ao amparo da Medida Provisória nº 579, de 2012, posteriormente alterada pela Medida Provisória nº 591, também de 2012, e finalmente convertida na Lei nº 12.783, de 2013 (MP 579). A MP 579 modificou a forma de cálculo do valor da indenização devida pela União, além de prever uma série de medidas para diminuir o custo da energia elétrica no país.

O escopo da acusação ficou delimitado à alegação de conflito de interesse, em razão de o voto favorável à renovação das concessões implicar renúncia das concessionárias da Eletrobrás a qualquer direito preexistente à MP 579, notadamente em relação à forma de apurar a indenização devida pela União.

<sup>23</sup> “A sua autonomia funcional continua comprometida pelo fato de contra as suas decisões sancionatórias permanecer cabível recurso administrativo externo para o CRSFN.” (ARAGÃO, 2005, p. 304)

<sup>24</sup> “Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. § 1º. O acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.”

<sup>25</sup> BRASIL, Comissão de Valores Mobiliários. Decisão do Colegiado. Processo CVM nº RJ 2013/6635. Rio de Janeiro, 26 de maio de 2015. Disponível em: <[http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2015/20150526\\_PAS\\_RJ20136635.pdf](http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2015/20150526_PAS_RJ20136635.pdf)>. Acesso em 4 abr. 2018.

Em 24 de agosto de 2015, a União Federal apresentou recurso voluntário ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, em face da Decisão do Colegiado da CVM que lhe imputou multa de quinhentos mil reais, no âmbito do processo administrativo acima referido.

Em 29 de junho de 2017, na contramão da tendência de seus julgados, conforme acima demonstrado, de confirmação das decisões proferidas pela CVM, o CRSFN acatou o recurso interposto pela União e decidiu, mediante voto de qualidade<sup>26</sup>, reverter a decisão do colegiado da CVM quanto à imposição da multa, “tendo em vista a total improcedência da acusação”<sup>27</sup>.

Conforme se discorreu acima, as agências reguladoras são órgãos de Estado<sup>28</sup>, que enfeixam uma série de poderes e, para bem exercê-los, a lei lhes concede diversos instrumentos, tais como estabilidade de seus dirigentes, quadro técnico especializado e gestão administrativa e financeira descentralizada.

Disso decorre a necessária neutralidade no âmbito de sua atuação e, por essa razão, mesmo em face dos seus órgãos centrais, esses entes podem impor o seu comando com a devida imparcialidade (GUERRA, 2012, p. III). É o caso da CVM.

Já o CRSFN, em que pese o poder que lhe foi conferido quanto à revisão, em grau de recursos, das penalidades aplicadas pela CVM (função quase judicial), parece não possuir os correspondentes instrumentos para o exercício dessa prerrogativa (estabilidade dos dirigentes e autonomia administrativa). A ausência desses instrumentos enfraquece a capacidade do exercício de sua função de forma neutra.

Nessa toada, a decisão que reverteu a multa aplicada à União Federal, pessoa política pública a quem o CRSFN está diretamente subordinado, levanta dúvidas quanto ao atendimento do princípio da impessoalidade. Não se pode deixar de notar, ainda, que o julgamento foi proferido com voto de qualidade do Presidente, que é membro indicado pelo Ministério da Fazenda, não tendo prevalecido, no caso concreto, a organização paritária do órgão.

O mesmo não ocorre em relação à decisão da CVM, em razão de sua sobredita autonomia em relação a Administração central. Um é órgão de Estado, o outro (CRSFN) é órgão da Administração.

#### **4 Equilíbrio sistêmico: efeitos da revisão das decisões da CVM por órgão externo e a alteração promovida pela Lei nº 13.506/2017**

O mercado de valores mobiliários tem como fundamento econômico principal a capitalização das companhias abertas, por meio da captação de poupança.

No mercado de valores mobiliários, o setor produtivo arrecada poupança diretamente dos poupadores. A principal função desse mercado é transformar poupança em investimento, transferindo de forma permanente, ou ao menos duradoura, recursos para o setor produtivo da economia; por isso desempenha papel fundamental no processo de desenvolvimento econômico (DIAS, 2005, p. 40).

---

<sup>26</sup> “Art. 20. O CRSFN deliberará quando presentes três quartos de seus membros, e as deliberações serão tomadas por maioria simples, cabendo ao presidente da sessão também o voto de qualidade.” (Regimento Interno do CRSFN - Portaria MF nº 68/2016)

<sup>27</sup> BRASIL, Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Decisão do Colegiado. Recurso nº 14.306 (Processo nº 10372.000246/2016-82). Distrito Federal, 29 jun 2017. Disponível em: <[file:///D:/Users/RBMV/Downloads/Recurso%2014.306%20\(1\).pdf](file:///D:/Users/RBMV/Downloads/Recurso%2014.306%20(1).pdf)> Acesso em 25 jan. 2018.

<sup>28</sup> “Essencial é ter em vista que as agências exercem função de Estado.” (MARQUES NETO, 2005, p. 55)

Entre os objetivos da regulação do mercado de valores mobiliários, estão a proteção aos investidores, a eficiência do mercado, a criação e manutenção de instituições confiáveis e competitivas, evitar a concentração de poder econômico e impedir a criação de situações de conflito de interesse (EIZIRIK *et al.*, 2008, p. 20). Para muitos, a regulação está diretamente ligada ao bom funcionamento do mercado de valores mobiliários.

O nível de proteção legal concedido aos investidores pelo sistema legal a que se submetem e a capacidade de aplicação e execução das regras (*enforcement*) podem explicar um maior ou menor desenvolvimento do mercado financeiro e de capitais. Em países cuja proteção legal dos investidores é deficiente, os mercados de dívida e de *equity* são significativamente menos desenvolvidos (LA PORTA *et al.*, 1998, p. 1152).

Entende-se que a capacitação técnica do órgão regulador é parte fundamental desse arcabouço legal, pois funciona como um elemento de proteção do investidor e do setor regulado. Isso porque, quanto maior a *expertise* do regulador, menores são as chances de assimetria de informação em relação ao regulado e menor será a capacidade do regulado de utilizar em seu favor o seu maior conhecimento sobre o setor. Além disso, a *expertise* proporciona uma maior eficiência em relação às decisões tomadas (MARQUES NETO, 2005, p. 62).

É exatamente a especificidade e a especialidade, que traduzimos acima como capacidade técnica, que fazem com que os setores devam contar com um órgão regulador próprio.

No caso da CVM, a capacitação técnica decorre da existência de um quadro permanente de servidores, ingressados na carreira por concurso público e dotados de todas as garantias inerentes à carreira de servidor público (seguem o regime estatutário), com capacidade específica e acúmulo de experiência no setor regulado, como também por meio do recrutamento dos seus dirigentes, que devem possuir “reconhecida competência em matéria de mercado de capitais”<sup>29</sup>.

Porém, o mesmo não se pode dizer em relação ao CRSFN, no que tange a especificidade e a especialidade.

De acordo com pesquisa realizada entre o período de 2004 até 2008, constatou-se que os processos julgados pelo CRSFN originários da CVM representaram um número bastante reduzido se comparados àqueles originários do Bacen, atingindo o seu pico no ano de 2008, quando representaram apenas 33% dos julgados do CRSFN (PRADO *et al.* 2014, p.113).

Além disso, a composição do CRSFN não é exclusivamente de especialistas em mercado de capitais, uma vez que o espectro de sua competência é mais amplo, envolvendo matérias do Sistema Financeiro Nacional de forma mais abrangente<sup>30</sup>.

Para Prado *et al.*, autores da pesquisa acima citada, a competência alargada do CRSFN, que julga sobre ilícitos tanto do mercado financeiro quanto do mercado de valores mobiliários, abre discussão relativa a “conveniência de decisões originárias de um órgão colegiado e extremamente especializado por outro órgão cuja competência é bastante mais ampla e com volume de trabalho maior na área, sendo que, como demonstrado acima, os processos originários da CVM representam volume muito menor se comparados com os provenientes do Bacen”(PRADO *et al.*, 2014, p.115).

De acordo com a mesma pesquisa, analisando-se período entre 2004 e 2010, verificou-se que os recursos levam em média 2 a 3 anos e meio para serem julgados pelo CRSFN, havendo sido

---

<sup>29</sup> “Art. 6º A Comissão de Valores Mobiliários será administrada por um Presidente e quatro Diretores, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal, dentre pessoas de ilibada reputação e reconhecida competência em matéria de mercado de capitais.”

<sup>30</sup> Além do Bacen e da CVM, as decisões proferidas pela Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil S.A. (Cacex) e pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).

constatada, ainda, uma variação muito grande no tempo mínimo e no tempo máximo de decisão do CRSFN (PRADO *et al.*, 2014, p.129-130).

A demora no julgamento em sede administrativa, provocada pela existência de instância recursal externa, afeta o efeito pedagógico requerido nas sanções aplicadas pelo Poder Público<sup>31</sup>.

É preciso notar, porém, que a alteração promovida pela Lei nº 13.506/2017, no artigo 11 da Lei nº 6.385/1976, no sentido de agravar as penalidades anteriormente previstas, assim como a previsão da exclusão do efeito suspensivo automático<sup>32</sup> para as penalidades consideradas graves, trouxeram uma outra perspectiva relativamente à eficácia das decisões sancionatórias aplicadas pela CVM.

Em relação às seguintes penalidades, foi excluído o efeito suspensivo automático: (i) inabilitação temporária para o exercício de cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta, de entidade do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na CVM (inciso IV); (ii) suspensão de autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata a Lei do Mercado de Capitais (inciso V); (iii) inabilitação temporária para o exercício das atividades de que trata a Lei do Mercado de Capitais (inciso VI); (iv) proibição temporária de praticar determinadas atividades ou operações para os integrantes do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou de registro na CVM (inciso VI); e (v) proibição temporária de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários (inciso VIII). Como dito, são as penalidades mais graves previstas na Lei nº 6.385/1976 que podem ser objeto de execução provisória.

Pode-se dizer, assim, que a alteração promovida pela Lei nº 13.506/2017 ampliou o poder sancionador da CVM, na medida em que, além de prever o agravamento das penalidades que podem ser aplicadas<sup>33</sup>, possibilita o seu cumprimento imediato, anteriormente à sua revisão ou confirmação pelo CRSFN. Dessa forma, entende-se que a alteração legislativa em questão foi na linha de dar mais efetividade às sanções aplicadas pela CVM.

De outra parte, a execução provisória de penalidades como a interdição do exercício de atividade profissional, com possibilidade de que posteriormente seja reformada, vulnera o princípio da presunção de inocência, uma vez que produz efeitos imediatos e de difícil reversão. Nesse sentido, o lapso temporal dos julgamentos do CRSFN, conforme acima apontado, que é extenso, exacerba a situação de cumprimento provisório da penalidade administrativa, tornando, muitas vezes, impossível a reversão dos efeitos da decisão reformada ou anulada e o retorno da situação do acusado ao *status quo ante*<sup>34</sup>.

Talvez o legislador, nessa última alteração da Lei nº 6.385/1976, tenha perdido a oportunidade de restringir a atuação do CRSFN apenas à revisão dos processos sancionadores provenientes do

<sup>31</sup> “Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade da regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, quando uma sanção é aplicada, o que se pretende com isto é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade.” (BANDEIRA DE MELLO, 2002)

<sup>32</sup> “Art. 34. (...) §2º. O recurso interposto contra decisão que impuser as penalidades previstas nos incisos IV, V, VI, VII e VIII do art. 11 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, será recebido com efeito devolutivo e o recorrente poderá requerer o efeito suspensivo à autoridade prolatora de decisão, nos termos de regulamentação editada pela Comissão de Valores Mobiliários.”

<sup>33</sup> Outra alteração trazida pela norma é o aumento do valor máximo de multa que a CVM poderá aplicar em processos administrativos sancionadores, que passou de R\$500 mil para R\$50 milhões.

<sup>34</sup> “Verifica-se hoje uma tendência de sujeição do exercício das competências administrativas de punir às balizas que norteiam a aplicação do direito penal. (...) Assim, o regime jurídico aplicável ao poder punitivo da administração deve encontrar fundamento e limite na sistemática constitucional, de maneira semelhante àquela estabelecida no direito penal.” (BINENBOJM, 2017, p. 99-100)

mercado financeiro, passando as decisões da CVM a serem definitivas na esfera administrativa, a fim de eliminar as distorções acima citadas.

## Conclusão

O poder punitivo da CVM se situa no plexo de poderes conferidos a essa entidade, na qualidade de agência reguladora responsável pela regulação do mercado de valores mobiliários, sendo que a CVM possui os correspondentes instrumentos (estabilidade dos dirigentes e autonomia administrativa) para exercer esses poderes de forma neutra.

A neutralidade das decisões das agências é a garantia de que os seus atos serão praticados sem qualquer interferência externa, seja por parte da Administração Central, dos entes regulados ou dos consumidores, priorizando-se decisões de conteúdo técnico, elaboradas por *experts*.

Em outro giro, o CRSFN, em que pese o poder que lhe foi conferido quanto à revisão, em grau de recursos, das penalidades aplicadas pela CVM (função quase judicial), parece não possuir os correspondentes instrumentos para o exercício dessa prerrogativa. A ausência desses instrumentos enfraquece a capacidade do exercício de sua função de forma neutra.

Trata-se de órgão integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, diretamente sujeito à hierarquia do Poder Executivo Central, sem qualquer independência política ou administrativa.

A decisão que reverteu a multa aplicada à União Federal, pessoa política pública a quem o CRSFN está diretamente subordinado, levanta dúvidas quanto ao atendimento do princípio da impessoalidade. O mesmo não ocorre em relação à decisão da CVM, em razão de sua sobredita autonomia em relação à Administração Central. Um é órgão de Estado, o outro (CRSFN) é órgão da Administração.

Nessa linha, pode-se afirmar que a previsão legal de revisão das penalidades aplicadas pela CVM, por órgão externo, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda (CRSFN), não é compatível com o modelo idealizado para as agências reguladoras, de afastamento da clássica estrutura hierárquica dos Ministérios e da direta influência da política do Governo.

Além disso, conforme se tentou demonstrar, a revisão das decisões por órgão externo implica perda de eficiência, em razão da enfraquecida capacidade técnica, se comparada à CVM (órgão especializado em mercado de capitais) e do extenso lapso temporal até a decisão final. A alteração promovida pela Lei nº 13.506/2017 foi na linha de conferir mais poderes à CVM, ao agravar as penalidades que podem ser aplicadas e atribuir efeito meramente devolutivo aos recursos que tenham por objeto penalidades consideradas mais graves. Porém, em outra via, restou vulnerado o princípio da presunção de inocência, garantido constitucionalmente nos termos do art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Ainda que a discussão sobre a inadequação do CRSFN ao sistema não seja uma novidade (ROSA, 2014; e EIZIRIK, 2006), entende-se que o “Caso Eletrobrás” e as alterações promovidas pela Lei nº 13.506/2017 trouxeram novos elementos para que a atuação do CRSFN seja reavaliada, notadamente em relação a sua abrangência. Nessa linha, tal atuação deveria se restringir tão somente às decisões emitidas nos processos sancionadores provenientes do mercado financeiro, passando as decisões da CVM a serem definitivas na esfera administrativa.

## Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005;
- \_\_\_\_\_. Legitimidade Democrática das Agências Reguladoras. In: **Agências Reguladoras e Democracia** (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.
- \_\_\_\_\_. Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: Limites, Possibilidades e o Parecer AGU nº AC – 051. In: **Revista de Direito Administrativo**. Atlas, P. 261. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/42129/40820>. Acesso em 25.01.2017;
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação, Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador**. Belo Horizonte: Forum, 2017.
- DIAS, Luciana Pires. **Regulação e Autorregulação no Mercado de Valores Mobiliários**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008
- EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais: regime jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- EIZIRIK, Nelson. O Colegiado da CVM e o CRSFN como juízes administrativos: reflexões e revisão. In: **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, vol 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 2006.
- FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. Malheiros, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Revista de Direito Administrativo**, nº 183. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- GUERRA, Sergio. Aperfeiçoando a Regulação Brasileira por Agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In: GUERRA, Sergio (Org.). **Teoria do Estado Regulador**. Curitiba: Juruá, 2015.
- GUERRA, Sergio. **Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- LA PORTA, Rafael, LOPES-DE-SILANES, Florencio e SHLEIFER, Andrei e VISHNY, Robert W. Law and Finance. **The Journal of Political Economy**, Volume 106, Issue 06 (dec., 1998).
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PRADO, Viviane Muller; RACHMAN, Nora; VILELA, Renato. **Insider Trading**: normas, instituições e mecanismos de combate no Brasil. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

PRADO, Viviane Muller; PALMA, Juliana Banacorsi; SILVA, Alexandre Pacheco da; ANDRADE, Luis Antonio de. Pesquisa Empírica sobre o CRFN: resultados e debates. In: PALMA, Juliana Banacorsi de; e PRADO, Viviane Muller (Org.). **Mercado de Capitais**: Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Rio de Janeiro: Elsevier 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes**. Belo Horizonte: Forum, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSA, Maria Eduarda Fleck de. Regulação do Mercado de Capitais. In: PALMA, Juliana Banacorsi de; PRADO, Viviane Muller (coord). **Mercado de Capitais**: Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

TRINDADE, Marcelo. Processo Sancionador na CVM: limites e possibilidades. In: VENANCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna. **Lei das S.A. em Seus 40 Anos**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

# O Direito Fundamental à Segurança Jurídica e o Controle dos Atos Administrativos pela Administração Pública: uma análise do tema de Repercussão Geral nº 839

Mirela Miró Ziliotto\*

Rafaella Brustolin\*\*

*Introdução. 1 A lógica da legalidade-juridicidade dos atos administrativos. 2 O princípio da segurança jurídica e os limites à invalidação de Atos Administrativos ilegais. 2.1 A segurança jurídica sob o viés do dever de proteção à confiança legítima. 2.2 A Lei n. 9.784/1999 e as consequências do princípio da segurança jurídica. 3 O posicionamento do STF ante a possibilidade de anulação de atos administrativos inconstitucionais a qualquer tempo. Conclusão.*

## Resumo

O presente estudo voltou-se à análise do princípio da segurança jurídica, especialmente no que tange à sua vertente do dever da proteção à confiança legítima depositada nos atos praticados pela Administração Pública. Assim, pelo método hipotético-dedutivo, buscou-se analisar especificamente a possibilidade de o princípio da segurança jurídica, previsto de forma implícita na Constituição da República de 1988, sobrepor-se ao princípio da legalidade, de normativa constitucional expressa, quando existentes limites ao exercício do poder de autotutela administrativa. A principal temática abordada decorre de posições recentes do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de anulação de atos administrativos inconstitucionais a qualquer tempo, razão pela qual mostrou-se de extrema relevância a análise do tema de Repercussão Geral n. 839, reconhecida pela Excelsa Corte no Recurso Extraordinário n. 817.338/STF. Assim, após análise dos reflexos dos princípios da legalidade em sentido estrito, da legalidade sob o viés da juridicidade, da segurança jurídica, da boa-fé e do dever de proteção à confiança legítima na atuação administrativa, especialmente no exercício da autotutela, concluiu-se que não cabe ao intérprete da norma modificar seu conteúdo de modo a frustrar a confiança dos cidadãos depositada na legitimidade da atuação administrativa, devendo, ao contrário, primar pela eficiência da Administração Pública.

---

\* Pós-graduada em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Advogada

\*\* Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduada em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Advogada

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Princípio da legalidade-juridicidade. Princípio da segurança jurídica. Anulação de atos administrativos inconstitucionais. Dever de proteção à confiança legítima do administrado.

*The Fundamental Right to Legal Certainty and the Control of Administrative Acts: an analysis of Federal Supreme Court's general repercussion theme n.º 839*

*Abstract*

*The study analyzed the principle of legal certainty, especially in its dimension of the duty to protect legitimate expectations placed in the acts practiced by the Public Administration. Therefore, the hypothetical-deductive method sought to analyze specifically the possibility of the principle of legal certainty, implicitly provided in the Constitution of 1988, overlaps the principle of legality, when found boundaries to the exercise of the power of administrative self-supervision. The main theme of this study stems from recent Federal Supreme Court positions on the possibility of annulment of unconstitutional administrative acts at any time, which is why the analysis of the topic of general repercussion n. 839 has been extremely relevant, recognized by the Court in Extraordinary Appeal n. 817.338/STF. Thus, after analyzing the impacts of the principles of the legality in a strict sense, the principle of juridical security, good faith and duty of protection of legitimate expectations in the administrative action, especially in the exercise of self-supervision, it was concluded that the interpreter of the norm must not modify its content in order to frustrate the confidence of the citizens placed in the legitimacy of the administrative action, and, on the contrast, must search for the efficiency of the Public Administration in every aspect of it.*

**Keywords:** *Democratic State of Law. Principle of Legality-Juridicity. Principle of Legal Certainty. Annulment of Unconstitutional Administrative Acts. Duty to Protect the Legitimate Expectations of the Administrated.*

## Introdução

O presente estudo tem por objeto a análise dos principais contornos dogmáticos do direito fundamental à segurança jurídica, na sua vertente de proteção à confiança legítima. Para o alcance desse objetivo, a partir do método hipotético-dedutivo, buscou-se conceituar princípios constitucionais e debater questões polêmicas, além de exaltar a possibilidade de o princípio da segurança jurídica sobrepor-se ao da legalidade quando existentes limites ao exercício do poder de autotutela.

A questão central do estudo decorre de posições recentes do Supremo Tribunal Federal em que se tem defendido a possibilidade de anular atos inconstitucionais a qualquer tempo. Assim, o que se pretende analisar é se tal faculdade ofende ou não o princípio da segurança jurídica, diante do enfraquecimento do dever de proteção à confiança legítima em tais casos.

O tema é especialmente importante uma vez que o Pretório Excelso está na iminência de julgar o tema de Repercussão Geral nº 839 em que se discute exatamente a “possibilidade de um ato administrativo, caso evidenciada a violação direta ao texto constitucional, ser anulado pela Administração Pública quando decorrido o prazo decadencial previsto na Lei nº 9.784/1999”.

Nesse passo, diante da dimensão do tema, em um primeiro momento pretendeu-se compreender o princípio da legalidade administrativa à luz do Estado Democrático de Direito, tratando-se da lógica da necessária atuação conforme a Lei e o Direito. Em seguida, o estudo voltou-se

estritamente à análise do princípio da segurança jurídica em sua vertente subjetiva, conceituando os institutos que dela são inafastáveis. Na sequência, conciliando os temas abordados, analisou-se a jurisprudência acerca do tema, especialmente a decisão que culminou no incidente de Repercussão Geral nº 839 no RE 817.338/STF, com o fito de avaliar se o posicionamento que vem sendo adotado pela Excelsa Corte viola o dever de proteção à confiança legítima.

Ao final, foram apresentadas as conclusões, procurando-se demonstrar a absoluta necessidade da observância ao dever de proteção à confiança legítima, levando-se em conta, principalmente, a jovem democracia brasileira e o atual cenário de desconfiança generalizada que toma conta do país.

## I A lógica da legalidade-juridicidade dos atos administrativos

O princípio da legalidade constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito e informa as atividades da Administração Pública, tratando-se da submissão da Administração à lei que objetiva o poder, de forma que o que prevalece em um ato administrativo é a obediência à lei e não a vontade instável da autoridade. (MELLO, 2009, p. 969)

Neste sentido, parte dos doutrinadores do Direito Administrativo admitem a existência de dois princípios da legalidade, um dito privado e outro público. O primeiro, também denominado princípio de reserva de lei, está consagrado no inciso II do art. 5º da Constituição da República, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Dessa forma, aos particulares seria permitido fazer tudo aquilo que a lei não proibisse (MELLO, 2009, p. 968).

Por sua vez, a segunda acepção do princípio da legalidade está estatuída no *caput* do art. 37 da Lei Maior e implica, tradicionalmente, a vinculação positiva da Administração Pública à lei formal. Isso cria a ideia de que o administrador somente poderá agir se e quando a lei autorizasse sua atuação específica.

Consoante ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 104), o princípio da legalidade seria “a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares às leis”. Nessa linha, e, portanto, no chamado sentido estrito do referido princípio, os administradores estão adstritos aos comandos normativos que as leis determinam. Devem apenas “obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática”, enquanto “dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo”.

Em igual sentido, Miguel Seabra Fagundes (2006, p. 3-5) afirma que “administrar é aplicar a lei de ofício” e que “o procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei”. Conforme o jurista, além de a lei constituir fonte da atuação administrativa, ela também deve ser obedecida como limite, de forma que qualquer medida do Poder Administrativo que não seja autorizada especificamente pelo direito positivado será considerada antijurídica.

Tal concepção do princípio da legalidade, portanto, vincula a atividade administrativa apenas à legislação ordinária, desconsiderando por completo a força da Constituição (FISCHGOLD, 2014, p. 102). Essa visão é problemática e extremada, podendo justificar práticas autoritárias e antidemocráticas. Segundo Diaz (1972, p. 35),

[...] por vezes, arrancando-a completamente do contexto, tem-se pretendido aproveitar de maneira interessada o prestígio da fórmula império da lei fazendo-a valer apenas para a conservação inamovível e para a defesa a todo o custo de uma ordem e de uma legalidade autoritária, de uma legalidade que nada tem de democrática, onde a lei é ditada sem qualquer participação popular e onde se esquecem as restantes exigências do Estado de Direito.

Desse modo, no cenário fático atual, verifica-se a necessidade de desconstrução do instituto tradicional da legalidade estrita e sua conseqüente substituição por um paradigma que solucione satisfatoriamente complexos problemas sociais, sem desrespeitar a máxima democrática instaurada no país com a promulgação da Constituição da República de 1988.

Diante disso, foram desenvolvidas diversas teses acerca da constitucionalização do Direito Administrativo e da normatividade dos princípios e valores constitucionais, com o escopo de comprovar a possibilidade de assunção de um novo paradigma administrativo. O princípio da juridicidade constituirá, em síntese, a resposta para o problema da crise da lei formal e da legalidade estrita, uma vez que a validade dos atos da Administração Pública poderá encontrar fundamento direto na Constituição e deverá estar calcada numa interpretação sistêmica do ordenamento jurídico pátrio (MOREIRA, 2010, p. 75). Significa dizer que, uma vez que as normas constitucionais gozam de superioridade hierárquica em relação às demais normas legislativas, não se pode admitir que a atividade do gestor público se vincule mecanicamente à lei, independentemente da compatibilidade ou não desta com os ditames da Carta Magna (FISHGOLD, 2014, p. 108).

Como averbera Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 43), a partir da Constituição Federal de 1988, como corolário do Estado Social e Democrático de Direito aí inaugurado, toda atividade estatal está submetida à lei e ao Direito, de modo que

[...] a lei, no Estado de Direito, tem sentido formal, pelo fato de que emana do Poder Legislativo (ressalvadas algumas hipóteses excepcionais previstas na Constituição, como é o caso das leis delegadas e das medidas provisórias) e sentido também material, porque lhe cabe o papel de realizar os valores consagrados pela Constituição sob a forma de princípios fundamentais.

Destarte, pode-se afirmar que a exata compreensão do princípio da legalidade a que, nos termos do *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, está jungida a Administração Pública, é no sentido de que a atuação administrativa deve aplicar a lei e exercer a discricionariedade com vistas à efetivação dos princípios e valores constitucionais. Afirmando essa percepção, Odete Medauar (2001, p. 145) esclarece que

A Constituição de 1988 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade (*caput* do art. 37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza do art. 1º, *caput* da Constituição; e ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional.

Assim, no contexto do constitucionalismo, a Constituição tornou-se a nova expressão de justiça e de soberania popular. Além disso, os princípios dela emanados são aptos a preencher as lacunas interpretativas deixadas pela lei, de maneira que “a Constituição passa a ser o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo”

(BINENBOJM, 2014, p. 147). Frisa-se, por conseguinte, que não apenas as regras, mas também os princípios constitucionais podem servir de base para a atuação dos agentes públicos.

Desse modo, não há como negar à Administração a faculdade de aplicar os fundamentos constitucionais na ausência de lei específica que regulamente determinada matéria, exatamente porque o processo legislativo é incapaz de acompanhar a velocidade das transformações sociais. O mesmo raciocínio deve ser empreendido no caso de a legislação ordinária se revelar manifestamente inconstitucional.

Sublinha-se que a utilização da Constituição – suas regras e seus princípios – para legitimar a conduta administrativa não impede que haja o cumprimento da lei formal. Aquilo que o legislador lograr êxito em regulamentar, de forma absolutamente harmônica com os ditames constitucionais, deve ser seguido pelo administrador público. Além dos fundamentos constitucionais e legais, a Administração também deve ser autorizada a seguir e a aplicar os diferentes graus e distintos tipos de normas, como os regulamentos gerais, os regulamentos setoriais e os regulamentos presidenciais. Desde que respeitada a hierarquia normativa, onde o vértice é necessariamente a Constituição Federal, todas as formas de princípios e de regras do ordenamento jurídico devem ser observadas para que possam ser estabelecidas diretrizes justas e democráticas para o funcionamento da Administração.

Tendo isso em vista, conclui-se que os princípios e as regras constitucionais passam a incluir o leque de alternativas de respaldo da conduta administrativa, que já era integrado pela legislação positiva.

De acordo com Gustavo Binbenbojm (2014, p. 183), isso significa que a atividade da Administração Pública deverá realizar-se: i) com fundamento direto na Constituição, independentemente da existência de lei; ii) segundo a lei, quando esta for constitucional; ou, eventualmente, iii) em consonância com o ordenamento como um todo, ainda que contra a lei, mediante ponderações entre princípios como proporcionalidade, moralidade, proteção à confiança legítima e boa-fé.

O novo paradigma jurídico substitui o princípio da legalidade estrita e “traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição”. A submissão do aplicador do Direito Administrativo se dá, portanto, em relação a um “bloco de legalidade”, que Merkl denominou “princípio da juridicidade administrativa” (apud BINENBOJM, 2014, p. 147).

Corroborando a tese da plausibilidade e da viabilidade da juridicidade administrativa a pretensão de proteção à segurança jurídica encampada naquele princípio (BINENBOJM, 2014, p. 183). A concepção positivista de lei anuncia a sua intenção de conferir estabilidade e segurança às relações jurídicas, por meio da previsão das medidas a serem adotadas em cada caso específico. Esse viés do princípio da juridicidade será analisado a seguir.

## **2 O princípio da segurança jurídica e os limites à invalidação de atos administrativos ilegais**

Conforme já mencionado, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, uma nova ordem constitucional foi instaurada no país: o Estado Democrático de Direito. Este, possuindo como um de seus principais alicerces o respeito aos direitos e às garantias fundamentais, passou a dar diferente significado à atuação estatal, que, além da subordinação dos poderes públicos às leis, passou a exigir atenção aos princípios constitucionalmente reconhecidos e, de modo tal, invioláveis.

Nessa lógica, um Estado intitulado Democrático de Direito não guarda mais espaço para o arbítrio, tampouco para o cumprimento cego de toda e qualquer lei, sendo indispensável uma atuação do Poder Público subordinada à integridade dos preceitos constitucionais (MOREIRA, 2010, p. 75). Diante disso é que Juarez Freitas assevera que “o princípio da legalidade só experimenta significado na interação com os demais princípios e direitos fundamentais”. De modo tal que “pensar o Direito Administrativo como mero conjunto de regras legais” é “subestimar de forma ruinosa, a complexidade do fenômeno jurídico-administrativo” (FREITAS, 2013, p. 60).

No contexto desse novo panorama jurídico, um princípio que merece especial atenção dos operadores do Direito é o princípio da Segurança Jurídica, que decorre da própria essência do Direito, de forma que faz parte do sistema constitucional como um todo (MELLO, 2013, p. 126). Não sem razão é que o princípio da Segurança Jurídica é erigido à categoria de princípio constitucional inafastável por José Joaquim Gomes Canotilho (2005, p. 257).

Corroborando a tese da inafastabilidade da segurança jurídica em um Estado Democrático de Direito, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 12-13) conceitua esse princípio “como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”. Em igual sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello demonstra relevante importância do princípio nas relações Estado-indivíduo, afirmando a segurança jurídica coincidir com uma das aspirações mais profundas do homem, cuja busca é permanente: a segurança em si mesma, a certeza em relação aquilo que o cerca (2013, p. 179).

Indo ao encontro dos referidos posicionamentos, Juarez Freitas assevera que sem estabilidade não há justiça, tampouco previsibilidade mínima das decisões administrativas, pois, sem ela, o primado dos direitos fundamentais não acontece, por falta de laços de coesão, permanência e respeitabilidade mútua (FREITAS, 2013, p. 84-85).

Diante dos contornos dogmáticos explanados, a segurança jurídica mostra-se deveras importante nas relações jurídicas entre Estado e indivíduo, especialmente no tocante ao dever de proteção da confiança dos administrados, razão pela qual faz-se imprescindível a análise da segurança jurídica sob o viés da proteção à confiança legítima.

## 2.1 A segurança jurídica sob o viés do dever de proteção à confiança legítima

Um dos principais responsáveis pela inserção do tema no Brasil foi o professor Almiro do Couto e Silva, para quem o princípio da segurança jurídica possui duas vertentes, uma de natureza objetiva e outra subjetiva.

No que tange à sua natureza objetiva, o jurista assevera ser “aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada”. Já a natureza subjetiva «concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação” (2005, p. 3-4).

A segurança jurídica em sua vertente subjetiva possui tal importância que alguns doutrinadores admitem até mesmo a existência de dois princípios autônomos: um princípio da segurança jurídica e um princípio da proteção à confiança legítima. De fato, muito embora ambos estejam estritamente relacionados, não se pode negar a dimensão basililar da proteção à confiança legítima em um Estado Democrático de Direito. Esse é justamente o posicionamento lastreado pelo professor Celso

Antônio Bandeira de Mello, para quem “o princípio da segurança jurídica, tanto como o da lealdade e boa-fé, ou o da proteção à confiança legítima, são da própria essência do Direito, sobretudo no Estado Democrático de Direito sua vigência é irrefragável” (2009, p. 179).

A proteção à confiança legítima surge da lógica da previsibilidade das relações jurídicas entre os administrados e a Administração Pública, de modo tal que, em havendo uma situação jurídica consolidada, surge um dever de proteção à confiança daqueles. É dizer, há necessidade de previsibilidade para que se evite a incidência de incertezas jurídicas nas relações administrativas.

Referida acepção decorre da noção de que os atos administrativos são dotados de presunção de legitimidade. Maria Sylvia Zanella di Pietro, ao discorrer sobre o assunto, descreve a presunção de legitimidade como um princípio que apresenta duas feições: de um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; de outro, a presunção da legalidade, pois se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes (2017, p. 100).

De outro lado, Romeu Felipe Bacellar Filho assinala que a necessidade de um mínimo respeito à previsibilidade decorre de outro princípio, o da moralidade, expressamente disciplinado no *caput* do art. 37 da Constituição da República. Para o jurista, a partir da previsibilidade, o cidadão tem a certeza de um direito, o que “representa (...) uma visão confiante e antecipada do acolhimento do seu desejo ou de sua pretensão, uma vez cumpridos os requisitos exigidos, mercê do conjunto de regras estatuídas no ordenamento jurídico pátrio” (2010, p. 297-298).

Por sua vez, Karl Larenz (2001, p. 91) destaca que o surgimento desse dever de proteção à confiança dos administrados é inspirado e resguardado pelo próprio ordenamento jurídico, na medida em que protege a confiança suscitada em detrimento do comportamento do outro, sendo a confiança condição fundamental para uma convivência coletiva pacífica, e por conseguinte, de paz jurídica.

Em face da dogmática externada, cumpre registrar que o dever de proteção à confiança dos administrados torna legítima a imposição de limites ao Estado, especialmente no que tange à sua liberdade de modificar atos ampliativos de direitos. Conforme apregoa Almiro do Couto e Silva (2005, p. 5, 18-19), o fundamento para manutenção de um ato administrativo inválido se dá em razão da situação de fato constituída, que persiste ao longo do tempo, ainda que consumada ilegalidade, gerando “para os destinatários do ato administrativo direito a permanecerem no gozo das vantagens ilegítimamente outorgadas”.

Diante disso, denota-se que os limites à atuação do Estado não são arbitrários, vez que decorrem da própria noção de sistema jurídico, da própria lógica da ponderação entre princípios constitucionais e da própria interpretação da legislação infraconstitucional, onde há previsão expressa do princípio da segurança jurídica. Importante, portanto, destacar as consequências advindas do exercício do poder de autotutela pela Administração Pública, analisando-se quais os limites impostos pelo Princípio da Segurança Jurídica, sob o viés da proteção à confiança legítima, à declaração de nulidade de atos administrativos, considerando as disposições do ordenamento pátrio.

## 2.2 A Lei nº 9.784/1999 e as consequências do princípio da segurança jurídica

Muito embora não exista disposição explícita do princípio da segurança jurídica na Constituição da República de 1988, o legislador infraconstitucional disciplinou expressamente a sua necessária observância no art. 2º, *caput*, da Lei Federal nº 9.784/1999, consolidando de vez por todas o conteúdo imperativo da segurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio.

Diante disso, arrimado na própria consolidação do princípio da segurança jurídica, o legislador estabeleceu barreiras ao dever de a Administração Pública anular seus próprios atos, conforme se depreende do art. 4 da Lei Federal nº 9.784/1999. Nesse contexto, toda vez que o administrador se depara com atos eivados de vícios, é mister que o dever de anulá-los (dever de autotutela) “não esteja obstaculizado por barreiras que o paralise e o transmute em um dever de abster-se” (ZANCANER, 2001, p. 62).

Referidas barreiras ao exercício da autotutela administrativa refletem em diversos aspectos do ato administrativo, entre os quais: (i) na sua **natureza**; (ii) na **boa-fé** inerente à sua realização; (iii) na possibilidade de sua **convalidação**; e (iv) no **transcurso do tempo** desde a sua realização.

- i) Quanto à natureza do ato administrativo, destaca-se que o administrador público deve examinar se o ato que se pretende anular é ampliativo ou restritivo de direitos, de modo que somente na iminência de atos de natureza ampliativa é que a Administração Pública se depara com a primeira barreira ao exercício do direito de anular seus próprios atos. Bruno Aurélio, nesse sentido, conceitua ato ampliativo de direitos como aquele que “por seu conteúdo favorável ou vantajoso ao administrado, tenha por finalidade imediata ampliar a esfera jurídica do destinatário específico (...)” (AURÉLIO, 2011, p. 47). Tal limitação, contudo, precisa ser conjugada a outras barreiras para funcionar como verdadeiro limite ao poder de autotutela.
- ii) Quanto à necessária existência de boa-fé na prática de atos administrativos irregulares, destaca-se a existência de divergência doutrinária quanto à titularidade da boa-fé imposta na expertise do art. 54 da Lei nº 9.784/1999. Para Maria Sylvania Zanella di Pietro, o artigo em referência trata da hipótese em que deve o destinatário do ato ampliativo de direitos estar de boa-fé, uma vez que o que se busca é justamente a ausência de premiação àquele que conhecia de antemão a ilegalidade do ato (2009, p. 100). De outro bordo, Juarez Freitas apregoa que o dispositivo em comento trata da má-fé em seu aspecto geral, isto é, seja do administrado, seja do administrador, separadamente ou conjuntas, vez que a restrição da imposição da boa-fé a um ou outro importaria mácula ao princípio da moralidade jurídica (2002, p. 44).

Sem buscar filiação a uma ou outra corrente, é importante destacar a verdadeira importância da boa-fé externada pelo professor Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 12-13):

A proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé, tendo por corolário – notadamente no âmbito das relações negociais – o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos, o que evidencia a conexão direta da boa-fé com a proteção da confiança no sentido de uma certa autovinculação dos atos e, portanto, de uma inequívoca relação com a noção de proibição de retrocesso.

Assim, a boa-fé deve ser analisada a partir da própria confiança depositada pelo destinatário de que o ato tenha sido realizado em conformidade à Lei e ao Direito, garantindo-se que aquele não tenha concorrido para a invalidade do ato. Nessa seara, se a análise da boa-fé for positiva-afirmativa, isto é, se o ato irregular estiver de fato envolto na boa-fé, trata-se de mais uma barreira imposta à Administração Pública.

A boa-fé do administrado conjugada à existência de um ato ampliativo de direitos, entretanto, ainda não é suficiente para afastar o dever de a Administração Pública anular seus próprios atos, eis que, antes, surge outro dever, o de avaliar a possibilidade de sua convalidação (ZANCANER, 2001).

- iii) Quanto à possibilidade de convalidação dos atos administrativos, conforme disciplina o art. 55 da Lei Federal nº 9.784/1999, o dever de convalidar decorre de situações em que os atos administrativos não implicam lesão ao interesse público ou prejuízos a terceiros. Assim, sendo os defeitos sanáveis, não há por que anulá-los, sendo dever – e não poder – da Administração Pública convalidá-los.
- iv) Contudo, quando o defeito vislumbrado no ato não for sanável, tornando impossível sua convalidação, há que se analisar o transcurso do tempo desde a realização do ato. Desse modo, se houver transcorrido o prazo decadencial de cinco anos, somente nesses casos, haverá possibilidade de estabilização dos efeitos do ato viciado, pelo que a Administração Pública não poderá declarar sua nulidade, mantendo-se seus efeitos em razão, especialmente, do dever de proteção à confiança legítima (BACELLAR FILHO, 2010, p. 305).

O elemento essencial para a confirmação da decadência da autotutela administrativa, portanto, é o **transcurso do tempo**. Nesse sentido, Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari destacam que:

[...] o interesse público e a paz social determinam que, transcorrido certo tempo, ditado em obediência ao princípio da razoabilidade, se tenha por imutável o ato. (...) É dizer, o fluxo do tempo, com ressalvas a serem lançadas mais adiante, tem um efeito saneador, só por si, do ato originalmente ilegal, sem necessidade de declaração expressa nesse sentido. (2007, p. 250)

Entretanto, ainda que considerem o **tempo** elemento essencial para imposição de limites à autotutela, parte da doutrina (COUTO e SILVA, 2005, p. 43) defende a inaplicabilidade do prazo decadencial aos atos nulos, tal como expressado no posicionamento de Juarez Freitas, para quem “se a nulidade for gravíssima, absoluta e intransponível, então o vício será essencial e insanável, não se deixando jamais convalidar pela ação do tempo, nem havendo o menor sentido (...) em falar de prazo decadencial para a decretação da nulidade” (2000, p. 39). A Excelsa Corte, por sua vez, tem se posicionado pela não aplicabilidade do prazo decadencial aos atos cuja nulidade decorra de vícios de constitucionalidade, mesmo nos casos em que não seja um vício grosseiro (como no caso dos atos nulos). Inclusive, o plenário está na iminência de julgar definitivamente a questão, tendo em vista o tema de Repercussão Geral nº 839, reconhecido no Recurso Extraordinário nº 817.338/STF, que será analisado na sequência.

Consideradas as barreiras capazes de implicar limites ao exercício da autotutela administrativa, e, em que pese existam divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência, vislumbra-se que o princípio da segurança jurídica e o instituto da decadência, na forma pela qual estão expressamente dispostos nos arts. 2º e 54 da Lei Federal nº 9.784/1999, são elementos deveras importantes à concretização da limitação ao exercício da autotutela administrativa. Restando claro que o legislador federal, sopesando os preceitos da legalidade e da segurança jurídica, optou como **termo final** para incidência do princípio da legalidade e **termo inicial** para a incidência do princípio da segurança jurídica a transcurso do quinquênio.

Nesse contexto, a Administração Pública, arrimada no princípio da legalidade, **antes do transcurso do prazo de cinco anos**, poderá anular ou convalidar atos administrativos eivados de vícios. Entretanto, **após o decurso do prazo decadencial**, em observância ao princípio da segurança jurídica, não mais poderá exercer seu direito de autotutela, restando os atos estáveis, ainda que eivados de ilegalidade (COUTO E SILVA, 2005, p. 43). Nesse sentido, de acordo com o raciocínio lógico e interpretativo da norma expressa e resumindo o até agora explanado, o dever de a Administração Pública rever seus atos somente será limitado pelo dever de proteção à confiança legítima, quando o ato eivado de vícios for **ampliativo de direitos**, o **destinatário**

**estiver de boa-fé, não for possível sua convalidação e já houver decorrido o prazo decadencial de 5 (cinco) anos.**

A lógica aqui explanada tem – e por muito tempo teve – respaldo na doutrina e jurisprudência pátrias. Contudo, nos casos em que vislumbrados vícios de constitucionalidade nos atos administrativos, tem-se invertido essa lógica. Assim, especialmente o Supremo Tribunal Federal, primando pelo princípio da legalidade, tem se posicionado no sentido de que atos administrativos inconstitucionais não estão sujeitos à limitação temporal que estabelece o art. 54 da Lei Federal n. 9.784/1999, podendo ser anulados a qualquer tempo.

### **3 O posicionamento do STF ante a possibilidade de anulação de atos administrativos inconstitucionais a qualquer tempo**

O Supremo Tribunal Federal, conforme explanado acima, vem modificando seu entendimento quanto à anulação de atos inconstitucionais a qualquer tempo, de modo tal que, reconhecendo a existência de densidade constitucional do tema, de sua extrema relevância aos cidadãos e da quantidade de processos em trâmite na Excelsa Corte, reconheceu a incidência de repercussão geral da matéria, sob o tema de número 839, no Recurso Extraordinário nº 817.338/STF.

É tamanha a importância do julgamento do presente tema que, tão logo seja realizado, grandes mudanças poderão ocorrer e novos rumos poderá tomar o princípio da segurança jurídica na sua vertente do dever de proteção à confiança legítima, pelo que se faz mister a análise da possível violação a esse dever e ao próprio Estado Democrático de Direito

Antes de adentrar à análise propriamente dita da possível afronta ao dever de proteção à confiança legítima, é importante destacar o posicionamento doutrinário trazido por Almiro do Couto e Silva quanto à distinção entre atos nulos e anuláveis, e, em seguida, expor, ainda que brevemente, os principais contornos da Teoria dos Princípios, estruturada por Robert Alexy.

Couto e Silva incorporou da teoria europeia das invalidades de atos administrativos algumas acepções acerca dos conceitos de atos nulos e anuláveis, que cabem desde logo ser analisadas.

Para o jurista, são pouquíssimas as incidências práticas de atos que carregam vícios gravíssimos, grosseiros, manifestos e evidentes – atos nulos por excelência e que não estão sujeitos ao instituto da decadência, independentemente da hierarquia da norma violada (2005, p. 34). De outro bordo, ao se referir aos atos administrativos que carregam tanto vícios de legalidade quanto de constitucionalidade menos graves, leciona que os mesmos podem ser anulados, mas não a qualquer tempo, eis que sujeitos às regras da decadência (2005, p. 35).

Diante desse contexto, a possibilidade de anulação de atos a qualquer tempo cinge-se tão somente aos atos nulos, independentemente da hierarquia das normas violadas – se legal ou constitucional. Nessa lógica, não há motivo para anulação de ato inconstitucional quando o vício não for grave. Se o ato for anulável e houver incidido no caso concreto às limitações ao poder de autotutela, deve prevalecer a segurança jurídica e a proteção à confiança do administrado, garantindo-se a estabilidade do ato administrativo ainda que eivado de vícios.

Seguindo a análise para a Teoria dos Princípios, estruturada por Alexy, Virgílio Afonso da Silva, parafraseando o jurista alemão, afirma que a principal distinção entre regras e princípios decorre da natureza dos direitos que essas normas garantem. As **regras** são normas jurídicas que garantem direitos definitivos, enquanto os **princípios** são normas jurídicas que garantem direitos *prima facie*. Dessa forma, quando um direito é garantido por uma regra, havendo a subsunção do fato à norma, esse direito deve ser realizado totalmente. De outro lado, quando o direito é garantido por um

princípio, há um mandamento de otimização, de modo que deve ser realizado na maior medida possível, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto (2006, p. 26-28).

No contexto da Teoria dos Princípios, estruturada por Robert Alexy, impende destacar que o art. 54 da Lei de Processo Administrativo Federal nº 9.784/1999 possui natureza de **regra**. Nessa lógica, em havendo subsunção dos fatos à norma, o mandamento deve ser realizado em sua integralidade, assistindo razão ao intérprete tão somente quanto à verificação da existência concreta dos pressupostos do suporte fático da norma (COUTO E SILVA, 2005, p. 44).

O fundamentado para o surgimento e consagração da regra do art. 54 da Lei Federal nº 9.784/1999 reside justamente na garantia da estabilidade de atos favoráveis, que ampliam direitos dos cidadãos, uma vez que estes confiam na legitimidade da atuação administrativa, devendo ser resguardado um mínimo de previsibilidade. Nesse sentido é o que leciona Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem o ato administrativo que outorga direitos ao cidadão não pode ficar desprotegido diante do poder-dever da Administração Pública de anular os atos maculados por vícios em sua formação. É necessário, em tais situações, observar as circunstâncias que peculiarizam o caso concreto antes de se tomar qualquer decisão no sentido de anular o ato administrativo (2010, p. 304).

Em harmonia ao entendimento ora destacado, Juarez Freitas alerta que a instabilidade é má conselheira, sendo geradora de relações perigosas entre a Administração Pública e seus administrados, por isso, não são raras as vezes em que se deve optar pela prevalência da segurança jurídica, uma vez que esta tende a beneficiar a coletividade e a probidade das relações que envolvem a atuação administrativa (2013, p. 85).

Diante do panorama abordado, é perfeitamente possível que atos inconstitucionais se tornem estáveis após o lapso temporal de cinco anos, quando ampliativos de direitos e envoltos na boa-fé, tendo em vista não ser a hierarquia da norma o supedâneo para sujeição ou não da Administração Pública às regras da decadência.

## Conclusão

O princípio da segurança jurídica, tanto como o da lealdade e boa-fé, ou o da proteção à confiança legítima constituem a própria essência do Direito, e sua vigência em um Estado Democrático é irrefutável.

A proteção à confiança legítima surge da lógica da previsibilidade das relações jurídicas entre os administrados e a Administração Pública, de modo tal que, em havendo uma situação jurídica consolidada, surge um dever de proteção à confiança daqueles. A previsibilidade evita a incidência de incertezas jurídicas nas relações administrativas e tende a beneficiar toda a coletividade, tornando-se extremamente necessária em uma sociedade como a brasileira, atualmente imersa em ambiente de insegurança política, jurídica e administrativa.

A anulação de atos administrativos, portanto, ainda que inconstitucionais, não deve ser automática, pelo que é perfeitamente possível que atos inconstitucionais se tornem estáveis após o lapso temporal de cinco anos, quando ampliativos de direitos e envoltos em boa-fé. O próprio legislador infraconstitucional, nesses termos, fazendo-se valer de atribuição decorrente da própria Constituição de 1988, disciplinou expressamente a hipótese de decadência do poder de autotutela da Administração quando alcançado o lapso temporal de cinco anos, realizando sopesamento prévio entre segurança jurídica e legalidade.

Diante disso, facultar à Administração Pública a anulação de atos administrativos inconstitucionais a qualquer tempo, apenas pela condição hierárquica do vício, e não em razão

de sua natureza (gravíssimos ou não gravíssimos), implica verdadeira frustração à confiança dos cidadãos depositada na legitimidade da atuação administrativa, consentindo o intérprete com a incidência de incertezas jurídicas.

## Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AURÉLIO, Bruno. **Atos Administrativos Ampliativos de Direitos: revogação e invalidação**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40. p. 291-313, abr./jun. 2010.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais. **Democracia e Constitucionalização**. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. **Lei Federal n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. DOU de 1.2.1999 e retificado em 11.3.1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)> Acesso em: 5 de maio de 2017.

COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, no. 2, abril/maio/junho, 2005, p. 5, 18-19. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 17 de abril de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2005.

DIAZ, Elias. **Estado de Direito e Sociedade Democrática**. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 155-166, jun. 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 30.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El Interes Público como Fundamento del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- FISCHGOLD, Bruno. **Direito Administrativo e Democracia**: a inconstitucionalidade do princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- FREITAS, Juarez. O prazo de anulação dos atos administrativos e o significado do art. 54 da Lei nº 9784/99. **Revista de Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública**, v. 4, n. 1, p. 35-40, abril. 2000. p. 39.
- LARENZ, Karl. **Derecho Justo**: fundamentos de ética jurídica. Tradução e apresentação de Luiz Díez-Picazo. Madri: Civitas, 2001, p. 91.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes Temas do Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- MERKL *apud* BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. 4 (2006): 23-51.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, março, abril, maio, 2010. p. 12-13. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 17 de abril de 2017.
- ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

# Limites da Eficácia Subjetiva de Sentença Proferida em Ação Coletiva: a recente fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal

Felipe de Vasconcelos Pedrosa\*

*Introdução. 1 Críticas ao artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. 2 Limites da eficácia subjetiva da sentença proferida em ação proposta por associação para a tutela de direitos individuais homogêneos. 3 Constitucionalidade do artigo 2º-A e respectivo parágrafo único da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. 4 Apreciação pelo Supremo Tribunal Federal do tema 499 da repercussão geral e fixação de tese. Considerações finais.*

## Resumo

Em maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento de recurso extraordinário (nº 612.043) com repercussão geral, reputou constitucional dispositivo de lei (art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997) que limita a eficácia subjetiva da sentença proferida em ação coletiva proposta por associação, e fixou tese definindo o momento de exigir-se a comprovação de filiação do substituído processual, a fim de que possa ser abrangido pela eficácia subjetiva da sentença. A tese fixada, embora contribua para ensejar uniformidade na interpretação de um dos aspectos disciplinados pelo referido dispositivo, foi vazada em texto que denota má compreensão de institutos afetos ao processo coletivo, da própria norma cuja aplicação pretende balizar e do art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Pretende-se, pois, a partir de críticas à tese, delinear moldura para a sua válida aplicação e, conseqüentemente, para a dos citados preceitos legais.

**Palavras-chave:** Processo coletivo. Sentença. Eficácia. Associações.

---

\* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Procurador do Banco Central do Brasil.

## *Limits of the Subjective Effectiveness of the Sentence Given in Collective Action: the recent fixation of thesis by the Federal Supreme Court*

### *Abstract*

*In May 2017, the Federal Supreme Court, in the headquarters of extraordinary appeal judgment (No. 612,043) with general repercussion, restated constitutional device of law (Article 2a of Law No. 9,494, of September 10, 1997) limiting the subjective effectiveness of the sentence given in collective action proposed by association, and has set a thesis defining the time of requiring the proof of membership of the procedural substitute, so that it may be covered by the subjective effectiveness of the sentence. The thesis fixed, although it contributes to the interpretation of one of the aspects disciplined by the said device, has been leaked in text that denotes poor understanding of institutes affecting the collective process, of the standard whose application aims to beacon and art. 16 of Law No. 7,347, of July 24, 1985. It is therefore intended as a criticism of the thesis, outlining the framework for its valid application and, consequently, for the aforementioned legal precepts.*

**Keywords:** *Collective process. Sentence. Effectiveness. Associations.*

### **Introdução**

A progressiva positivação de direitos transindividuais no ordenamento jurídico brasileiro e a ocorrência cada vez mais comum de conflitos de massas, em que há lesão ou ameaça ao direito individual de muitos litigantes eventuais por fato antijurídico praticado por litigante habitual, criaram a necessidade de também se positivarem remédios processuais destinados à proteção dessas emergentes situações jurídicas.

Grandes marcos na introdução de instrumentos processuais para a tutela dos novos direitos e para a tutela coletiva de direitos individuais foram a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, em que se previu a ação civil pública; a Constituição de 1988, por meio da qual se conferiu legitimação extraordinária às associações e sindicatos, previu-se o mandado de segurança coletivo e atribuiu-se ao Ministério Público a defesa de direitos difusos e coletivos; bem como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), com sistematização mais completa do processo para a tutela de direitos individuais homogêneos<sup>1</sup>.

Com o passar do tempo, alguns ajustes nesse sistema de jurisdição coletiva foram sendo feitos, entre eles a alteração no art. 16 da Lei nº 7.347, de 1985 (LACP)<sup>2</sup>, por meio da qual se buscou limitar a eficácia territorial da coisa julgada na ação civil pública, e a positivação do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997<sup>3</sup>, visando à limitação da eficácia subjetiva da sentença proferida em sede de ação coletiva proposta por associação para a tutela de direitos individuais homogêneos.

---

<sup>1</sup> Para um panorama mais abrangente sobre o surgimento e a evolução de institutos afeitos à tutela de direitos coletivos e à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, consultar, por exemplo, Rodolfo de Camargo Mancuso (2006, p. 19-55).

<sup>2</sup> “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

<sup>3</sup> “Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.”

A aplicação pelos tribunais do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, bem como do art. 16 da LACP, no entanto, tem revelado pouca familiaridade com os institutos afetos à tutela de direitos coletivos e à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Cada um daqueles dispositivos, embora concebido para regular distinta espécie de direito, não tem tido sua aplicação limitada ao universo de situações a ele subsumíveis. Sequer tem tido sua aplicação ou sua não incidência uniformemente asseguradas pelos tribunais superiores, que os aplicam ou deixam de aplicá-los em situações assemelhadas por razões das mais diversas, quase sempre incoerentes.

Nesse contexto, em 10 de maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 612.043, em regime de repercussão geral, objetivando “definir o momento oportuno de exigir-se a comprovação de filiação do substituído processual, para fins de execução da sentença proferida em ação coletiva ajuizada por associação”<sup>4</sup>, declarou incidentalmente a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, e fixou a seguinte tese:

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.

A tese fixada, no entanto, pode ser objeto de críticas, em razão de, em alguns aspectos, denotar interpretação não condizente com princípios hermenêuticos e institutos da tradição jurídica brasileira.

Apontar em que aspectos a tese é harmônica com o espírito da lei e em quais lhe é contrária – objeto do presente arrazoado – exige incursão histórica e conceitual, ainda que breve, sobre alguns institutos e particularidades da tutela de direitos transindividuais e da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, o que se fará na medida de sua necessidade, ao longo dos quatro tópicos que sucedem esse breve introito: o primeiro, em que se examina o alcance do art. 16 da LACP; o segundo, em que se analisa a limitação da eficácia subjetiva da sentença proferida em sede de ação coletiva proposta por associação para a tutela de direitos individuais homogêneos, fixada pelo art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997; o terceiro, na qual se avalia a constitucionalidade do art. 2º-A; o quarto, em que as conclusões deduzidas no primeiro, no segundo e no terceiro tópicos são confrontadas com a tese delimitada pelo Supremo Tribunal Federal.

## 1 Críticas ao artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985

Antes de se positivar o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, por meio do qual se limitou a eficácia subjetiva da sentença proferida em sede de ação proposta por associação para a tutela coletiva de direitos individuais, buscou-se, com a edição da Medida Provisória nº 1.570, de 21 de agosto de 1997, circunscrever a **eficácia territorial** da coisa julgada formada em sede de ação civil pública. O art. 2º da referida medida provisória, para esse fim, atribuiu nova redação ao art. 16 da LACP. Veja-se, respectivamente, a redação original do dispositivo e seu novo texto:

---

4 A repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal conforme a seguinte ementa: “AÇÃO COLETIVA – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CARTA DE 1988 – ALCANCE TEMPORAL – DATA DA FILIAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do momento oportuno de exigir-se a comprovação de filiação do substituído processual, para fins de execução de sentença proferida em ação coletiva ajuizada por associação – se em data anterior ou até a formalização do processo”.

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, **nos limites da competência territorial do órgão prolator**, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (grifo nosso).

O Poder Executivo foi alvo de inúmeras críticas por parte de jusprocessualistas, que, por diversas razões, apontaram a inocuidade da nova redação atribuída ao art. 16 da LACP, e anteviram causa comum para os diferentes problemas identificados: enorme confusão conceitual do emissor da norma.

A confusão, como se tornará claro, decorre em parte da má compreensão do que é direito coletivo *stricto sensu*, espécie de direito transindividual muitas vezes confundido com direito individual homogêneo não só pelo legislador, mas também pela jurisprudência e pela doutrina especializada.

Destoando dessa confusão reinante, Teori Albino Zavascki (2008, p. 38-46) soube, como poucos, apartar as duas espécies de direitos transindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*), bem como distinguir ambas de direitos individuais homogêneos.

O presente trabalho toma apenas alguns dos critérios distintivos por ele indicados, suficientes, contudo, à vista do objeto em análise. É bastante distinguirem-se direitos individuais homogêneos dos direitos transindividuais, já que a disciplina da tutela processual dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* é a mesma, porém bastante diferente daquela dada à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Sob o aspecto objetivo, pois, os direitos transindividuais são necessariamente **indivisíveis**, ou seja, “não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares” (ZAVASCKI, 2008, p. 42) e, em decorrência de sua não divisibilidade entre os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas que o titulariza, são **insuscetíveis de apropriação individual**.

Além de exemplo de direito coletivo *stricto sensu* lembrado por Zavascki (2008, p. 42) e previsto no art. 94 da Constituição<sup>5</sup>, o da classe de advogados de ter representante na composição dos Tribunais, pode-se acrescentar o direito do condomínio de, representado judicialmente pelo síndico (art. 1.348, II, do Código Civil<sup>6</sup>), exigir a abstenção de ato danoso à coisa comum. Nenhum desses dois direitos é divisível ou suscetível de apropriação individual.

Todavia, exprimindo a confusão conceitual que paira sobre a matéria, Kazuo Watanabe (GRINOVER *et al*, 2007, p. 825), em comentário ao art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, fornece exemplo de direito coletivo *stricto sensu* que, todavia, não atende aos critérios de indivisibilidade e não suscetibilidade de apropriação individual. Veja-se:

O mesmo se pode dizer em relação à demanda coletiva ajuizada por Associação de Pais de Alunos contra uma ou várias escolas. Desde que objetive ela um provimento jurisdicional comum a todos e que tutele, de modo uniforme, o interesse ou direito indivisível de todos os alunos, por exemplo, o critério de para a atualização das mensalidades, a coisa julgada, se favorável à

---

5 “Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.”

6 “Art. 1.348. Compete ao síndico: [...] II - representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns.”

Associação, beneficiará todos, inclusive os alunos que não estejam a ela filiados. Estamos diante de uma ação coletiva para a tutela de interesses ou direitos coletivos, de natureza indivisível.

No exemplo dado, o critério para atualização das mensalidades, se ilegal, lesa, na verdade, direito individual de todos os alunos, não propriamente da categoria de alunos. Note-se que, ainda que todos os membros de dada categoria tenham seus direitos individuais uniformemente lesados, o direito individual não se transmuda em direito coletivo da categoria. Se de direito coletivo *stricto sensu* se tratasse, nenhum aluno poderia ingressar individualmente em juízo para pleiteá-lo, pois sua titularidade não pertenceria aos **membros** da categoria de alunos, mas à própria **categoria**, dada a indivisibilidade dos direitos transindividuais bem como a impossibilidade de sua apropriação individual.

A falta de precisão em torno desses conceitos tem trazido dificuldades para o legislador e para o Judiciário, que não raras vezes têm tratado de remédios processuais originalmente concebidos para a tutela de direitos transindividuais como se fossem igualmente preordenados à defesa coletiva de direitos individuais homogêneos<sup>7</sup>.

Incidindo nesse erro, o Poder Executivo, por meio do mencionado art. 2º da Medida Provisória nº 1.570, 1997, atribuiu nova redação ao art. 16 da LACP, ansiando restringir a eficácia subjetiva de sentenças concedidas para a tutela de direitos individuais homogêneos, mas promovendo, entretanto, de forma contraditória, alteração em instrumento destinado unicamente à defesa de direitos transindividuais – a ação civil pública. Tentar-se-á demonstrar, sinteticamente, esse descasamento entre desígnio e ação.

A ação civil pública, disciplinada de forma inédita por lei em 1985, teve, como marca de nascença, a finalidade **exclusiva** de tutelar direitos difusos. Contudo, sobreveio a Constituição de 1988, que, em seu art. 129, III<sup>8</sup>, previu a utilização daquele remédio processual também para a defesa de direitos coletivos *stricto sensu*. Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, os direitos coletivos *stricto sensu* foram formalmente incorporados no rol do art. 1º, IV, da LACP<sup>9</sup> e, desde então, a finalidade atribuída à ação civil pública de tutelar direitos transindividuais tem sido preservada, como se infere, a *contrario sensu*, pelo que dispõe o parágrafo único do art. 1º da LACP<sup>10</sup>, incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

Nesse quadro, embora não completamente imune a críticas, a redação original do art. 16 da LACP era adequada, e, ao prever a extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventus litis*, alterava apenas num aspecto a coisa julgada operada em processos individuais.

7 A necessidade de a doutrina e a jurisprudência apartarem os remédios para tutela de direitos coletivos dos que se destinam à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos tem sido questionada. Veja-se, à guisa de exemplo, opinião de José Marcelo Menezes Vigliar (2002, p. 224), para quem “a terminologia ação civil pública para mais nada mais serve e só se justifica a partir das premissas históricas lembradas; mais: foi o termo que a praxe forense cristalizou. O que realmente importa à conclusão de que se trata de interesses transindividuais incindíveis é a indivisibilidade. Mas mesmo os divisíveis (os interesses transindividuais que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor denominou interesses individuais homogêneos) podem, se originados de uma fonte comum, merecer um tratamento idêntico: ao invés de várias demandas (atomização de conflitos, como falou Kazuo Watanabe), opta-se por uma única demanda, não se fechando a via de formação de litisconsórcio e concedendo uma eficácia da coisa julgada in utilibus: é a molecularização dos conflitos (Kazuo Watanabe, mais uma vez)”. Reputa-se, todavia, na trilha de Zavascki, útil a distinção, tendo em vista, entre outras marcas, a **necessária repartição da atividade cognitiva** em procedimento que visa tutelar direitos individuais homogêneos, indispensável para se preservar a **liberdade de adesão** do titular do direito ao provimento coletivo (2008, p. 172-174). Cuidando-se de direitos transindividuais, entretanto, a repartição da atividade cognitiva não é pertinente, pois tais direitos só podem ser pleiteados judicialmente pelo legitimado extraordinário e não podem ser apropriados ou titularizados por indivíduos.

8 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

9 “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.”

10 “Art. 1º [...] Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

Explica-se: como ocorre nos processos para tutela de direitos individuais, a coisa julgada na ação civil pública torna imutável e indiscutível a norma concreta veiculada na sentença. Tem força de lei “nos limites da questão principal expressamente decidida” (art. 503 do Código de Processo Civil), é dizer, encontra balizas no **pedido formulado**, inclusive, sob o aspecto subjetivo, nos sujeitos que têm sua **esfera jurídica** atingida pelo provimento jurisdicional. A coisa julgada material, pois, torna a norma concreta imutável para **as partes** da relação de direito material, que são, ordinariamente, as partes legitimadas a discutir no processo a relação litigiosa. Nesse sentido, de que as partes alcançadas pela coisa julgada material são as da relação litigiosa e não necessariamente as da relação processual, leia-se o aduzido por Antônio Carlos de Araújo Cintra (2008, p. 326-327) em comentário ao art. 472 do Código de Processo Civil de 1973<sup>11</sup>:

Nos termos do disposto no artigo 468 do Código de Processo Civil, a sentença passada em julgada tem força de lei nos limites da lide deduzida no processo. Isto quer dizer, ensina Carnelutti [Sistema di Diritto Processuale Civile, vol. I. Padova: Cedam, 1936-1939, p. 289], que a autoridade da coisa julgada não vai além das partes, uma vez que estas constituem um dos elementos da lide. Assim, parece claro que a disposição em exame, afirmando que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, apenas explicita o que já está contido no art. 468.

Nessa perspectiva, a palavra partes não está na lei no seu sentido de sujeitos do contraditório no processo, nas indica os sujeitos da relação litigiosa. Em outras palavras, o bom entendimento da disposição em exame decorre da distinção formulada por Carnelutti entre parte em sentido material e parte em sentido formal, o que nada tem de surpreendente, diante da influência exercida por Carnelutti na elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil brasileiro. Esse entendimento, permite a aplicação, sem maiores dificuldades, da regra explicitada pelo art. 472, à coisa julgada tanto nos casos de legitimação ordinária como naqueles de legitimação extraordinária. Realmente, assim se explica porque, no caso de substituição processual, o substituto fica sujeito à coisa julgada formada em processo de que não participou.

Ao confirmar que a coisa julgada material possui eficácia para as partes do direito litigioso – não necessariamente as partes no processo –, Fredie Didier Jr. (2015, p. 519) afirma, a propósito do que rezam os §§ 2º e 4º do art. 337 do Código de Processo Civil<sup>12</sup>, que

No plano das causas individuais, é desnecessária a identidade das partes nos casos de colegitimação ativa para a configuração da coisa julgada – ou seja, nos casos de litisconsórcio unitário facultativo ou legitimação concorrente, fenômenos relacionados à legitimação extraordinária<sup>13</sup>.

Logo, em que pesasse a desnecessidade do emprego do termo *erga omnes* para que a coisa julgada material formada em processos para a tutela de direitos transindividuais pudesse alcançar todos os sujeitos da relação de direito difuso ou coletivo *stricto sensu* deduzida em juízo, a utilização da fórmula, em rigor, não deve ter provocado dificuldades de ordem prática, tendo em vista o reconhecimento pela doutrina especializada de que a expressão *erga omnes* deveria ser interpretada com temperamento. Zavascki (2008, p. 79), por exemplo, entende que “a cláusula *erga omnes* certamente não vai a ponto de comprometer a situação jurídica de terceiros”, aplicando-se também

---

<sup>11</sup> “Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”

<sup>12</sup> “Art. 337. [...] § 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. [...] § 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.”

<sup>13</sup> Na verdade, se em vez de como fez Fredie Didier Jr., considerar-se que o § 2º do art. 337 do Código de Processo Civil, ao mencionar “partes”, também se refere às partes da lide – e não às partes do processo –, torna-se desnecessário criar a ressalva não prevista em lei.

“à coisa julgada nas ações civis públicas a limitação, constante do art. 472 do CPC [de 1973, correlato ao art. 506 do Código de Processo Civil em vigor]”. Também Mancuso (2006, p. 265), ao abordar a dicotomia partes/terceiros para efeito da extensão da coisa julgada material formada em processo para a tutela de interesses transindividuais, consignou o seguinte:

[...] se é inviável a presença efetiva dos sujeitos concernentes ao interesse judicializado e se esses sujeitos estão adequadamente representados no processo por um autor credenciado *ope legis*, então a rigor não se pode tê-los como terceiros, porque, de duas uma: ou bem os sujeitos realmente concernem ao conflito judicializado, e nesse caso eles tecnicamente participam do processo coletivo através do autor ideológico; ou bem eles são estranhos ao *thema decidendum*, e então, enquanto terceiros indiferentes, não se lhes toca o trâmite da ação coletiva, inclusive a coisa julgada que aí se venha formar.

Assim, a redação original do art. 16 da LACP, ao fixar os limites da coisa julgada na ação civil pública, inovou em relação ao Código de Processo Civil somente quanto à previsão de que, se o pedido fosse julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderia intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Estabeleceu-se, destarte, que a coisa julgada em ação civil pública seria *pro et contra e secundum eventum probationis*, ou seja, ela se produziria tanto na procedência quanto na improcedência, somente não se produzindo quando a improcedência fosse por falta de provas. Essa disciplina foi mantida para as ações civis públicas pelo art. 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor<sup>14</sup>, diploma que, por outro lado, estendeu de modo mais restrito a coisa julgada aos substituídos nas ações para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos (art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor). Essa diversidade de tratamento pelo Código de Defesa do Consumidor conjugada à manutenção de uma única disciplina da coisa julgada nas ações civis públicas veio a confirmar, ademais, a vocação exclusiva da ação civil pública para a tutela de direitos transindividuais.

Sobreveio, então, com a edição da Medida Provisória nº 1.570, de 1997, nova redação ao art. 16 da LACP, em que se circunscreveu a **eficácia territorial** da coisa julgada formada em sede de ação civil pública aos “limites da competência territorial do órgão prolator”.

A alteração, como dito, foi alvo de inúmeras críticas. Reproduz-se a formulada por Zavascki (2008, p. 80-81), devido à sua já apontada precisão no trato da matéria:

Há, no art. 16 da Lei 7.347/85, um segundo limitador à eficácia da coisa julgada: o dos “limites da competência territorial do órgão prolator”. Interpretação literal do dispositivo sugere que a coisa julgada estaria circunscrita a um determinado espaço físico. Ora, seria difícil compatibilizar essa espécie de limitação com a natureza jurídica da coisa julgada (que nada mais é do que uma qualidade da sentença, a da sua imutabilidade). O que faz coisa julgada (ou seja, o que se torna

<sup>14</sup> “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, **exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas**, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, **salvo improcedência por insuficiência de provas**, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória (grifos nossos).”

imutável) nas sentenças de mérito é o juízo, que nelas se contém, a respeito da existência ou da inexistência ou do modo de ser da relação jurídica objeto do litígio, e isso não é diferente nas ações civis públicas. Embora indeterminados os titulares do direito tutelado, também nessas ações a atividade cognitiva visa a obter sentença com declaração de certeza a respeito de uma relação jurídica determinada, nascida de específica situação de fato, que gera, ou pode gerar, lesão a direito transindividual (pertencente a uma coletividade ou a sujeitos indeterminados). É esse juízo de certeza que, pelo efeito da coisa julgada, se torna imutável. [...] **considerando que a coisa julgada não altera o conteúdo da sentença, nem compromete a sua eficácia, o eventual limitador territorial importaria, na prática, a produção de uma estranha sentença, com duas qualidades: seria válida, eficaz e imutável em determinado território, mas seria válida, eficaz e mutável fora desse território.**

A interpretação literal do art. 16 leva, portanto, a um resultado incompatível com o instituto da coisa julgada. Não há como cindir territorialmente a qualidade da sentença ou da relação jurídica nela certificadas. Observe-se que, tratando-se de direitos transindividuais, a relação jurídica litigiosa, embora com pluralidade indeterminada de sujeitos no seu pólo ativo, é única e incidível (indivisível). Como tal, a limitação territorial da coisa julgada é, na prática, ineficaz em relação a ela. Não se pode circunscrever territorialmente (circunstância do mundo físico) o juízo de certeza sobre a existência ou a inexistência ou o modo de ser de relação jurídica (que é fenômeno do mundo dos pensamentos) (grifos nossos)<sup>15</sup>.

A se adotar, pois, uma interpretação literal do art. 16 da LACP, poder-se-ia chegar a situação verdadeiramente esdrúxula, conforme se percebe do exemplo a seguir. Hipotético sindicato ajuíza ação civil pública contra sociedade empresária, na comarca em que se situa a sede da empresa, com pedido de que seja instalada Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (Cipa), nos moldes do art. 163 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>16</sup>. A sentença é de improcedência com suficiência de provas e transita em julgado. Caso a empresa transfira sua sede para outra comarca, poderia o Ministério Público do Trabalho, sob o argumento de que a coisa julgada material só se operou “nos limites da competência territorial do órgão prolator”, ajuizar nova ação civil pública, com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir? Embora interpretação literal conduza a resposta positiva, não se afigura tenha sido essa a intenção do legislador, nem tem sido essa a aplicação dada ao art. 16 da LACP, pelo Judiciário.

Com efeito, o Judiciário, como parte da doutrina, fez tábula rasa dos preceitos normativos delimitadores da finalidade da ação civil pública, imaginando-a adequada também para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos<sup>17</sup>. Quando há cúmulo de pedidos de tutela de direito

15 Ada Pellegrini Grinover também formula crítica contundente, alicerçada, contudo, noutras premissas. Embora sustente que o art. 16 da Lei nº 7.347, de 1985, em princípio, só poderia se referir a direitos difusos e coletivos *stricto sensu* – posição com a qual se concorda em razão da exclusiva finalidade legal de proteção de direitos transindividuais da ação civil pública –, assim explica o porquê de sua inoperância: “É a necessária coerência interna do sistema jurídico que exige a formulação de regras idênticas em que se verifica a identidade de razão. Se o art. 93 do CDC fosse aplicável apenas aos interesses individuais homogêneos, o resultado seria a regra da competência territorial de âmbito nacional ou regional só para as ações em defesa dos aludidos direitos, enquanto nos processos coletivos em defesa de interesses difusos e coletivos ficaria vedada a competência nacional ou regional. O absurdo do resultado dessa posição é evidente, levando a seu repúdio pela razão e pelo bom senso, para o resguardo da coerência do ordenamento” (GRINOVER *et al.*, 2007, p. 942). Diverge-se da premissa eleita para a apontada inocuidade do art. 16. Primeiro, em razão de a nova redação do art. 16 ser posterior à regra do art. 93 do CDC, o que atrairia a aplicação da norma de direito intertemporal segundo a qual lei posterior revoga a anterior quando seja com ela incompatível (art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 4.4657, de 4 de setembro de 1942). Segundo, porque o fato de direitos individuais homogêneos serem divisíveis por sua própria natureza pode justificar tratamento processual distinto do conferido aos direitos transindividuais, em atenção à instrumentalidade do processo, conforme afirmado na nota de rodapé nº 7.

16 “Art. 163 - Será obrigatória a constituição de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), de conformidade com instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho, nos estabelecimentos ou locais de obra nelas especificadas.”

17 Veja-se, por exemplo, a posição de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2008, p. 160), que, embora num primeiro momento reconheçam que “o art. 16 da LACP aplica-se às demandas que dizem respeito às causas coletivas em sentido estrito”, abandonam mais à frente a precisão no seguinte exemplo: “[a] caso admitíssemos que uma ação civil pública – cujo objeto diga respeito a uma categoria de servidores públicos federais, por exemplo – pudesse produzir efeitos apenas para os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da

transindividual e de tutela de direitos individuais homogêneos – hipótese que se entende admissível, desde que respeitadas as regras processuais relativas a uns e outros –, o Judiciário, não raras vezes, vale-se das mesmas razões para aplicar ou afastar, indistintamente, no julgamento dos referidos pedidos, o art. 16 da LACP<sup>18</sup>.

Nesse cenário, não é de se surpreender que os atores envolvidos na interpretação e aplicação do art. 16 da LACP tenham considerado que o dispositivo, em vez de restringir a eficácia territorial da coisa julgada nas ações ajuizadas para a tutela de direito transindividual, limita, na verdade, a eficácia subjetiva da **sentença** concessiva de tutela a direitos individuais homogêneos, para alcançar apenas os substituídos que tenham domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parece, ademais, ter sido essa a intenção do legislador, conforme igualmente anotou Grinover (2007, p. 941):

[...] é justamente no campo da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos que a jurisprudência vinha admitindo com maior firmeza a abrangência em nível nacional da coisa julgada *erga omnes*, provocando a reação do Executivo [consistente na alteração da redação do art. 16 da LACP]<sup>19</sup>.

Tendo sido essa a intenção do emissor da norma, afigura-se natural que, bombardeado pelas críticas à redação e à eficácia do art. 16, o Poder Executivo tenha, por medida provisória, positivado o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, dispositivo cujo alcance será examinado no tópico seguinte.

Antes, destarte, há que se declinar o entendimento, à vista das considerações já feitas, segundo o qual a interpretação literal do art. 16, acima esmiuçada, é também a única objetivamente extraível da norma. Conjugando-se a limitação finalística da ação civil pública estabelecida por lei com a orientação de que restrições legais à eficácia de mecanismos asseguradores de direito devem ser interpretados estritamente, descabe fazer preponderar a intenção do legislador sobre o sentido objetivo da norma – que deve ser extraído principalmente à luz do ordenamento vigente e das

---

competência territorial do órgão prolator, estaríamos, por tabela, defendendo: a) que seria possível o ajuizamento de outras tantas ações civis públicas, cada uma ajuizada em uma seção judiciária, de igual teor àquela que já fora ajuizada e julgada; b) que essas outras causas poderiam chegar a resultado diverso daquele primeiramente alcançado; c) que, em razão disso, poderiam os servidores desses outros estados não lograrem obter o reconhecimento judicial de um direito que outros, em igual situação, já obtiveram” (DIDIER JR e ZANETTI JR, 2008, p. 164).

18 Confirmam-se as seguintes ementas, a primeira delas consignando aplicação do art. 16 da Lei nº 7.347, de 1985, aos efeitos de sentença que concede tutela a direitos individuais homogêneos e a segunda afastando a aplicação do preceito tanto para direitos transindividuais como para direitos individuais homogêneos:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. ART. 39, I, DO CDC. VENDA CASADA. VENDA DE ALIMENTOS. ESTABELECIMENTOS CINEMATOGRAFICOS. LIBERDADE DE ESCOLHA. ART. 6º, II, DO CDC. VIOLAÇÃO. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS EM OUTRO LOCAL. VEDAÇÃO. TUTELA COLETIVA. ART. 16 DA LEI Nº 7.347/1985. SENTENÇA CIVIL. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EFICÁCIA ERGA OMNES. LIMITE TERRITORIAL. APLICABILIDADE. [...] 2. Ao compelir o consumidor a comprar dentro do próprio cinema todo e qualquer produto alimentício, o estabelecimento dissimula uma venda casada (art. 39, I, do CDC), limitando a liberdade de escolha do consumidor (art. 6º, II, do CDC), o que revela prática abusiva. 3. A restrição do alcance subjetivo da eficácia *erga omnes* da sentença proferida em ação civil pública envolvendo direitos individuais homogêneos aos limites da competência territorial do órgão prolator, constante do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, está plenamente em vigor. 4. É possível conceber, pelo caráter divisível dos direitos individuais homogêneos, decisões distintas, tendo em vista a autonomia de seus titulares. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.” (REsp 1331948/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 05/09/2016).

“PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. TELEFONIA MÓVEL. SERVIÇO DE INTERNET. REDUÇÃO DA VELOCIDADE DE NAVEGAÇÃO APÓS O ESGOTAMENTO DA FRANQUIA DE DADOS. INTERESSE NACIONAL. ART. 16 DA LEI Nº 7.347/85. INAPLICABILIDADE. CRITÉRIO DA PREVENÇÃO. ART. 253, III, DO CPC E 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.347/85. 1. Conflito de competência suscitado pela OI MÓVEL S.A. tendo em vista as inúmeras ações propostas relacionadas à manutenção da velocidade reduzida de navegação da internet, telefone celular, mesmo após o término da franquia de dados contratada pelos usuários desse serviço no sistema pré-pago. [...] 3. O art. 16 da Lei nº 7.347/85, apenas tem aplicabilidade quando a ação civil pública envolver dano de âmbito regional, o que não é o caso dos autos. 4. Aplicável, portanto, o critério da prevenção, previsto nos arts. 253, III, do CPC, e 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85. 5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 5ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ.” (CC 141.322/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/11/2015, DJe 11/12/2015).

19 No mesmo sentido, Zavaski (2008, p. 81).

condições sociais atuais –, ainda mais quando aquela só foi descortinada a contento com a ulterior positividade do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997.

Logo, a despeito das opiniões no sentido de que, com a superveniência do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, tornou-se possível a atribuição de outro sentido à norma veiculada pelo art. 16 da LACP, em quase tudo coincidente com o da própria regra inscrita no citado art. 2º-A<sup>20</sup>, entende-se mais adequado o juízo segundo o qual o art. 16, em sua nova redação, é e sempre foi inoperante: (i) pelo *nonsense* que seria considerar-se coisa julgada formal ao mesmo tempo mutável e imutável, a depender do lugar em que mesma ação for mais uma vez proposta; (ii) pela finalidade atribuída pela lei à ação civil pública, de tutelar de modo exclusivo direitos transindividuais, não sendo razoável enxergar-se em uma única norma da LACP, disciplina que diz respeito unicamente à tutela direitos individuais homogêneos; (iii) pela necessidade de se observarem regras hermenêuticas, uma que impede a prevalência da *mens legislatoris* sobre a *mens legis* e outra que confere máxima efetividade a direitos e garantias fundamentais; e, finalmente, (iv) porque, se o art. 16 da LACP veicula norma cuja compreensão só foi alcançada com a posterior positividade de norma semelhante por meio do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, sua aplicação, para limitar a eficácia subjetiva de sentenças proferidas antes da entrada em vigor do art. 2º-A, constitui flagrante ofensa a ato jurídico perfeito e a direito processual adquirido.

## 2 Limites da eficácia subjetiva da sentença proferida em ação proposta por associação para a tutela de direitos individuais homogêneos

Visto que o art. 16 da LACP, pela completa confusão que faz de institutos jurídico processuais, não tem aplicabilidade prática, admite-se que o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, inovou, de fato, no ordenamento jurídico, ao impor limites à, até então, ampla eficácia subjetiva da sentença proferida em ação proposta por associação para a tutela de direitos individuais homogêneos, definida pelo art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor.

É possível, em exame mais ligeiro do art. 2º-A, verificar maior apuro técnico do legislador, que dispôs sobre eficácia da sentença, em vez de eficácia da coisa julgada – que apenas agrega o caráter de imutabilidade à norma concreta criada na sentença. Percebe-se, também de imediato, clara opção política em restringir-se a eficácia subjetiva da sentença na hipótese de a ação ser proposta por associações, uma das várias espécies de entes coletivos para a defesa de direitos transindividuais e para a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos elencadas pelo Código de Defesa do Consumidor<sup>21</sup>.

O art. 2º-A também foi mais claro do que seu predecessor ao limitar sua incidência para os casos de “defesa de interesses e direitos dos seus associados”, é dizer, dos direitos individuais dos membros da associação. Caso pretendesse normatizar também a tutela de direitos transindividuais, deveria ter se referido não só ao direito dos associados, mas também aos de coletividades substituídas, como os direitos de grupo, classe ou categoria, expressões já adotadas no Código de Defesa do Consumidor (art. 81, II) e utilizadas pela doutrina<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> É, por exemplo, a respeitável opinião de Zavascki (2008, p. 81).

<sup>21</sup> Segundo o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, “são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”.

<sup>22</sup> Segundo Zavascki (2008, p. 43), “[o]s direitos transindividuais [...] são indivisíveis e não têm titulares individuais certos, pois pertencem não a

Não apenas em virtude de a lei referir-se a direitos dos associados, mas também por razão de ordem lógico-jurídica, pode-se entender excluídos da incidência do dispositivo as ações propostas para a tutela de direitos transindividuais. Basta lembrar que direitos transindividuais são indivisíveis, e o reconhecimento do direito para parcela da coletividade necessariamente aproveita todo o grupo, classe ou categoria. A situação é análoga em litisconsórcios unitários, quando, nas palavras de Didier Jr. (2005, p. 256), também por envolver uma relação jurídica incindível, “o provimento jurisdicional tem que regular de modo uniforme a situação jurídica dos litisconsortes, não se admitindo, entre eles, julgamentos diversos”.

Os direitos individuais homogêneos, todavia, admitem tratamento fracionado, sem que isso comprometa sua essência. Nada impediria – a não ser, eventualmente, opção política vazada em lei – cisão da tutela jurisdicional, reduzindo-se ou ampliando-se a eficácia subjetiva da sentença proferida em ação para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Outro aspecto a ser realçado, relativamente à limitação subjetiva dos efeitos da sentença, é que ela importa, necessariamente, em redução do grupo substituído pelo legitimado extraordinário. O art. 2º-A, portanto, na mesma medida em que reduz o alcance subjetivo dos efeitos da sentença proferida em ação proposta por associações para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, reduz, sob outra ótica, o universo de pessoas substituídas pela associação autora.

O universo de pessoas substituídas será delimitado, no caso concreto, conjugando-se o art. 2º-A, da Lei nº 9.494, de 1997, com o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor<sup>23</sup>.

Enquanto nas ações de reparação de dano regidas pelo Código de Processo Civil a competência é determinada pelo lugar de ocorrência do ato ou fato (art. 53, VI, “a”), tanto na ação civil pública como na ação coletiva para tutela de direito individual homogêneo a competência é fixada pelo local onde ocorrer o dano (art. 2º da LACP, e art. 93 do Código de Defesa do Consumidor). Pode ocorrer, entretanto, que o ato ou o fato provoque danos em território vasto, o que permitiria que vários foros fossem competentes concorrentemente.

Embora a aventada competência concorrente seja possível no caso da ação civil pública, ante a disposição mais genérica da LACP, no caso das ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, o legislador optou por estabelecer que, se os danos forem de âmbito nacional ou regional, terá atribuição para julgar o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, reduzindo, assim, significativamente, o número de foros competentes no caso concreto.

De qualquer sorte, ante a conjugação do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, e do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, têm-se que: (i) quando o dano for de âmbito local, será competente o foro do lugar onde ocorrer o dano e a sentença espalhará seus efeitos sobre todos os filiados à associação com domicílio no foro; e (ii) quando o dano for de âmbito nacional ou regional, serão competentes os foros da capital do Estado ou do Distrito Federal, e a sentença produzirá efeitos para todos os filiados com domicílio na região ou no território nacional.

---

indivíduos, mas a grupos, a categorias ou a classes de pessoas”.

23 “Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.”

### 3 Constitucionalidade do art. 2º-A e respectivo parágrafo único da Lei nº 9.494, de 1997

Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 146) externa opinião conforme a qual o art. 2º-A teria vindo “em atenção ao escopo da Carta Constitucional” e para dar “interpretação autêntica ao alcance da legitimação processual” prevista no art. 5º, XXI, da Constituição<sup>24</sup>. Segundo o renomado professor, o Código de Defesa do Consumidor, na parte em que disciplina a legitimação extraordinária conferida às associações para ajuizamento de ações coletivas na defesa de direitos individuais homogêneos, sempre esteve limitado pelo art. 5º, XXI, da Constituição, no sentido de restringir a legitimidade das associações somente à defesa de seus filiados, e a entrada em vigor do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, apenas confirmou a restrição imposta pelo dispositivo constitucional (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 147).

Discorda-se, no entanto. Embora se considere, como Theodoro Júnior e Zavascki (2008, p. 187), que o art. 5º, XXI, da Constituição, tenha previsto hipótese de **substituição** processual limitada à tutela de direitos individuais homogêneos dos filiados<sup>25</sup>, reputa-se que a previsão constitucional estabelece **garantia mínima**, passível de ampliação por meio de lei. Essa ampliação deu-se, por exemplo, com a recepção da LACP, que conferiu legitimidade extraordinária às associações igualmente para a defesa de direitos transindividuais, como também com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, que permitiu a substituição não apenas dos filiados nas ações para tutela de direitos individuais homogêneos. O art. 2º-A, assim, em vez de interpretar de forma autêntica o art. 5º, XXI, da Constituição, revogou, naquilo que dispõe, o Código de Defesa do Consumidor, restaurando **em parte** a disciplina constitucional relativa à legitimidade das associações para a defesa de direitos individuais homogêneos dos associados.

Diz-se “em parte” porque o art. 2º-A, além de restaurar a legitimação extraordinária das associações para defenderem direitos individuais homogêneos **somente** dos filiados, reduziu o universo de substituídos aos “que tenham, na data de propositura da ação, domicílio no âmbito de competência territorial do órgão prolator”. Releva, nesse passo, distinguir que, embora o art. 2º-A tenha reduzido o alcance da **legitimação** dada pelo Código de Defesa do Consumidor às associações, não a restringiu em relação ao que previra a Constituição. As associações continuam, como dispõe o texto constitucional, legitimadas para a defesa em nome próprio do direito de **todos** os seus associados. O detalhe é que, no atual marco normativo, a associação terá de, eventualmente, ingressar com mais de uma ação coletiva para tutelar o direito individual homogêneo de todos os seus associados, se seus domicílios não estiverem compreendidos no âmbito de competência territorial de um único órgão jurisdicional.

O parágrafo único do art. 2º-A, outrossim, renovou a exigência, constante do art. 5º, XXI, da Constituição, de que os associados **expressamente** autorizem a associação a agir na defesa de

24 “Art. 5º [...] XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.”

25 Conquanto no art. 5º, XXI, da Constituição, empregue-se a expressão **representar**, a garantia ali prevista seria inútil se compreendida como mera autorização para a associação atuar como **representante** processual. O que a Constituição garante às associações é, na verdade, legitimação extraordinária para defender, em nome próprio, direito dos associados, desde que presente autorização expressa. Essa é a razão de Celso Ribeiro Bastos (1988-1989, p. 353) entender desnecessária autorização **específica** – o que, no fundo, equivaleria a mandato – e reputar suficiente, para a associação atuar como substituta processual, que a autorização expressa referida na Constituição tenha feições **genéricas**, como a que é dada “por uma reunião dos membros da entidade em Assembléia”. Partindo-se dessa observação a respeito do art. 5º, XXI, da Constituição, torna-se fácil a tarefa de interpretar o parágrafo único do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997. Ao exigir que as associações instruem a petição inicial das ações coletivas com a ata da assembleia que autorizou sua atuação judicial e com a “relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”, a norma explícita de que modo se deve dar a autorização expressa referida no dispositivo constitucional, bem como torna possível ao réu da ação coletiva, em eventual e subsequente fase de liquidação e cumprimento, apontar a legitimidade de quem não foi substituído pela associação e/ou não foi atingido pela eficácia subjetiva da sentença coletiva.

seus direitos, requisito esse que havia sido legitimamente dispensado pelo Código de Defesa do Consumidor. Por conseguinte, devem as associações, por força do citado parágrafo único, instruir a petição inicial das ações coletivas com a ata da assembleia que autorizou sua atuação judicial e com a “relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”. Com esta última exigência, os réus da ação coletiva poderão, em eventual fase de liquidação e cumprimento da sentença genérica, discutir se o liquidante/exequente foi ou não abrangido pelos efeitos subjetivos da sentença, ou seja, se ele figura ou não num dos polos da relação de direito material discutida no caso específico.

Por fim, duas exceções à incidência do art. 2º-A, por terem assento constitucional, devem ser mencionadas. Embora consistam em espécies do gênero associações, os sindicatos não substituem apenas seus filiados, mas toda a categoria – na defesa de direitos coletivos *stricto sensu* – e/ou todos os membros da categoria – na defesa de direitos individuais homogêneos. Assim dispõe o art. 8º, III, da Constituição, de maneira expressa: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Além disso, a impetração de mandado de segurança coletivo por associação na defesa de interesses dos associados prescinde de autorização expressa, a teor do art. 5º, LXX, “b”, da Constituição<sup>26</sup>. Em ambas as hipóteses, portanto – ações coletivas propostas por sindicatos e mandados de segurança coletivos por associações –, interpretação conforme a Constituição afasta a incidência do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997.

Vê-se, pois, que o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, se interpretado da forma proposta, não contraria o art. 5º, XXI, da Constituição. O dispositivo legal veio sim para calibrar a regulamentação dada à garantia constitucional, com atenção a advertências feitas, por exemplo, por Celso Ribeiro Bastos (1988-1989, p. 115) e por Egas Moniz de Aragão (*apud* MANCUSO, 2006, p. 250), acerca da necessidade de que haja representação adequada dos interesses coletivizados, evitando-se abuso de personalidade jurídica por parte de associações de fachada e prevenindo-se para que a proteção a direitos coletivos não seja outorgada sem que o interesse contrário seja igualmente posto a salvo do arbítrio, da violência, ou da chantagem.

#### 4 Apreciação pelo Supremo Tribunal Federal do tema 499 da repercussão geral e fixação de tese

À tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do art. 2º-A, da Lei 9.494, de 1997, opõem-se três críticas.

A primeira diz respeito à referência feita à limitação da eficácia subjetiva operada pelo art. 2º-A como se fosse relativa à coisa julgada, e não à sentença. Coisa julgada material, entretanto, conforme exposto acima, é a imutabilidade de que se reveste a norma concreta estabelecida na sentença de mérito transitada em julgado. Da forma como escrita, a tese fixada pelo Supremo pode dar a entender que a imutabilidade da sentença somente alcança os filiados da associação autora residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, sugerindo que a sentença proferida lançaria seus efeitos também sobre os não filiados ou sobre os filiados residentes fora do âmbito de jurisdição do órgão prolator, mas que esses poderiam rediscuti-la a qualquer tempo, por não estarem abrangidos pela imutabilidade da sentença.

---

26 “Art. 5º [...] LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

Tomar-se a eficácia da sentença como se fosse eficácia da coisa julgada, ademais, pode ensejar a indevida aplicação do art. 2º-A em processo cuja sentença tenha sido proferida antes da entrada em vigor do dispositivo, mas que ainda tenha recurso pendente de apreciação. Isso ocorre porque as normas processuais, ao entrarem em vigor, alcançam os atos processuais pendentes<sup>27</sup> e, se os efeitos de sentença já prolatada não podem ser coartados por lei posterior, sob pena de ofensa às garantias do ato jurídico perfeito e do direito adquirido processual, a coisa julgada, que é efeito atribuído pela lei ao trânsito em julgado da sentença de mérito<sup>28</sup>, pode, em tese, ser ampliada ou reduzida por lei, enquanto estiver pendente o processo.

Na parte em que se reporta aos efeitos da coisa julgada, logo, a tese fixada pelo Supremo deve ser compreendida como se fizesse referência aos efeitos principais da sentença. Essa interpretação não se choca com o precedente firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 612.043, que gerou a tese, já que, da leitura do acórdão, é possível verificar que os ministros se valem indistintamente das duas expressões para designar o mesmo fenômeno.

Uma segunda crítica possível concerne à confusão entre *domicílio*, expressão contida no dispositivo legal, e *residência*, termo usado na redação da tese. Ocorre que há pessoas naturais cujo domicílio não corresponde, necessariamente, ao lugar onde tenham residência habitual, como os servidores públicos (art. 76, parágrafo único, do Código Civil). Pessoas jurídicas, por sua vez, conquanto não tenham *residência*, têm domicílio (art. 75 do Código Civil). Assim, para se delimitar a extensão da eficácia subjetiva da sentença, deve-se considerar o domicílio, e não a residência, sob pena de alteração substancial no conteúdo da norma legislada. Também quanto a isso, pelo que se extrai do acórdão que julgou o Recurso Extraordinário nº 612.043, a escolha do termo foi puramente acidental, não tendo sido objeto de debates.

Terceira e última censura se faz em virtude de ter-se declarado a constitucionalidade do dispositivo legal de forma genérica, sem que se tenha excluído de sua incidência ações coletivas ajuizadas por sindicatos, que substituem não apenas seus filiados, mas toda a categoria. A utilização da expressão *rito ordinário*, por outro lado, parece ter tido por escopo evitar a aplicação do dispositivo em mandado de segurança coletivo, que não exige, para sua impetração, autorização expressa dos filiados da associação autora. Importa destacar que, embora as duas exceções tenham sido reconhecidas noutras oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal<sup>29</sup> e apontadas no próprio

27 Extrai-se do art. 1.046 do Código de Processo Civil, segundo o qual as disposições do código aplicam-se desde logo aos processos pendentes, que se adotou o sistema do isolamento dos atos processuais, em que a lei nova não atinge os atos processuais já praticados nem seus efeitos.

28 Muitas vezes incompreendido nesse aspecto, entendeu Pontes de Miranda (1974, p. 138), a nosso ver com razão, que “a imutabilidade que caracteriza a coisa julgada material é efeito atribuído à coisa julgada [formal]. A imutabilidade da sentença como ato de prestação da tutela jurídica que o Estado prometera e cumpriu é a coisa julgada, dita por isso formal. A coisa julgada material é a eficácia da coisa julgada [formal] consistente em não se poderem mudar os seus efeitos”.

29 Vejam-se, a propósito, as seguintes ementas de acórdãos:

“MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO. COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO EM DECORRÊNCIA DA EXTINÇÃO DA REPRESENTAÇÃO CLASSISTA NA JUSTIÇA LABORAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 24/99. VAGAS DESTINADAS A ADVOGADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CRITÉRIO DE PROPORCIONALIDADE. 1 - Legitimidade do Presidente da República para figurar no polo passivo do writ, tendo em vista ser ele o destinatário da lista triplíce prevista no § 2º do art. 111 da Constituição Federal, visando ao provimento dos cargos em questão. Precedente: MS nº 21.632, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 2 - Não aplicação, ao mandado de segurança coletivo, da exigência inscrita no art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, de instrução da petição inicial com a relação nominal dos associados da impetrante e da indicação dos seus respectivos endereços. Requisito que não se aplica à hipótese do inciso LXX do art. 5º da Constituição. Precedentes: MS nº 21.514, rel. Min. Marco Aurélio, e RE nº 141.733, rel. Min. Ilmar Galvão. 3 - Composição do Tribunal Superior do Trabalho. Proporcionalidade. Emenda nº 24/99. Artigos 111, § 1º, 94 e 115, caput da Constituição Federal. Por simetria com os TRFs e todos os demais tribunais de grau de apelação, as listas triplíces deverão de ser extraídas das listas sextuplas encaminhadas pelos órgãos representativos de ambas as categorias, a teor do disposto no art. 94, in fine. A regra de escolha da lista triplíce, independentemente de indicação pelos órgãos de representação das respectivas classes é restrita aos tribunais superiores (TST e STJ). Não procede a pretensão de aplicar aos Tribunais Regionais do Trabalho a regra especial de proporcionalidade estatuída pelo § 1º do art. 111 da Constituição, alusiva ao Tribunal Superior do Trabalho. Segurança denegada (grifo nosso).” (MS 23769, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2002, DJ 30-04-2004 PP-00033 EMENT VOL-02149-07 PP-01231 RTJ VOL-00191-02 PP-00519).

“PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da

juízo do Recurso Extraordinário nº 612.043 pelo Ministro Gilmar Mendes, apenas a segunda foi excepcionada na forma como escrita a tese.

Afora essas três ressalvas, reputa-se a tese adequada. Seu texto refere-se, como exige o art. 2º-A, somente às ações coletivas propostas para a tutela de direitos individuais homogêneos, que, por serem divisíveis, admitem cisão do provimento jurisdicional entre todos os potenciais substituídos do ente legitimado.

Durante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 612.043, vale ainda ressaltar, debateu-se se a Constituição imporia que as Associações atuassem como meras representantes processuais. Alguns ministros, como o relator Marco Aurélio, entenderam que sim, abraçando interpretação literal e restritiva do art. 5º, XXI, bem como alheia ao entendimento de que as garantias fundamentais constituem pauta mínima, passível de ampliação pelo legislador ordinário. Entretanto, conforme esclareceu o próprio relator nas discussões orais em torno da proposta de tese, “o descompasso quanto à qualificação: substituta ou representante” não foi matéria devolvida ao conhecimento do tribunal. Examinou-se e decidiu-se no precedente, apenas, para usar termos empregados pela Ministra Rosa Weber, a “legitimidade da adoção de marco temporal relativamente à filiação de associado para efeito da execução de sentença proferida em ação coletiva de rito ordinário, ajuizada por associação civil”.

Finalmente, na parte final de seu texto – a única pretensamente vinculativa dos demais órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário<sup>30</sup> –, a tese descortina a *ratio essendi* do parágrafo único do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, explicitando que a sentença “somente alcança os filiados, residentes [sic] no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica [rectius: nominal] juntada à inicial do processo de conhecimento”, tudo segundo já se explanou no tópico anterior.

## Considerações finais

O Supremo Tribunal Federal, ao fixar tese sobre a aplicabilidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997 – dispositivo que limita a eficácia subjetiva de sentenças proferidas em ação coletiva proposta por associação para a tutela de direito individual homogêneo –, empregou os termos **coisa julgada** e **residência** para, respectivamente, referir-se a **sentença** e **domicílio**, vocábulos constantes do dispositivo legal.

As palavras, no entanto, não são intercambiáveis.

Enquanto a coisa julgada é o efeito de imutabilidade atribuído por lei à norma concreta estabelecida na sentença para as partes do litígio, a sentença, no sentido empregado pelo art. 2º-A, é a própria norma concreta. O legislador, ao fixar hipóteses de substituição processual, considerando a real representatividade do substituto e a possibilidade de ele defender com efetividade os direitos em litígio, pode limitar o universo de pessoas substituídas e, por consequência, a eficácia subjetiva da norma concreta dada em ação coletiva. Não seria minimamente razoável, contudo, que ele

Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.” (RE 210029, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2006, DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007 PP-00025 EMENT VOL-02285-05 PP-00900).

<sup>30</sup> Diz-se “pretensamente” porque algumas das espécies de precedentes jurisdicionais vinculantes previstos no art. 927 do Código de Processo Civil, a exemplo de acórdão em julgamento de recurso extraordinário repetitivo, não têm previsão constitucional. Alguns doutrinadores, como Cassio Scarpinella Bueno (2015, p. 567-568) e Nelson Nery Jr. (2016, p. 1962-1964), veem, aí, flagrante ofensa ao princípio da separação dos poderes.

limitasse subjetivamente a coisa julgada, ou seja, que ele tornasse a norma concreta produzida em ação coletiva imutável somente para alguns dos substituídos e mutável para outros.

A limitação subjetiva dos efeitos da sentença aos associados domiciliados numa determinada região também não equivale à limitação daqueles efeitos aos associados que residem na região. Como se aclarou, pessoa jurídica não tem residência, de modo que o equívoco terminológico terminaria por excluir a possibilidade de associações tutelarem coletivamente direitos individuais homogêneos de sociedades empresárias, fundações, partidos políticos e outros.

Além da imprecisão vocabular, explanou-se que faltou na tese ressalva da hipótese em que o próprio Supremo entende não existir limitação subjetiva dos efeitos da sentença, mesmo quando a ação coletiva é proposta por associação, para a defesa de interesses individuais homogêneos, sob o rito ordinário. Trata-se daquela ajuizada por sindicato, espécie do gênero associação, mas que pode substituir toda a categoria numa mesma ação, e não apenas os sindicalizados domiciliados no âmbito de jurisdição do órgão prolator da sentença.

As falhas identificadas na tese, todavia, referem-se a questões não devolvidas pelo Recurso Extraordinário nº 612.043 ao exame do Supremo. O que em verdade se decidiu na assentada e teria de ser seguido pelos demais órgãos jurisdicionais relaciona-se à aplicação de norma implícita no parágrafo único do art. 2º-A: segundo o Supremo, o dispositivo estabeleceria que a sentença só alcança os associados, domiciliados no âmbito de jurisdição do órgão prolator, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação nominal juntada à inicial do processo de conhecimento.

A fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que, à vista do precedente em que firmada, limitada a apenas um dos aspectos que tem ensejado divergência de aplicação o art. 2º-A, não deixa de trazer certo alento à comunidade jurídica, que contará, agora, nessa particularidade, com um *minimum minimorum* de previsibilidade, segurança e isonomia jurídicas.

Espera-se, ao cabo, que o presente trabalho sirva de orientação aos sujeitos envolvidos na interpretação e aplicação da tese fixada e, mais amplamente, do dispositivo legal a que ela se refere e ao art. 16 da LACP.

## Referências

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

BRASIL. **Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)**. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 12/07/18.

\_\_\_\_\_. **Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990)**. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em 12/07/18.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 12/07/18.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)**. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 12/07/18.

\_\_\_\_\_. **Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943)**. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 12/07/18.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12/07/18.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm)>. Acesso em: 12/07/18.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997**. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9494.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9494.htm)>. Acesso em: 12/07/18.

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória nº 1.570, de 21 de agosto de 1997**. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/1996-2000/1570.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1996-2000/1570.htm)>. Acesso em: 12/07/18.

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001**. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/2180-35.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2180-35.htm)>. Acesso em: 12/07/18.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 4. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil: tutela jurisdicional individual e coletiva**. Salvador: Jus Podivm, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V. São Paulo: Forense, 1974.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 612.043**. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-229 DIVULG 05-10-2017 PUBLIC 06-10-2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A causa de pedir e os interesses individuais homogêneos. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords). **Causa de Pedir e Pedido no Processo Principal – Questões Polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil, 2002, p. 191-234.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

# A Ineficiência do Poder Judiciário como um Fator de Estímulo ao Descumprimento dos Contratos: reflexões à luz da análise econômica do direito

Victor Guedes Trigueiro\*

*Introdução. 1 Panorama sobre a análise econômica do direito. 2 A análise econômica dos contratos de Cooter e Ulen. 3 A ineficiência do Poder Judiciário no Brasil. Conclusão.*

## Resumo

O presente artigo busca, a partir da teoria econômica dos contratos de Cooter e Ulen, analisar se a ineficiência do Poder Judiciário pode gerar um cenário de desestímulo ao cumprimento dos contratos. Os referidos autores, ao trabalharem o tema, levam em consideração a executabilidade dos contratos perante o Poder Judiciário como um elemento persuasório importante, a garantir a expectativa positiva de seu cumprimento voluntário. No entanto, não consideraram como variável a ineficiência do Poder Judiciário, que pode gerar externalidades negativas. A análise quanto à ineficiência do Judiciário será apresentada na forma de dados publicados pelo Relatório Anual Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, bem como através de estudo promovido pelo Banco Mundial. Para demonstrar o pretendido, serão utilizados instrumentos teóricos inerentes à economia e à teoria dos jogos. Ao final, pretende-se apresentar soluções legislativas ou administrativas, que objetivaram promover a eficiência na prestação jurisdicional, com vistas a concretizar o direito fundamental à prestação jurisdicional célere e garantir um cenário favorável ao cumprimento dos contratos.

**Palavras-chave:** Judiciário. Eficiência. Contratos. Economia.

---

\* Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Advogado da União. Diretor do Departamento de Acompanhamento Estratégico da Secretaria-Geral de Contencioso/AGU. Professor de Direito Processual Civil da Graduação e Pós-Graduação do IDP, Instituto Brasiliense de Direito Público. Membro-Fundador e Diretor Financeiro da Associação Brasiliense de Direito Processual Civil (ABPC).

## *Judiciary's inefficiency as an incentive to breach of contracts: reflections under law and economics*

### *Abstract*

*The Judiciary Inefficiency as an Impulse to Breach of Contract: reflections under Law and Economics. This article examines if the Brazilian Judiciary inefficiency creates a discouragement scenario for the contracts performance. Such analysis is made under Robert Cooter e Thomas Ulen's Law and Economics contractual approach. Both consider that the executability of contracts before the courts is a positive influence for their performance. However, Judiciary's efficiency is not in their concerns, even though we know they can create negative externalities for the market. The Judiciary efficiency data examined was provided by Brazilian's Nacional Council of Justice and by the World Bank. To show that an inefficient Judiciary can reduce market's trust, economical concepts will be used. At the end, some legislative and administrative solutions will be pointed out. Solutions created with the aim of speeding the conclusion of lawsuits, assuring a best scenario for contracts implementation in Brazil.*

**Keywords:** Judiciary. Efficiency. Contracts. Economy.

### **Introdução**

O serviço jurisdicional praticado pelo Poder Judiciário no Brasil é ineficiente. Esse fato é inegável. Levantamentos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, que serão abordados em capítulo próprio deste artigo, demonstram, através de dados, algo que a comunidade jurídica e a população de uma forma geral já sabiam: temos uma máquina judicial lenta, ineficaz e cara (GICO JR., 2014, p. 2), que não cumpre a contento a sua missão constitucional.

Dados extraídos de relatórios produzidos pelo Banco Mundial<sup>1</sup> procuram relacionar a eficiência de um sistema jurídico e a sua propensão para a realização de negócios<sup>2</sup>. Pretende-se analisar se e em que medida a ineficiência do Poder Judiciário gera um ambiente de desestímulo ao cumprimento voluntário dos contratos. A análise econômica do direito e a teoria econômica dos contratos de Cooter e Ullen serão utilizadas como fundamento.

Várias razões podem ser determinantes para se chegar à conclusão a que se pretende. Excessiva "independência" dos magistrados, amplo e descontrolado acesso à assistência judiciária gratuita, desnecessidade de patrocínio por advogado em juizados especiais e Justiça do Trabalho, custas relativamente baratas, ausência de uma cultura de conciliação, mão de obra pouco qualificada e numericamente insuficiente, são exemplos. Apesar de importantes, a análise dessas razões não será objeto deste trabalho.

A ineficiência do sistema judicial brasileiro não passou despercebida pelo legislador constituinte nem pelo legislador ordinário, que envidaram esforços nas últimas duas décadas para propor soluções legislativas<sup>3</sup> que pudessem de alguma forma contribuir para a melhoria desse cenário.

---

<sup>1</sup> Relatório "Doing Business – 2018", disponível em <http://portugues.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts>.

<sup>2</sup> Para Oliveira e Garoupa (2005, p. 251), o sistema jurídico brasileiro tem estado sob pressão em razão de sua falta de eficácia. Por exemplo, a qualidade do sistema judicial tem sido documentada pelo Banco Mundial como não propícia para o crescimento econômico.

<sup>3</sup> Segundo Gico Jr. (2014, p. 2), "procedimentos foram simplificados, juizados especiais foram criados, defensorias públicas montadas, competências constitucionais alteradas e o acesso aos serviços públicos adjudicatórios continua sendo restrito e a morosidade judicial um problema nacional".

Do ponto de vista constitucional, a Emenda Constitucional nº 45 alçou a nível de direito fundamental a duração razoável do processo, seja ele administrativo ou jurisdicional. Trata-se do art. 5º, LXXVIII, que assim dispõe: “Art. 5º - LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 1988)

Naturalmente, a exigência constitucional não é capaz, por si só, de transformar o processo judicial brasileiro, moroso e ineficiente, em um processo judicial efetivamente capaz de solucionar as lides a tempo e modo. Cumpre ao legislador ordinário, e também ao próprio Poder Judiciário, agirem.

Do ponto de vista legislativo, há iniciativas no campo do direito processual civil, que demonstram a preocupação do legislador com a criação de mecanismos processuais voltados à abreviação, do ponto de vista cronológico, do processo.

Reformas foram realizadas ainda na vigência no Código de Processo Civil de 1973, visando encurtar procedimentos, restringir o uso de recursos, possibilitar julgamentos monocráticos em recursos repetitivos. Novos procedimentos foram criados, como o sistema dos juizados especiais, que, no papel, pretendiam conferir ao jurisdicionado um processo mais célere, o que efetivamente não aconteceu.

Veio então o Código de Processo Civil de 2015, que, reconhecendo a difícil situação enfrentada pelo Poder Judiciário, buscou na eficácia vinculante dos precedentes e no estímulo à mediação e à conciliação uma saída para o problema.

No campo administrativo, o Poder Judiciário, especialmente via Conselho Nacional de Justiça, tem adotado medidas em prol da melhoria do serviço jurisdicional. O regime de metas, a crescente virtualização dos processos e também a simples preocupação com os dados do Poder Judiciário demonstram o intuito de estimular a eficiência na prestação da jurisdição.

Cumpre-nos, portanto, feita essa reflexão inicial, analisar a teoria econômica dos contratos de Cooter e Ullen, para, a partir dela, entendermos a relação que existe entre a morosidade do Poder Judiciário e o estímulo ao cumprimento dos contratos. Segundo Ribeiro e Campos (2013, p. 37):

O Poder Judiciário é uma organização jurídica fundamental ao desempenho econômico, na medida em que é um dos principais responsáveis por garantir a propriedade, o cumprimento dos contratos e conferir segurança jurídica e previsibilidade às relações de cunho econômico. Sendo assim, é importante que os institutos processuais que impactam na atuação do Poder Judiciário sejam examinados também sob a perspectiva econômica, de modo a verificar sua correspondência com a função econômica do instituto.

Para Silveira (2007, p. 88):

O Judiciário aparece como um componente importante justamente por ser uma instituição que promove, pela sua atuação, garantias. Para o empresariado, as principais garantias são: a observância do princípio *pacta sunt servanda*, que quer dizer que os contratos deverão ser cumpridos; a proteção aos direitos de propriedade, especialmente a propriedade intelectual (que abrange marcas, patentes e descobertas científicas) pela razão óbvia de que parte do lucro é investida nesse setor, como observado acima; o controle dos abusos por parte do Governo na implementação e condução de sua política econômica, e também nas concessões e permissões de serviços, do qual detém o controle regulamentar por meio das agências reguladoras; a rapidez com que vai solucionar contendas que envolvam essas garantias.

Urge perceber a relação que existe entre o direito e a economia, mais especificamente entre o serviço prestado pelo Poder Judiciário e a atividade econômica, e as consequências que um serviço judicial ineficiente acarretam para o mundo dos negócios.

## 1 Panorama sobre a análise econômica do direito

A análise econômica do direito é um tema interdisciplinar que reúne dois grandes campos de estudos e facilita um melhor entendimento de ambos. A economia nos ajuda a perceber a lei de uma nova maneira que seja extremamente útil para advogados e para qualquer pessoa interessada em políticas públicas (COOTER; ULEN, 2007, p. 11).

Segundo Roemer (2000, p. 5), “*el derecho y la economia se define como la aplicación de la teoria económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas*”.

As raízes históricas mais modernas da análise econômica do direito remontam aos anos 1950 e 1960, a partir da publicação de trabalhos acadêmicos de Gary Becker (1957), Guido Calabresi (1961) e Ronald Coase (1960). Após as referidas publicações, a análise econômica do direito termina por ganhar espaço desde a Escola de Direito de Chicago, tendo como principal referência o juiz Richard Posner.

A partir dessa expansão, a análise econômica do direito deixa de estar restrita às áreas de antitruste, setores regulamentados, impostos e da determinação de indenizações monetárias (COOTER; ULLEN, 2010 p. 23), passando a ser aplicada a diversos ramos do direito, como a responsabilidade civil, o direito dos contratos, o direito penal, o direito processual, direito internacional, entre outros.

No presente artigo, a abordagem será concentrada no direito civil e no direito processual civil. Isto é, serão abordados, do ponto de vista econômico, a interação entre o direito dos contratos e os serviços adjudicatórios<sup>4</sup>.

A análise econômica do direito, grosso modo, consiste em um mecanismo de interpretação das normas jurídicas a partir da utilização de conceitos classicamente utilizados pela economia<sup>5</sup>. Visa, ao fim e ao cabo, aplicar soluções jurídicas que possibilitem atingir resultados mais eficientes do ponto de vista econômico.

É preciso mencionar que o papel central exercido pela ideia de eficiência por si só perdeu intensidade<sup>6</sup> com o amadurecimento da doutrina da análise econômica, especialmente no que se refere ao posicionamento de Richard Posner, um de seus maiores expoentes.

Segundo Vasquez (1996, p. 152), “*La equidad y la justicia deben prevalecer sobre la eficiencia y el mercado cuando lo que se pone en juego es la autonomia y la dignidad de las personas*”.

Para Salama (2010, p. 1), há pelo menos duas razões teóricas que explicam a razão pela qual o critério de eficiência não pode ser determinante para explicar as vantagens da interpretação do direito pela economia: i) o direito é um sistema baseado em valores de justiça e a maximização de riqueza não é, em si mesma, um valor de justiça. A eficiência e a maximização de riqueza devem ser utilizados como um meio para a obtenção de outros fins humanos; ii) elevar a eficiência à condição

---

4 Termo utilizado por Ivo Teixeira Gico Junior quando se refere aos serviços prestados pelo Poder Judiciário, em, GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A Tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez, 2014.

5 Segundo Ribeiro e Campos (2013, p. 41), o movimento da Análise Econômica do Direito caracteriza-se pelo estudo do fenômeno jurídico a partir dos princípios econômicos, trazendo para o direito noções eminentemente econômicas, tais como eficiência, redução de custos, valor e utilidade.

6 Segundo Salama (2010, p. 1), a economia não pode ser restringir a ser um guia normativo, um horizonte ético para a aplicação do direito. Não se pode transformar o tema da eficiência em paradigma de justiça. A eficiência não pode ser a condição de fim do direito.

de horizonte ético esbarra nos problemas clássicos da economia política, dentre os quais destaca-se a determinação sobre o que seja valor econômico, qual sua relação com o bem-estar humano, se a eficiência deve ser mensurada pelo critério paretiano ou de maximização total da riqueza e por fim, se consideraremos eficiência estática ou eficiência dinâmica.

Arremata o referido autor, ao afirmar que (2010, p. 6): “O ponto central da análise econômica do direito não é saber se a eficiência pode ser igualada à justiça; ela não pode. A questão é pensar como a busca da justiça pode ser beneficiar do exame de prós e contras, dos custos e benefícios”.

O próprio Richard Posner, que defendeu durante anos a manutenção de seu critério de justiça baseado na maximização de riqueza da sociedade, terminou por rever a sua posição após as críticas de Ronald Dworkin, colocando-a como um dos valores a serem sopesados quando da interpretação do direito (SALAMA, 2008, p. 8).

Com efeito, a mudança de posicionamento adotada por Richard Posner o colocou numa posição intermediária, influenciada por valores utilitaristas, consequencialistas e pragmáticos. Na prática, o protagonismo da noção de eficiência e maximização de riqueza perdeu força, cedendo a outros valores, tão importantes quanto a eficiência, dentre os quais, destaca-se a noção de justiça.

Naturalmente, a influência de outros fatores não diminui ou torna desnecessário que o direito busque comportamentos eficientes. Em razão disso, mantém-se útil e necessária a interpretação do direito sob uma perspectiva econômica, ainda que seja para confrontá-la com outras experiências<sup>7</sup>.

Para a corrente da *Law and Economics*, a teoria da “escolha racional”<sup>8</sup>, como um modelo de comportamento humano considerado como padrão do homem médio (*homo economicus*), em um mundo de recursos limitados, passou a ocupar posição de destaque na interpretação do direito. Segundo Posner (2010, p. XII):

Desde a publicação das obras de Jeremy Bentham, no século XVIII, existe uma corrente da ciência econômica que concebe a economia não como o estudo de fenômenos econômicos particulares, mas como a teoria das escolhas racionais, de como os seres racionais moldam seu comportamento em face dos incentivos e restrições que nem sempre tem uma dimensão monetária.

Entretanto, a teoria das escolhas racionais, base da análise econômica do direito, deixou de ser encarada como um dogma absoluto, tendo ganhado proeminência outras teorias acerca da tomada de decisões (FERREIRA FILHO, 2017, p. 42).

Richard H. Thaler, recentemente agraciado com o Prêmio Nobel da Economia, relativiza o dogma do comportamento racional, ao refletir a respeito de influências psicológicas do comportamento humano<sup>9</sup> que o afastam de posições reconhecidamente racionais.

Segundo Jolls, Sustain e Thaler (1998, p. 1476), as pessoas exibem limitações ao comportamento racional, que podem ser classificadas como: *bounded rationality*, *bounded self-interest* e *bounded wilpower*. Portanto, comportamentos racionais podem não ser observados na prática, em razão das limitações acima mencionadas.

---

7 Para Salama (2010, p. 5), nada disso invalida a possibilidade de que o profissional ou estudioso do direito se valham de contribuições da econômica. Muito pelo contrário. Parece-me que a economia seja, no mínimo, uma ferramenta crítica imprescindível nos dias de hoje. Em particular, a economia ilumina a relação entre meios jurídicos e fins normativos.

8 Para a teoria econômica clássica, a conduta individual é pautada pela avaliação racional de benefícios e prejuízos que podem decorrer da ação ou omissão, de modo que, ao se deparar com mais de uma escolha, o homem avaliará e escolherá a opção que lhe for mais benéfica.

9 Segundo Jolls, Sustain e Thaler (1998, 1476), “the task of behavioral law and economics, simply stated, is to explore the implications of factual (not hypothesized) human behavior for the law. How do ‘real people’ differ from *homo economicus*? We will describe the differences by stressing three important ‘bounds’ on human behavior, bounds that draw into question the central ideas of utility maximization, stable preferences, rational expectations, and optimal processing of information. People can be said to display, bounded rationality, bounded wilpower and bounded self-interest”.

Há ainda outro campo, ainda incipiente, a Neuroeconomia, explorada por Robert Shiller, da Universidade de Yale, que busca identificar a explicação para o comportamento humano a partir do funcionamento do cérebro.

A despeito dos questionamentos teóricos apontados, a escolha racional ainda exerce posição de influência na literatura de *Law and Economics*.

Do ponto de vista econômico, o ser humano tende a atuar com o objetivo de maximizar as suas utilidades. Nessa medida, as normas devem ser criadas/interpretadas levando-se em consideração os estímulos/desestímulos que elas provocam no comportamento humano. Segundo Forgioni (2005, p. 248):

As normas jurídicas nada mais são que incentivos ou não incentivos a que os agentes econômicos atuem de determinada forma. A sanção é simplesmente um preço que será valorado pelo agente econômico conforme a lógica do custo/benefício de seus possíveis comportamentos.

Sendo assim, segundo Pinheiro e Saddi (2005, p.13):

As normas jurídicas consubstanciam comandos que se prestarão como indutores dos comportamentos individuais, por meio de estruturas de estímulo e desestímulo. Pode-se afirmar que, de uma maneira geral, o Direito influencia a conduta das pessoas valendo-se tanto de instrumentos de sanção como de instrumentos de caráter premial.

Segundo Cooter e Ulen (2010, P. 25), a economia ofereceu uma teoria científica que prevê os efeitos das sanções legais no comportamento. Ainda segundo os autores, a economia oferece uma teoria comportamental para prever como as pessoas responderão às normas (COOTER; ULEN, 2007, p. 25).

Reflexões sobre custo-benefício, custos de transação, externalidades, entre outros, moldaram a análise econômica do direito, que passou a se utilizar desses conceitos para interpretar normas jurídicas postas – análise econômica do direito positiva, bem como para projetar soluções futuras adequadas para regulação do comportamento humano – análise econômica do direito normativa<sup>10</sup>.

A ideia de custos de transação<sup>11</sup> é fundamental para o Teorema de Coase, segundo o qual o uso eficiente de recursos não depende da atribuição de direitos de propriedade em situações nas quais os custos de transação são iguais a zero<sup>12</sup>. Sendo assim, a legislação pode incentivar os negócios jurídicos a partir de normas que reduzam os custos de transação.

Considerando-se, no entanto, que a anulação dos custos de transação é algo utópico, entra em ação o teorema normativo de Coase<sup>13</sup>, segundo o qual a função das normas<sup>14</sup> seria lubrificar as negociações<sup>15</sup>, reduzindo os custos de transação para a realização de negócios jurídicos. Para Forgioni (2005, p. 243):

---

10 Segundo Roemer (2010, p. 12), “la distinción entre análisis económico positivo y normativo del derecho, entre explicar el mundo tal cual es y tratar de cambiarlo para hacerlo mejor, es básica para la comprensión del movimiento del derecho y la economía”.

11 Cooter e Ulen (2010, p. 105) desmembram os custos de transação em 3 etapas: i) custos da busca para a realização dos negócios; ii) custos da negociação; e iii) custos do cumprimento do que foi negociado.

12 Cooter e Ulen (2010, p. 108).

13 Estructure a lei de modo a remover os impedimentos aos acordos privados, cf., Cooter e Ulen (2007, p. 110).

14 Diante da impossibilidade de eliminação dos custos de transação, o papel do direito – das instituições jurídicas – volta-se à redução dos custos envolvidos nas relações econômicas (RIBEIRO; CAMPOS, 2013, p. 45).

15 Segundo Cooter e Ulen (2010, p. 111), um objetivo jurídico importante é lubrificar as negociações privadas diminuindo os custos de transação.

Um dos pilares sobre os quais se funda a AED liga-se à verificação de que o incremento do grau de segurança e de pre-visibilidade proporcionado pelo sistema jurídico leva ao “azeitamento” do fluxo de relações econômicas. Em outras palavras, os mercados funcionam de forma mais eficiente se ligados a um ambiente institucional estável, no qual os agentes econômicos podem calcular, isto é, razoavelmente prever o resultado de seu comportamento e o daqueles com quem se relacionam.

Dentro desse cenário, sob o influxo dos conceitos acima trabalhados, será analisada, a seguir, a teoria econômica dos contratos de Cooter e Ulen, para em seguida, demonstrar que a ineficiência do Poder Judiciário gera externalidades negativas<sup>16</sup> para o cumprimento dos contratos e que a legislação processual pode servir como uma espécie de “lubrificante”, reduzindo os custos de transação na terceira etapa mencionada por Cooter e Ulen.

## 2 A análise econômica dos contratos de Cooter e Ulen

A análise econômica do direito aplicada aos contratos nada mais é do que o esforço intelectual de aplicar o ferramental das ciências econômicas às relações jurídicas contratuais, visando extrair dessas relações um resultado eficiente, promovendo um cenário favorável ao cumprimento voluntário dos contratos.

Conforme visto, essa análise pode ser feita do ponto de vista positivo, através da análise das normas que atualmente regem o direito contratual, buscando identificar se elas incentivam as partes a entabularem contratos e a cumprirem-nos voluntariamente. Pode ainda ser feita do ponto de vista normativo, adotando-se uma postura legislativo-reformadora, visando atingirmos os fins econômicos a que os contratos se prestam.

O tema se reveste de importância ímpar, na medida em que o direito dos contratos é figura essencial para o bom funcionamento da economia (TIMM; GUARISSE, 2014, p. 160). É intuitivo crer que o ser humano não é capaz de produzir tudo que necessita, de modo que o instrumento contratual é ferramenta essencial para que seja possível a troca de bens e mercadorias entre as pessoas, facilitando o acesso aos bens necessários à sobrevivência digna.

Sendo assim, é preciso que as normas que regem as relações contratuais facilitem (lubrifiquem) as relações contratuais, reduzindo os custos de transação (Teorema de Coase) e facilitando a alocação de recursos entre as partes, atribuindo os bens àqueles que mais os valorizam.

Robert Cooter e Thomas Ulen dedicam o capítulo seis do livro *Law and Economics*, para desenvolver o que denominam de teoria econômica do contrato.

A metodologia utilizada pelos autores se repete nos diversos capítulos que compõem o livro, que basicamente tem o objetivo de introduzir o tema da análise econômica em diversas áreas do direito, tais como propriedade, contratos, responsabilidade civil, processo civil e penal. Tal metodologia consiste na apresentação da perspectiva tradicional do tema e, posteriormente, no desenvolvimento de uma teoria econômica.

No capítulo referente aos contratos, os autores buscam construir a teoria econômica dos contratos a partir de dois questionamentos básicos: i) quais promessas deveriam ser executadas?; ii) qual deveria ser o remédio jurídico para a quebra de promessas executáveis? (COOTER; ULEN, 2010, p. 201)

---

<sup>16</sup> Externalidades devem ser concebidas como as consequências de determinado ato econômico, capazes de afetar terceiros estranhos à relação inicial. Serão negativas quando as consequências forem prejudiciais aos terceiros não afetados diretamente com o ato.

Referindo-se à perspectiva tradicional, Cooter e Ulen abordam o fundamento utilizado pelos tribunais dos Estados Unidos para responder às perguntas acima elencadas, qual seja: a teoria da barganha contratual, segundo a qual “a lei deveria fazer cumprir as promessas feitas numa barganha” (COOTER; ULEN, 2010, p. 202).

Relativamente ao primeiro questionamento, Cooter e Ulen concluem, a partir da teoria do Professor Mel Eisenberg, que uma promessa é juridicamente executável se é feita como parte de uma barganha; do contrário, uma promessa não é executável, sendo a barganha um diálogo sobre valor para chegar a um acordo quanto ao preço.

Em outras palavras, a teoria da barganha sustenta que promessas garantidas por contraprestações são executáveis, enquanto que promessas sem contraprestação são inexecutáveis. Verifica-se que essa teoria não explica os contratos com obrigações apenas para uma das partes (doações), que são plenamente executáveis, e também não explica a possibilidade de o Poder Judiciário negar executabilidade a um contrato que opõe contraprestações desproporcionais para um dos lados.

Quanto ao segundo questionamento, a resposta é simples. De acordo com a teoria da barganha, o promissário tem direito ao “benefício da barganha” – ou seja, à vantagem que teria obtido com o cumprimento da obrigação. Em outras palavras, deverá ser indenizado pelos prejuízos sofridos, que podem se revestir da natureza de lucros cessantes ou danos emergentes.

A partir das reflexões acima, Cooter e Ulen demonstram que a teoria da barganha não é uma teoria contratual satisfatória. Prosseguem os autores afirmando que:

Ela é tanto inclusiva demais (ao sustentar a executabilidade de contratos que, pela maioria das outras razões, não deveriam ser executados) quanto inclusive de menos (ao não sustentar a executabilidade de promessas que ambas as partes verdadeiramente querem ver cumpridas). Além disso, a teoria não descreve o que os tribunais efetivamente fazem. Isto é, ela não prediz com exatidão que promessas são juridicamente reconhecidas e quais não o são (COOTER e ULEN, 2010, p. 207).

Concluem, portanto, que a eficiência econômica exige que se faça cumprir uma promessa se tanto o promitente quanto o promissário queiram a executabilidade quando ela foi feita (COOTER; ULEN, 2010, p. 208).

De tudo que foi exposto até o momento, verifica-se que a eficiência dos contratos está relacionada à existência de um cenário que favoreça o seu cumprimento voluntário. Esse cenário pode ser atingido pelo estabelecimento de regras contratuais que estimulem o seu adimplemento.

Essencial, ainda, é dotar o sistema jurídico de uma ferramenta eficiente e capaz de executar os contratos que porventura tenham sido descumpridos. Essa ferramenta é o Poder Judiciário. É ele que, através do monopólio do uso da força, tem a competência para coagir o devedor a cumprir a sua contraprestação na avença ou, caso reste frustrada a contraprestação, ingressar no seu patrimônio jurídico (princípio da responsabilidade patrimonial) para ressarcir o credor dos prejuízos experimentados.

Para exemplificar o papel da executabilidade dos contratos perante o Poder Judiciário no estímulo ao seu cumprimento, Cooter e Ulen utilizam a Teoria dos Jogos<sup>17</sup>, que diz respeito à análise de comportamentos estratégicos em que os tomadores de decisão interagem, sendo que o resultado de suas ações depende também das ações dos outros. Em outras palavras, é a ciência

---

<sup>17</sup> “Game Theory is a set of tools and a language for describing and predicting strategic behavior.” (PICKER, Randal C., The Coase Lecture Series, 1993, Chicago Law School, p. 4)

do comportamento racional em situações em que existe interação, ou interdependência entre os agentes (HILBRECHT, 2014, p. 115).

Através do jogo do agente e do principal<sup>18</sup>, os autores demonstram que os resultados esperados pelos agentes envolvidos na relação contratual são diferentes quando os contratos são executáveis. A executabilidade das promessas incentiva a troca e a cooperação entre as pessoas (COOTER e ULEN, 2010, p. 208).

A figura a seguir demonstra os resultados esperados num cenário em que os contratos não são executáveis, na hipótese em que o primeiro jogador, agente, decidir se irá fazer um investimento equivalente a 1.

Segundo jogador<sup>19</sup>

Primeiro jogador<sup>20</sup>

	Cooperar		Apropriar-se	
	Primeiro jogador	Segundo jogador	Primeiro jogador	Segundo jogador
Investir	0,5	0,5	-1	1
Não investir	0	0	0	0

Nesse cenário, diante da incerteza quanto à executabilidade dos contratos, e prevendo riscos de não cumprimento por parte do segundo jogador (agente ou promitente), o primeiro jogador (principal ou promissário) tende a optar por não investir.

Caso ele invista, assumindo o risco, o comportamento mais provável do segundo jogador é apropriar-se, pois o seu *payoff* é maior.

O cenário altera-se sensivelmente quando os contratos são executáveis, conforme a figura a seguir.

	Cumprir		Quebrar	
	Primeiro jogador	Segundo jogador	Primeiro jogador	Segundo jogador
Investir	0,5	0,5	0,5	-0,5
Não investir	0	0	0	0

Nesse cenário, pode-se concluir que a melhor opção para o primeiro jogador é investir, pois o seu investimento trará um excedente à sua riqueza, ao passo que para o segundo jogador, a melhor opção é cooperar; caso contrário, ele sofrerá prejuízos com a indenização devida ao primeiro jogador.

Em resumo, o confronto entre os cenários acima configurados demonstra, segundo Cooter e Ulen, que:

<sup>18</sup> Segundo (COOTER e ULEN, 2010, p. 209), neste jogo, o primeiro jogador decide se irá colocar ou não um ativo valioso sob o controle do segundo jogador. O primeiro jogador poderia ser um investidor numa empresa, um consumidor que esteja pagando antecipadamente para comprar bens, um depositante num banco, o comprador de uma apólice de seguros ou um expedido de mercadorias, para listar algumas possibilidades. Se o primeiro jogador coloca o ativo sob o controle do segundo, este decide se irá cooperar ou se apropriar. A cooperação é produtiva. A produtividade poderia tomar a forma do lucro proveniente de um investimento, do excedente resultante do comércio ou dos juros decorrentes do empréstimo. As partes dividem o produto da cooperação entre elas, de modo que ambas se beneficiam. A apropriação é redistributiva. A redistribuição beneficia o segundo jogador às expensas do primeiro.

<sup>19</sup> Principal ou promissário.

<sup>20</sup> Agente ou promitente.

A primeira finalidade do direito contratual é possibilitar que as pessoas convertam jogos com soluções ineficientes em jogos com soluções eficientes. (COOTER; ULEN, 2010, p. 211)

Como se pode perceber, as figuras acima demonstram cenários em que a executabilidade dos contratos e a intervenção do Poder Judiciário oferecem a segurança necessária aos agentes de mercado de que eles serão indenizados em caso de descumprimento dos contratos.

É possível, no entanto, imaginar um cenário em que não exista segurança jurídica quanto à efetiva executabilidade do contrato pelo Poder Judiciário. Algumas razões podem ser apontadas: i) tribunais corruptos; ii) legislação dúbia; iii) Judiciário ineficiente.

A ineficiência dos tribunais pode ser observada por diversos ângulos. Os tribunais podem não zelar por uma jurisprudência uniforme, o que gera insegurança jurídica quanto ao resultado dos julgamentos. Essa, infelizmente, tem sido a realidade no Poder Judiciário brasileiro. Não raras vezes, deparamo-nos com decisões judiciais conflitantes, que aplicam entendimentos diversos quanto à mesma matéria de direito.

Essa situação tem consequências nefastas para o próprio funcionamento do Poder Judiciário, especialmente no que se refere à multiplicidade de ações judiciais com o mesmo objeto, e à protelação do encerramento dos processos, pela interposição temerária de recursos.

Pode ainda, ser moroso<sup>21</sup>, burocrático, o que se torna um empecilho para a solução de questões jurídicas que atravancam a conclusão de negócios. Segundo Gico Jr (2014, p. 26):

A incorporação do elemento tempo na condição de litigância ilustra de forma simples como a morosidade judicial reduz a utilidade social do Judiciário. Todo e qualquer grupo que tenha como interesse a expansão de direitos e sua efetividade deve ter na morosidade judicial um de seus piores inimigos. Não importa se nominalmente um determinado grupo é titular ou não de um direito, se o Judiciário for excessivamente moroso ( $t$  for muito grande), o valor presente desse direito tende a zero, ou seja, semelhante à situação de o mesmo grupo não ser titular do direito. No limite, um Judiciário arbitrariamente lento destrói o próprio direito pleiteado.

Segundo Moreira (2015, p. 7):

Os óbices enfrentados pelo Poder Judiciário concernentes à morosidade da jurisdição, na maior parte dos países em desenvolvimento e em transição, prejudicam o desempenho econômico de várias maneiras: estreitam a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e dificultando a exploração de economias de escala.

Prossegue afirmando que:

Especificamente nos negócios jurídicos empresariais, a ineficiência da prestação judicial acaba por ocasionar a diminuição dos investimentos e a utilização do capital disponível e, por fim, diminui a qualidade da política econômica.

Percebe-se que a inclusão da variável eficiência do Poder Judiciário no jogo do agente e do principal acima ilustrado tem o potencial de alterar os estímulos à cooperação entre as partes.

---

<sup>21</sup> Segundo Silveira (2007, p. 147), a importância do tempo na relação processual passou a ser tão grande que hoje a tutela jurisdicional prestada a destempo em um litígio é inefetiva, é uma não tutela. Ou seja, o decurso do tempo aplaca a finalidade da prestação jurisdicional, que é a verdadeira solução da controvérsia.

Ora, na medida em que a indenização é improvável ou, ainda que efetivamente venha a ocorrer, seja atingida em um espaço temporal dilatado, o agente pode adotar medidas economicamente mais rentáveis do seu ponto de vista exclusivo, protelando o cumprimento da sua parte no negócio jurídico entabulado.

Diversos atores que litigam no Poder Judiciário brasileiro notoriamente utilizam-se da morosidade da Justiça para protelar o cumprimento de suas obrigações, mesmo sabendo que são devedores e que o direito não lhes socorre. Instituições financeiras e entes públicos figuram entre os maiores litigantes do país<sup>22</sup> e postergam o cumprimento das suas obrigações, apostando na morosidade do Judiciário.

Portanto, é verdade que contratos são eficientes, conforme defendem Robert Cooter e Thomas Ulen, quando executáveis. No entanto, para além disso, é imprescindível a existência de um Poder Judiciário eficiente, caso contrário, a executabilidade dos contratos não se concretizará no mundo real.

A ineficiência do Poder Judiciário, portanto, é uma externalidade negativa, que aumenta os custos de transação para a realização de negócios jurídicos, em contrariedade ao teorema de Coase, que exige cenários com custos de transação próximos a zero como ideais para o atingimento de resultados eficientes.

### 3 A ineficiência do Poder Judiciário no Brasil

Conforme dito, o Banco Mundial publica anualmente um relatório denominado *Doing Business*<sup>23</sup>, que tem por objetivo avaliar e classificar a aptidão de diversos países espalhados pelo mundo para a realização de negócios. O Brasil foi um dos países pesquisados, e os resultados não são nada animadores.

Entre os diversos itens que são avaliados, consta uma análise sobre o Poder Judiciário, o que por si só já demonstra a importância de um Judiciário eficiente para a configuração de um cenário adequado para a realização de negócios.

De acordo com citado relatório, no item “Execução de contratos”, o Brasil ocupa a posição de nº 47 no *ranking* mundial, atrás de países como Bielorrússia, Butão, Antígua e Barbuda, Azerbaijão, Uzbequistão, entre outros.

Segundo a publicação, a classificação refere-se ao nível de facilidade para a realização de negócios no país. Uma posição próxima ao topo do *ranking* significa que o ambiente regulatório é mais propício para a criação e operação de uma empresa local.

O item “Execução de contratos”, segundo o relatório, mede o tempo e custo para a resolução de disputas comerciais através de um tribunal de primeira instância local. Com base no caso de uma disputa comercial sobre a qualidade de bens vendidos a uma empresa, o Banco Mundial analisa o tempo e o custo, a partir do momento em que o queixoso entra com uma ação até que o pagamento é recebido. Além disso, o índice de qualidade dos processos judiciais avalia se cada economia adota uma série de boas práticas que promovem a qualidade e eficiência do sistema judicial.

É notório que um país como o Brasil, que representa uma das maiores economias do mundo, não pode figurar no *ranking* numa posição modesta como a apontada pelo Banco Mundial. Naturalmente, há externalidades para o mercado.

---

<sup>22</sup> <http://www.gazetadopovo.com.br/justica/estado-congestiona-o-judiciario-no-pais-quem-perde-e-o-cidadao-bkyvzcz1ylmckd5cnu9zuqzr3>

<sup>23</sup> Relatório *Doing Business* – 2018, disponível em <http://portugues.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts>.

Pesquisas sobre a eficiência do Poder Judiciário também são objeto de preocupação do Conselho Nacional de Justiça, que publica anualmente o *Relatório Justiça em Números*.

O referido relatório, segundo a Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministra Carmem Lúcia:

Cumpra o dever deste órgão com o cidadão, cujo direito à informação é constitucionalmente assegurado, sendo também instrumento de conhecimento de dados essenciais para a definição de políticas públicas do Poder Judiciário<sup>24</sup>.

Ainda segundo a Ministra Presidente:

Tem-se, no Relatório, os problemas que precisam ser resolvidos para a prestação da jurisdição em tempo razoável, como constitucionalmente assegurado ao cidadão. Principalmente, busca-se entender em que áreas o Poder Judiciário há de atentar prioritariamente para sua mudança em benefício do jurisdicionado, por ser indiscutível que a tardia prestação jurisdicional é inaceitável.

Verifica-se, de logo, a preocupação da Chefe do Poder Judiciário com o tema celeridade, que nos remete diretamente ao problema central deste artigo, que diz respeito à eficiência do Poder Judiciário.

O primeiro ponto digno de nota é o custo da Justiça no Brasil. Segundo o *Relatório Justiça em Números*, a despesa total do Poder Judiciário no Brasil, no ano de 2017, atingiu impressionantes R\$87 bilhões. Trata-se de valor considerável, que certamente poderia ser diminuído numa grande reforma que envolvesse a alteração da sua estrutura, composta de diversos ramos a partir da matéria enfrentada, especialmente no âmbito federal.

Há outros dados relevantes, todos condensados no tópico da conclusão do relatório. A Justiça brasileira hoje tem em tramitação cerca de 80 milhões de processos, o que representa um aumento de 4,5% ao ano desde 2009, quando os dados começaram a ser pesquisados. Apenas no ano de 2016, cerca de 29,4 milhões de processos ingressaram nos órgãos do Poder Judiciário.

A taxa de congestionamento permanece em níveis altos, com pouca variação desde o ano de 2015, atingindo o percentual de 73%, o que significa que tão somente 27% de todos os processos que tramitaram no Poder Judiciário foram solucionados.

Chama atenção, ainda, o tímido índice de conciliação alcançado pelo Poder Judiciário brasileiro, mesmo considerando-se o estímulo previsto no CPC de 2015. Das 30,7 milhões de sentenças e decisões terminativas, apenas 11% foram homologatórias de acordos. Nesse aspecto, deve-se destacar a atuação da Justiça do Trabalho, que alcançou um índice de 39,7% de conciliações.

No que se refere à questão da morosidade, um dos pontos centrais deste artigo, conforme já dito, reputa-se oportuno transcrever as conclusões a respeito, dado que demonstram o grau de comprometimento da solução de conflitos por intermédio do Judiciário:

A análise do tempo médio de tramitação aponta onde está a morosidade da Justiça: na fase de execução. O tempo médio das sentenças de 1º grau proferidas em 2016, na fase de execução, foi de quatro anos e seis meses. Já as sentenças na fase de conhecimento levaram uma média de um ano e quatro meses da autuação ao julgamento de mérito, o que representa mais de três anos de diferença entre as fases.

---

<sup>24</sup> Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>.

O 2º grau também é mais célere que o 1º grau. No 2º grau, o tempo médio da decisão terminativa foi de nove meses, e no 1º grau, de dois anos e sete meses. Tais diferenças foram observadas em quase todos os segmentos de Justiça.

Na Justiça Estadual, o 1º grau apresentou média de três anos e dois meses e o 2º grau, sete meses. Na Justiça Federal o 1º grau teve média de quatro anos e dois meses e 2º grau, um ano e dez meses. Na Justiça do Trabalho o 1º grau teve média de um ano e o 2º grau, quatro meses. Na Justiça Militar Estadual o tempo médio no 1º grau foi de um ano e no 2º grau, três meses. Já na Justiça Eleitoral a diferença foi menor: três meses no 1º grau e dois meses no 2º grau.

Nos tribunais superiores, o tempo médio até a sentença foi de 11 meses no STJ, um ano e dois meses no TST e oito meses no TSE. Há de se considerar que o volume de processos novos originários nos tribunais superiores e no 2º grau é relativamente baixo (16% no STJ; 0,4% no TST; 2% no TSE; 5% nos TRFs; 3% nos TRTs e 20% nos TJs).

A conclusão acima colacionada revela algo extremamente pertinente para o objeto do presente estudo. O grande gargalo da Justiça é a execução. É aqui que o Poder Judiciário demonstra a sua ineficiência, pois, apesar de apresentar a solução para o caso concreto (fase de conhecimento) em prazo relativamente aceitável, a efetiva concretização do direito material protegido não acontece no tempo adequado.

Ciente dessa dificuldade, não é difícil concluir que os agentes econômicos podem se utilizar da morosidade do Poder Judiciário para não cumprir os seus deveres, visto que o tempo do processo aliado a um custo baixo de manutenção de processos em tramitação gera estímulos para o descumprimento dos contratos.

## Conclusão

A partir da reflexão sobre uma teoria geral da análise econômica do direito e também da análise econômica dos contratos de Cooter e Ulen, fomos capazes de identificar a importância de um Poder Judiciário eficiente para a criação de um cenário favorável à realização de negócios.

A Justiça é o último recurso do cidadão, aquele em que se pode encontrar a proteção do Estado, seja para garantir o cumprimento dos contratos, para fazer valer o seu direito de propriedade. Falhas nos serviços adjudicatórios geram insegurança jurídica, o que é, conforme se demonstrou, prejudicial a uma sociedade de mercado.

Não basta que contratos sejam executáveis, conforme exposto por Cooter e Ulen. A utilização da teoria dos jogos demonstrou que contratos executáveis perante o Estado-Juiz podem converter negócios jurídicos não cooperativos em negócios jurídicos cooperativos, ou seja, em negócios que geram nos contratantes estímulos para o seu adimplemento.

É imprescindível, para além da executabilidade, que o Poder Judiciário seja efetivamente capaz de: i) adotar meios executivos que induzam o adimplemento das obrigações, como a imposição de medidas coercitivas; ii) tornar indene aquele que experimentou prejuízos a partir do descumprimento de determinado contrato, caso os meios executivos coercitivos se mostrem incapazes de solucionar a questão. Essa capacidade gerará nos atores de mercado a segurança necessária para entabular contratos, e a confiança de quem tais contratos serão cumpridos.

A análise dos dados expostos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo relatório *Doing Business* do Banco Mundial revela que o Poder Judiciário no Brasil é ineficiente, e essa ineficiência é um fator de desestímulo ao cumprimento dos contratos, uma externalidade negativa gerada pelo sistema

de Justiça para o mercado. Com efeito, o excessivo acúmulo de processos, um sistema processual favorável a manobras procrastinatórias, e um sistema executivo absolutamente lento e ineficiente são elementos que influenciam no aumento dos custos de transação, tornando os negócios jurídicos mais caros, dado que a insegurança jurídica quanto ao seu cumprimento e quanto a sua execução forçada estão presentes.

Diante dessa constatação, é preciso que o legislador atue para transformar o Poder Judiciário Brasileiro, tornando-o eficiente, célere. O direito processual civil deve servir como um mecanismo de lubrificação do sistema de Justiça, reduzindo os custos de transação e proporcionando um cenário mais seguro para a realização de negócios.

A eficiência na tramitação de processos judiciais e a isonomia do tratamento de questões idênticas podem contribuir decisivamente para que o Brasil se torne mais competitivo, atraindo investimentos e fomentando a realização de negócios no país. Diversas iniciativas legislativas ao longo dos últimos anos e a própria edição do Código de Processo Civil de 2015 demonstram essa intenção. Os precedentes vinculantes e o estímulo à conciliação, pedras angulares do novo código, caminham nesse sentido.

É preciso diminuir essas externalidades, dotando o Poder Judiciário de instrumentos que possibilitem o exercício da sua missão constitucional. O objetivo maior é estimular o ambiente de negócios no Brasil, acelerando assim o crescimento econômico do país.

## Bibliografia

BANCO MUNDIAL. **Doing Business: Economy Profile: Brazil**, 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF : Senado Federal, 1988.

BECKER, Gary. **The Economics of Discrimination**, Chicago, University of Chicago Press, 1957.

C775. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ**, 2017.

CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts**, 70 Yale Law Journal 499 (1961).

COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost**, 3 Law & Economics 1 (1960).

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**; tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. – 5. Ed. – Porto Alegre: Bookman, 2010.

FERREIRA FILHO, Paulo Sérgio. **Ministério Público e a Regularização Fundiária urbana em áreas de preservação permanente: análise econômica e comportamental**, Ed. Lumen Juris: São Paulo, 2017.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 44, n. 139, p. 242-256, jul./set. 2005.

GICO Jr, Ivo. A Tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set/dez. 2014, p. 2.

HILBRECHT, Ronald O. **Uma Introdução à Teoria dos Jogos, em Direito e Economia no Brasil** / Luciano Benetti Timm (org). 2 ed, São Paulo: Atlas, 2014.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; and THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics (1998). **Faculty Scholarship Series**. Paper 1765.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; ADAMI, Mateus Piva. Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial – **Steven Shavell e o Preço do Processo**: notas para uma análise econômica do direito processual, Salvador: Ed. Juspodivm, 2008.

MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. Os reflexos da intempestividade da prestação jurisdicional nos negócios jurídicos empresariais e os fundamentos da análise econômica do direito. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 229-243, abr./jun. 2015.

PICKER, Randal C. **The Coase Lecture Series**, 1993, Chicago Law School.

POSNER, Eric. **Análise Econômica do Direito Contratual**: sucesso ou fracasso? Tradução e adaptação ao direito brasileiro: Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução Anibal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Sucumbência Recursal no novo CPC: uma análise econômica. **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, n. 199, jul. set, 2013.

RODRIGUES NETO, João Maximo. A relevância dos precedentes na análise econômica da litigância. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 36, n. 76, p. 193-215, 2015.

ROEMER, Andre. **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedade Mexicana de Geografia e Estadística y Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **De que Forma a Economia Auxilia o Profissional e o Estudioso do Direito?** EALR, V. 1, nº 1, p. 4-6, jan-jun, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, Justiça e Eficiência**: a perspectiva de Richard Posner, Latin American and Caribbean Law and Economics Association, agosto de 2008.

SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. **A Morosidade no Poder Judiciário e Seus Reflexos Econômicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. **Análise Econômica dos Contratos**, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VASQUEZ, Rodolfo. **Comentarios sobre Algunos Supuestos Filosóficos del Analisis Económico del Derecho**. Texto lido em el primer congreso anual sobre Justicia y Eficiencia, organizado pela asociación mexicana de derecho y economia y el instituto tecnológico autónomo de Mexico, Mexico, D.F., 16 de febrero de 1996.

## **Petição 2602/2018-BCB/PGBC**

Memorial apresentado pelo Banco Central, na Ação Ordinária nº 78565-07.2014.4.01.3400, em curso perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Na manifestação, a Autarquia defende a validade do ato administrativo que indeferiu o pedido da parte autora para constituir corretora de câmbio, em virtude do não adimplemento dos requisitos estabelecidos pelas Resoluções nº 3.040, de 2002, e nº 3.568, de 2008, do Conselho Monetário Nacional.

**Luciana Lima Rocha**

Procuradora do Banco Central

**Ériton Bittencourt de Oliveira Rozendo**

Procurador-Chefe

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA 3ª VARA DA  
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL**

**MEMORIAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL  
(RÉU)**

**AÇÃO ORDINÁRIA Nº 78565-07.2014.4.01.3400**

**AUTORES: AMERICA EXCHANGE TUR AGENCIA DE TURISMO LTDA E OUTROS**

**RÉU: BANCO CENTRAL DO BRASIL**

**ASSUNTO:** Mercado de câmbio. Alteração da regulamentação do Conselho Monetário Nacional. Fiscalização do Banco Central. Agência de turismo. Inobservância aos requisitos estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional para a constituição de corretora de câmbio. Discricionariedade. Pretensão de anulação do ato administrativo do Banco Central que cancelou a autorização da parte autora para operar no mercado de câmbio. Improcedência do pedido.

## I. SÍNTESE DO ANDAMENTO PROCESSUAL

Trata-se de ação ordinária ajuizada pela Agência de Turismo AMERICA EXCHANGE TUR LTDA. e seus sócios controladores, com o fito de obter a declaração de nulidade do ato administrativo consubstanciado na Decisão nº 94/2014-DIORF, de 17 de março de 2014, que indeferiu o pedido da parte autora para constituir corretora de câmbio, em virtude do não adimplemento dos requisitos estabelecidos pelas Resoluções n.º 3.040, de 2002 e n.º 3.568, de 2008, do Conselho Monetário Nacional (CMN).

2. Em 20.II.2014, esse Juízo da 3ª Vara Federal, ao despachar a petição inicial, indeferiu o pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela, por vislumbrar, no caso, a necessidade de contraditório prévio.

3. Após a apresentação da contestação do Banco Central, esse Juízo, de modo fundamentado, entendeu que o cancelamento da autorização dos autores para operar no mercado de câmbio foi devidamente amparado nas Resoluções emanadas do CMN e o respectivo processo administrativo oportunizou o contraditório e a ampla defesa ao administrado. Assim, concluiu, acertadamente, que:

“Nesse sentido, a verossimilhança das alegações do autor, no sentido de que, de fato, preenche as condições impostas pelo réu para atuar no mercado de câmbio, e, a consequente ilegalidade do ato que indeferiu seu pedido, por se tratar de matéria complexa e eminentemente técnica, não pode ser averiguada nesse momento processual, dependendo os autos de maior dilação probatória.”

4. Não resignados, os autores interpuseram o Agravo de Instrumento n.º 0010458-86.2015.4.01.0000, distribuído à 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1). Inicialmente, o Relator entendeu que deveria ser prestigiada a decisão agravada. Posteriormente, no entanto, após os autores efetuarem um pedido de reconsideração, o Relator reviu o posicionamento e deferiu em parte a antecipação dos efeitos da tutela, sob a justificativa de que *“a natureza discricionária do ato administrativo não o toma imune à apreciação judicial, razão pela qual não pode consubstanciar-se em fundamento único para o indeferimento da pretensão antecipatória”*.

5. Assim, foi deferida a suspensão dos efeitos do ato administrativo impugnado para autorizar a parte autora a continuar a operar no mercado de câmbio e taxas flutuantes até a prolação de sentença no feito de origem.

6. Tendo em vista que, na época, não era cabível recurso da decisão do relator que conferiu o efeito suspensivo no Agravo de Instrumento<sup>1</sup>, o Banco Central não recorreu da referida decisão.

7. Conforme será objetivamente demonstrado, no entanto, a autora obteve o indeferimento do seu pedido para constituir sua própria corretora de câmbio, por ocasião do exercício legal de fiscalização do Banco Central, por meio de regular processo administrativo em que foi assegurado o contraditório e a ampla defesa. Na oportunidade, foi realizada a análise técnica de questões fundamentais – a serem detalhadas a seguir – e se constatou o não atendimento aos requisitos da nova regulamentação do mercado de câmbio.

8. Assim, tendo em vista que a AMERICA EXCHANGE TUR é a única agência de turismo que, com base na decisão acima destacada, opera no mercado de câmbio com autorização concedida

<sup>1</sup> “Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (...) III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão. (...) Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.” (CPC/1973)

sob a égide de uma regulamentação já revogada e ao arrepio do novo regramento da atividade (que ela não logrou atender), o Banco Central espera obter uma melhor resolução do caso, com a prolação da sentença por esse douto Juízo monocrático.

## II. HISTÓRICO DE ATUAÇÃO DA AMERICA EXCHANGE

9. A parte autora obteve autorização do Banco Central para atuar no mercado de câmbio de taxas flutuantes em 27.10.1989, a título precário. Nesse contexto, a AMERICA EXCHANGE TUR operou normalmente no lapso temporal em que esteve coberta com a referida autorização.

10. Em 2005, o Banco Central foi cientificado acerca da investigação da parte autora acerca da suposta prática de crimes contra o Sistema Financeiro, especificados nos artigos 16<sup>o</sup> e 22 da Lei 7.492, de 1986, em virtude da Medida Cautelar de busca e apreensão 2005.51.01.503161-1, exarada pela 5<sup>a</sup> Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. A referida ação cautelar criminal teve a liminar deferida diante dos indícios suficientes da materialidade e certeza da autoria dos crimes citados.

11. Em virtude do referido processo e tendo em vista a natureza precária da autorização concedida à AMERICA EXCHANGE TUR para operar no mercado de câmbio, a área técnica do Banco Central vislumbrou a incompatibilidade da credibilidade da Autora com a manutenção da autorização. Assim, com base na Resolução 1.552, de 1988<sup>3</sup>, segundo a qual o Banco Central pode, a qualquer momento, suspender o funcionamento de instituições no mercado de câmbio, foi aberto processo administrativo para verificação dos fatos no âmbito fiscalizatório, o qual culminou com o cancelamento da autorização da AMERICA EXCHANGE TUR para operar no mercado de câmbio.

12. Em virtude da referida decisão, a Autora ajuizou a Ação Ordinária n.º 2839-08.2006.4.01.3400 em face do Banco Central, com o fito de obter a declaração de nulidade do ato administrativo que cancelou sua autorização para operar no mercado de câmbio, sob a alegação de inobservância ao contraditório.

13. Em que pese a natureza precária do ato administrativo impugnado, a autora obteve liminar e, posteriormente, sentença para continuar a operar no mercado de câmbio. Atualmente, aguarda-se o julgamento da apelação pela 5<sup>a</sup> Turma do TRF da 1<sup>a</sup> Região.

14. A referida decisão, no entanto, perdeu a utilidade, uma vez que houve alteração na Regulamentação do mercado de câmbio, de modo que, atualmente, o cancelamento da autorização da autora fundamenta-se em questões diversas, dado que não é mais possível atuar neste ramo apenas como Agência de turismo. O que torna a resolução da presente demanda ainda mais premente ao se considerar que a referida sociedade empresarial não logrou êxito em atender aos requisitos exigidos pela regulamentação vigente.

2 “Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

“Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.”

3 “II – O Banco Central pode, a qualquer momento, suspender o funcionamento do mercado de câmbio de que se trata, alterar os limites, prazos e condições estabelecidos na presente Resolução, bem como admitir outras instituições para operar no Sistema.”

### III. DA REGULAMENTAÇÃO DO MERCADO DE CÂMBIO

15. A Lei 4.595, de 1964, no art. 4º, incisos V e VIII, dispõe que a estrutura e o funcionamento do mercado de câmbio são disciplinados em resolução do Conselho Monetário Nacional, *verbis*:

*“Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: [...] IV - Fixar as diretrizes e normas da política cambial, inclusive quanto a compra e venda de ouro e quaisquer operações em Direitos Especiais de Saque e em moeda estrangeira; [...] VIII - Regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas;”* (destaques acrescidos)

16. A referida Lei atribui ao Banco Central a competência para zelar pelo regular funcionamento do mercado de câmbio, bem como conceder autorização às instituições financeiras para praticar operações de câmbio. Confira-se:

*“Artigo 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: (...) X - conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: (...) d) praticar operações de câmbio, ...”*  
*“Artigo 11. Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil:(...) III - atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio do balanço de pagamentos, ....”*

17. Por conseguinte, no exercício de suas atribuições normativas, o CMN editou a Resolução 1.552, de 1988, que permitia às agências de turismo (hipótese da autora) a realização de operações no mercado de câmbio, *verbis*:

*“I – Às instituições financeiras, às agências de turismo e aos meios de turismo de hospedagem é permitida a realização de operações de câmbio a taxas livremente convencionadas entres as partes, sob as seguintes condições:*

*Credenciamento:*

*- a ser especialmente concedido pelo Banco Central, que estabelecerá, entre outros requisitos, o capital mínimo ou patrimônio líquido necessários;*

*(...)*

*II – O Banco Central pode, a qualquer momento, suspender o funcionamento do mercado de câmbio de que se trata, alterar os limites, prazos e condições estabelecidos na presente Resolução, bem como admitir outras instituições para operar no Sistema.”* (destaques acrescidos)

18. Posteriormente, no entanto, foi editada a Resolução n.º 3.568, de 2008, a qual deixou de contemplar a possibilidade de que as agências de turismo operem no mercado de câmbio. O artigo 2º do referido normativo elenca, de forma absolutamente taxativa, as instituições às quais o Banco Central pode conceder autorização para operar no mercado de câmbio:

*“Art. 2º As autorizações para a prática de operações no mercado de câmbio podem ser concedidas pelo Banco Central do Brasil a **bancos múltiplos, bancos comerciais, caixas econômicas, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, bancos de câmbio, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários e sociedades corretoras de câmbio**”* (destaques acrescidos)

19. A mesma Resolução, por outro lado, previu a possibilidade de atuação de outras pessoas jurídicas (como, por exemplo, as agências de turismo, caso da AMERICA EXCHANGE TUR), mas desde que estejam conveniadas a uma das pessoas jurídicas mencionadas no dispositivo acima citado. *In verbis*:

*“Art. 4º As instituições a que se refere o artigo 2º podem contratar, mediante convênio:*

*I - pessoas jurídicas em geral, para negociar a realização de transferências unilaterais, do e para o exterior, na forma definida pelo Banco Central do Brasil;*

*II - pessoas jurídicas cadastradas, na forma da regulamentação em vigor, no Ministério do Turismo como prestadores de serviços turísticos remunerados, para a realização de operações de compra e de venda de moeda estrangeira em espécie, cheques ou cheques de viagem;*

*III - instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, não autorizadas a operar em câmbio, para realização de transferências unilaterais e compra e venda de moeda estrangeira em espécie, cheques ou cheques de viagem.*

*§ 1º As agências de turismo e os meios de hospedagem de turismo que disponham atualmente de autorização para operar no mercado de câmbio devem adaptar-se ao disposto no inciso II deste artigo no prazo de 360 dias contados da data de publicação desta Resolução.”* (destaques acrescidos).

20. Para as agências de turismo foram, então, abertas duas alternativas. Deveriam elas, para adaptar-se ao novo regramento, no prazo de 360 dias (**ou seja, praticamente um ano!**): (i) celebrar convênios com quaisquer pessoas jurídicas autorizadas a operar no mercado cambial; ou (ii) constituir sua própria corretora de câmbio. Esse último caminho foi o **livremente** escolhido pela parte autora.

21. Desse modo, as agências de turismo que eram autorizadas a operar no mercado de câmbio teriam que se vincular a uma corretora de câmbio ou solicitar autorização para constituição de corretora de câmbio até o dia 29 de maio de 2009 para poder continuar a operar no mercado, sob pena de cancelamento da autorização outrora concedida. O prazo de prorrogação das autorizações foi elástico para o dia 31 de dezembro de 2009, pela Resolução n.º 3.661, de 2008.

22. Após, com o advento da Resolução n.º 3.810, de 2009, as autorizações concedidas às agências de turismo para operarem no mercado de câmbio **foram prorrogadas até que o Banco Central decidisse os pedidos de constituição de corretoras de câmbio vinculadas a agências de turismo.**

23. Ao optar por constituir sua própria corretora de câmbio, a AMERICA EXCHANGE TUR AGENCIA DE TURISMO LTDA., como qualquer outro agente que pretenda operar no mercado financeiro, passou a sujeitar-se ao disposto em outro ato normativo, qual seja, a Resolução n.º 3.040, de 2002, a qual, à época, dispunha sobre:

*“os requisitos e procedimentos para a constituição, a autorização para funcionamento, a transferência de controle societário e a reorganização societária, bem como para o cancelamento da autorização para funcionamento das instituições que específica”.*

24. Tal Resolução fora editada pelo Conselho Monetário Nacional com fundamento no disposto no art. 8º, inciso VIII<sup>4</sup>. Embora tenha sido posteriormente revogada pela Resolução n.º

<sup>4</sup> “Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: [...] VIII - regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas;”

4.122, de 2012, sua aplicação ao caso da Autora decorre da expressa ressalva contida no art. II da norma revogadora, que determinou a sua incidência aos pleitos ingressados no Banco Central até a data de sua publicação.<sup>5</sup>

#### IV. DOS CRITÉRIOS TÉCNICOS E DISCRICIONÁRIOS QUE EMBASARAM O ATO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

25. Como visto, para que uma instituição seja autorizada a operar no mercado de câmbio é necessário observar regras próprias e específicas, editadas pelo Conselho Monetário Nacional. E não apenas isso, tais autorizações devem ser concedidas pelo Banco Central, mediante análise técnica da Autarquia, segundo as diretrizes fixadas pela Lei 4.595, de 1964. A fixação de critérios técnicos, contudo, não repele a existência de critérios altamente discricionários, que, no caso, a lei outorga à autoridade administrativa. Conforme a doutrina especializada:

*“A opção da Administração sobre a concessão da autorização de funcionamento não prescindirá de estudos sobre a viabilidade técnica do negócio, mas ao final, remanescerá certo subjetivismo – certa discricionariedade – na escolha, ciente das limitações das ciências para oferecer resposta objetiva sobre a viabilidade do negócio, em especial em setor sensível da Ordem Econômica, no qual a confiança na reputação da instituição – e, por consequência, na de seus controladores – é um dos principais ativos, sendo certo que, no mercado financeiro, a bancarota de uma instituição tem potencial para abalar a confiança em todo o sistema e ocasionar as chamadas crises sistêmicas”<sup>6</sup>. (destaques acrescentados)*

26. Na situação em análise, o Banco Central indeferiu o pleito da autora de constituição de corretora de câmbio precisamente em virtude do não adimplemento dos requisitos elencados no artigo 5º, inciso II, do Regulamento Anexo à Resolução 3.040, de 2002, do CMN, *verbis*:

“Art. 5º A constituição das instituições referidas no art. 1º submeter-se-á às seguintes condições, cujo atendimento será examinado pelo Banco Central do Brasil:

(...)

II - Apresentação dos seguintes documentos, abrangendo os três primeiros anos de atividade da instituição:

*a) estudo de viabilidade econômico-financeira, que deverá conter, no mínimo:*

- 1. Detalhamento da estrutura organizacional proposta, com clara determinação das responsabilidades atribuídas aos diversos níveis da instituição;*
- 2. Especificação da estrutura dos controles internos, evidenciando mecanismos que garantam adequada supervisão por parte da administração e a efetiva utilização de auditoria interna e externa como instrumentos de controle;*
- 3. Estabelecimento de objetivos estratégicos;*
- 4. Definição dos principais produtos e serviços a serem operados e público-alvo;*
- 5. Tecnologias a serem utilizadas na colocação dos produtos e dimensionamento da rede de atendimento;*
- 6. Definição de prazo máximo para início das atividades após a concessão, pelo Banco Central do Brasil, da autorização para funcionamento;*

<sup>5</sup> “Art. II. Ficam revogadas as Resoluções ns. 3.040, de 28 de novembro de 2002, 3.041, de 28 de novembro de 2002, e 3.141, de 27 de novembro de 2003, exceto no que tange aos pleitos ingressados no Banco Central do Brasil até a publicação desta Resolução, que continuarão a ser disciplinados pelo disposto nas mencionadas Resoluções.” (Destacou-se).

<sup>6</sup> ROMAN, Flávio José. Discricionariedade técnica na regulação econômica. São Paulo: Saraiva, 2013, p 173.

7. *Descrição dos critérios utilizados na escolha dos administradores, bem como identificação destes últimos quando solicitada pelo Banco Central do Brasil;*  
c) *definição dos padrões de governança corporativa a serem observados, incluindo-se o detalhamento da estrutura de incentivos e da política de remuneração.*” (destaques acrescidos)

27. Conquanto a parte autora afirme na petição inicial que é credenciada técnica e operacional para ser controladora e administradora de uma corretora de câmbio, em função da experiência adquirida por meio da agência de turismo, cumpre esclarecer que **uma corretora de câmbio é substancialmente diferente de uma agência de turismo credenciada a operar câmbio**. Nesse sentido, ainda que o escopo de atuação da AMÉRICA EXCHANGE TUR seja semelhante ao da Agência de turismo a ela vinculada, **é necessária a consideração dos aspectos de compliance inerentes às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, fiscalizadas pelo Banco Central**.

28. Tal condição (de instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional) faz com que a autora tenha que ter: seus números contábeis aprovados por auditoria externa, segregação de funções, com um sistema de controle interno definido – embora compatível com o seu porte –, componentes estruturais obrigatórios, a exemplo de auditoria interna e ouvidoria, políticas bem definidas que previnam lavagem de dinheiro, além de ter de observar os limites operacionais previstos pela regulação prudencial.

29. Trazendo essas questões concernentes a instituições reguladas pelo Banco Central do Brasil para o caso específico da AMÉRICA EXCHANGE TUR, a área técnica responsável pela análise do pedido administrativo de autorização para constituição da corretora de câmbio considerou, no caso da autora, que teria de haver uma escala mais elevada de operações em câmbio, associada a uma estrutura organizacional, econômico-financeira e técnica mais robusta, as quais lhe permitissem uma atuação sustentável, **o que não foi comprovado no plano de negócios apresentado**.

30. Cumpre, dessa forma, rechaçar cada um dos argumentos expendidos pela parte Autora em contrariedade aos fundamentos apresentados pelo Banco Central no indeferimento do pleito.

#### IV. a) Capacitação técnica imprópria

31. O Banco Central tem como uma de suas missões “*promover o desenvolvimento de um sistema financeiro sólido e eficiente*”. Desse modo, a eventual permissão para que pessoas que não detenham a necessária capacitação técnica constituam e administrem uma instituição financeira poderia acarretar o enfraquecimento do sistema como um todo e contrariar a missão institucional da Autarquia.

32. Nesse sentido, é que a área técnica do Banco Central entendeu que os autores não atendiam ao referido requisito porque os documentos apresentados não demonstraram a aptidão necessária para o exercício de atividades inerentes ao controle e administração de uma instituição financeira. Resumidamente, viu-se que a pretendente, Sra. Maria da Graça (segunda Autora):

1. Não tem formação técnica nem graduação em nível superior;
2. Não registra experiência profissional em instituição financeira, mas apenas em agências de turismo;
3. Ademais, durante sua atuação na América Exchange Tur agência de turismo, nos exercícios compreendidos entre 2007 e 2014, a sociedade empresarial acumulou prejuízos substantivos de R\$ 725.900,00 (setecentos e vinte e cinco mil e novecentos reais) e, não obstante tais circunstâncias, distribuiu lucros expressivos que totalizaram R\$ 1.020.000,00 (hum milhão

e vinte mil reais). Em conjunto, esses dois fatores acabaram por reduzir significativamente o patrimônio líquido daquela sociedade, que em 2007 totalizava R\$ 3.100.000,00 (três milhões e cem mil reais) e, ao final de 2011, já era inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

#### IV.b) Plano de expansão sem bases sólidas de sustentação

33. Nessa avaliação, no caso específico de constituição de corretoras de câmbio com origem em agências de turismo, a base histórica de operações e a própria configuração operacional da agência precursora são elementos considerados na formação de juízo sobre a viabilidade do projeto examinado.

34. No caso da autora, ao se contrapor o movimento e estrutura atuais da América Exchange Tur apenas como agência de turismo aos volumes e configurações previstos para a nova instituição é possível avaliar se os elementos a serem adicionados, conforme detalhados no plano de negócios, são suficientes para elevar o nível de operações aos patamares projetados para o novo empreendimento.

35. Assim, verificou-se que o plano de negócios não apresentou um programa consistente de ampliação do modelo atual, descrevendo apenas superficialmente as ações planejadas para viabilizar a robusta ampliação operacional pretendida. Nesse desiderato, confira-se a conclusão do parecer técnico:

##### “10. PLANO DE EXPANSÃO PRECÁRIO

10.1 A América CC pretende atuar, de início, exclusivamente no segmento de câmbio manual, passando a fornecer novos produtos e serviços somente após a consolidação nesse mercado (fl. 690/91). Assim sendo, o patamar de partida dos negócios estaria próximo a R\$ 564mil/ano, montante este que corresponde ao atual movimento de câmbio da América Exchange Tur (ver quadro em 7.4.1). Em contraste com isso, os requerentes projetam para a nova corretora um volume de receitas equivalente a R\$ 4,8milhões, já para o primeiro ano de atividades. Esse novo patamar de negócios corresponderia a cerca de 8,5 vezes o valor de partida retro mencionado, ou seja, projeta-se para a nova corretora uma expansão de vendas da ordem de 753%.

10.2 *Se a estrutura da agência de turismo ligada ao pleito gera hoje aproximadamente R\$ 564mil/ano em operações de câmbio, uma expansão da ordem de 753% somente pode ser validamente sustentada mediante um programa consistente de ampliação do modelo de negócios atual. Seria necessário o detalhamento das ações necessárias para a conquista de vasto volume de novos clientes e para a estruturação da nova corretora com vistas a gerar, atender e manter tal conquista. Seria ainda imprescindível a especificação detalhada das despesas necessárias multiplicação por 8,5 o volume de operações atualmente praticado.*

10.3 *No entanto, no projeto de constituição da América CC não é isto o que se observa, uma vez que o seu plano de negócios descreve apenas superficialmente as ações planejadas para viabilizar a robusta ampliação operacional pretendida. Expressa-se naquele documento mera intenção, em lugar de uma demonstração objetiva, estruturada e tecnicamente respaldada de como um objetivo de tal monta poderia ser atingido.*

10.4 *Por exemplo, no que diz respeito à formação de parcerias com empresas do ramo turístico, de modo a ampliar o alcance geográfico da corretora, o plano de negócios traz as seguintes informações simplistas a respeito:*

i) *a nova corretora deseja marcar posição no mapa geográfico da cidade do Rio de Janeiro e nas cidades em que haja grande fluxo de turistas estrangeiros... (fl. 684);*

ii) *‘a parceria empresarial para atendimento dos clientes além das lojas da corretora, ou seja via correspondentes cambiais (conveniados) será potencializada...’ (fl. 684);*

iii) a corretora *firmará convênios mediante contrato com outras empresas que a possam representar...* (fl. 688);

iv) *pretende-se fechar acordo com as empresas que atuam no segmento de turismo e as que o complementam, firmando parcerias através de convênios...* (fl. 694);

10.5 **Como se observa, sob o ponto de vista dos canais de atendimento, não esta prevista de forma concreta a criação de novos pontos que talvez pudessem contribuir para a forte ampliação do volume de operações a serem realizadas na alvitrada corretora.** Ora, doravante as parcerias com empresas do setor turístico serão acirradamente disputadas por boa parte dos agentes do mercado, que tem esse interesse em vista dos grandes eventos esportivos previstos para o próximos anos, como copa do mundo e olimpíadas. Por conseguinte, as manifestações nesse sentido, para serem devidamente consideradas, deveriam vir acompanhadas de elementos suficientes que demonstrassem a real possibilidade de concretização desse tipo de negócio. Ademais, as projeções elaboradas no plano financeiro (fls. 772/95) sequer destacam a participação de eventuais convênios/parcerias na originarão das receitas pretendidas, de sorte que este é mais um elemento a demonstrar a falta de bases sólidas consistentes para a expansão operacional pretendida via este canal.

10.6 Já no tocante as despesas operacionais previstas para a nova instituição, foram apresentadas de forma consolidada, com separação apenas das despesas administrativas daquelas de pessoal, mas sem individualização das rubricas que compõem cada um dos tipos (fls. 772/95). Ora, essa forma de apresentação das estimativas de custos i) não atende à exigência específica colocada em nosso ofício 8.416/2012, de 19 de setembro de 2012, aonde se cobrava a elaboração de planilhas separadas e detalhadas para as despesas administrativas e para as de pessoal (item 3.i, a fl. 639); ii) lança dúvidas em relação à consistência do plano financeiro como um todo, na medida em que não permite que avaliemos a completude dos itens orçados e a adequação dos respectivos valores aos padrões de mercado; iii) lança dúvidas em relação as reais possibilidades de alavancagem do negócio, na medida em que gastos necessários e fundamentais para a tão ambiciosa multiplicação da base de clientes não são especificados de forma individualizada (gastos com propaganda e marketing, por exemplo).

10.7 **Portanto, o salto operacional que se pretende não se mostra tecnicamente factível, uma vez que não foi informado nos autos um conjunto articulado de providências, seguido da especificação dos respectivos custos, que possam justificar a multiplicação da demanda nos moldes pretendidos.** Além disso, os dados apresentados no planejamento financeiro da America CC não se sustentam quando analisados de forma criteriosa e à luz do que se observa no segmento de corretoras de câmbio, com será visto na sequência (...)

11.4 **Em síntese, pode-se concluir que o plano financeiro da America CC não demonstra a viabilidade do empreendimento de forma clara e consistente, uma vez que:**

i) os custos projetados para os dois anos iniciais da corretora possivelmente estão subestimados, de modo que é razoável supor que os prejuízos acumulados nesse período foram subavaliados em pelo menos R\$ 200mil;

ii) as receitas projetadas pela America CC possivelmente estão superestimadas, em face do volume pouco expressivo de negócios da agencia de turismo antecessora e da precariedade dos planos de expansão apresentados;

iii) **as expectativas de lucros para os anos três, quatro e cinco possivelmente são excessivas e não razoáveis, situação demonstrada ao se verificar que indicadores esperados pela América CC (LL/PL e DO/RO) divergem significativamente dos padrões observados no mercado de corretoras de câmbio.** (destaques acrescidos)

#### IV.c) Estrutura organizacional inadequada

36. Quanto à estrutura organizacional prevista para a Autora, observou-se que a estrutura organizacional proposta era relativamente complexa e aparentemente excessiva para o quadro de pessoal reduzido com que a autora pretendia contar (apenas 5 colaboradores). Ademais, no arranjo proposto, a área técnica identificou pontos de conflito com dispositivos normativos vigentes, o que denota desconhecimento das regras que regem o setor em que pretende atuar.

37. Nesse sentido, cabe destacar os seguintes trechos do parecer técnico:

*“i) no que diz respeito ao quadro de administradores, a legislação determina que, existindo conselho de administração, no máximo um terço de seus membros podem ser eleitos para cargos de diretores (Lei 6.404/765, art. 143). No caso da America CC, ambos os diretores nomeados em contrato fariam parte do conselho (fl. 652 e 715), que seria composto por quatro membros (fl. 654), de modo que se extrapola o percentual de um terço especificado em lei; no tocante à auditoria interna, a Res. 2.554/98, em seu art. 2º, parágrafo 5º, determina que, na hipótese de terceirização dessa atividade, deverá o responsável reportar-se diretamente ao conselho de administração ou, na sua falta, à diretoria da instituição. No caso da America CC, o responsável pela auditoria interna se reporta ao diretor executivo e não ao conselho de administração, situação que contraria as determinações do normativo citado;*

*iii) no que diz respeito à indicação dos diretores responsáveis junto ao Banco Central pelas atividades elencadas no item 2.e do ofício 8.416/12, de 19 de setembro de 2012 (fls. 637/39), o Sr. Eduardo G Andre é indicado como responsável pela prevenção à lavagem de dinheiro, pelo fornecimento de informações ao Bacen, pelo gerenciamento de riscos e pela auditoria interna (fl. 716). No entanto, o Sr. Eduardo não consta do quadro de administradores previsto na minuta do contrato social da instituição, de modo que sua indicação não seria pertinente no caso específico (fl. 652);*

*12.2 De outra parte, nem todos os cargos previstos no organograma institucional foram preenchidos mediante a indicação dos respectivos colaboradores, de sorte que não foram identificados:*

*i) os responsáveis pelas funções de tesouraria, caixa central e back-office. Ora, para os departamentos administrativo-financeiro e operacional, ambos sob o comando da Sra. Maria da Graça, foram alocados apenas um operador de mesa e um courier e nenhuma menção se faz aos cargos de tesoureiro, caixa e back-office (fl. 703, 714/15);*

*) o responsável pela função de assistente de marketing junto ao departamento comercial, cujo responsável seria o Sr. Carlos Felipe (fl. 703, 714/15);*

*12.3 No que diz respeito à segregação de funções e estruturas de monitoramento, objeto de exigência específica em nosso ofício 8.416/2012, de 19 de setembro de 2012 (fls. 637/39, itens 2.e.3 e 2.e.4), haveria de se esclarecer a forma de implementação das diretivas elencadas nos itens 3.3.3—Segregação de Funções’, 3.5.1.e.ii- Da Segregação das Funções e 3.5.1.f-Controles e Ações envolvidas nas operações’ do plano de negócios (fl. 714 e 733). Ou seja, seria necessário identificar as pessoas responsáveis por cada uma das atividades descritas naqueles tópicos, observando-se os limites do quadro próprio (cinco colaboradores) previstos para o início das atividades da corretora e evitando-se eventuais conflitos de interesse nas respectivas designações.”*

#### IV.d) Origem dos Recursos

38. Nos termos do disposto no Art. 7º do Regulamento anexo a Resolução n.º 3.040, de 2002, cabe aos interessados comprovar a licitude de forma inequívoca dos seus recursos e, ao Banco Central, cumpre pronunciar-se a respeito da regularidade da prova constituída.

39. Assim, no que diz respeito aos recursos que seriam aportados pela Sra. Maria da Graça para constituição do capital inicial da América CC, cabe ressaltar que a licitude de sua origem não foi comprovada nos autos de forma completa e inequívoca. Conforme se observa no parecer Deorf/Cofiz-2012/6.536, de 16 de julho de 2012 (doc. anexo à contestação), praticamente a totalidade do patrimônio da Sra. Maria da Graça foi constituído a partir da distribuição de lucros gerados pela America Exchange Tur Ltda., Samba Ipanema Agência de Turismo e Viagens Ltda. e Best Exchange Rates Agência de Turismo Ltda. No entanto, não constou do pedido administrativo os demonstrativos contábeis e o Imposto de Renda Pessoa Jurídica das referidas sociedades empresariais para validar a origem desses recursos declarados.

40. Assim, haja vista a fundamentação robusta apresentada pela área técnica do Banco Central, responsável pela análise do pedido da parte Autora, verifica-se que o exercício da competência discricionária, no caso, deu-se com base em motivação devidamente amparada em argumentos de índole técnica, os quais não deixaram de se ater ao princípio da proporcionalidade. Nesse desiderato, ao se considerar que o Banco Central concluiu pela inviabilidade na constituição da corretora de câmbio pela AMÉRICA EXCHANGE TUR, a questão reclama o reconhecimento da competência técnica especializada da Autarquia.

41. Com efeito, a avaliação da atuação do Banco Central pelo Judiciário não pode perder de vista o emprego de conceitos indeterminados pela Resolução 3.040, de 2002, do CMN. Desse modo, incumbe-lhe avaliar se a Administração atendeu ao limite razoável de equivocidade previsto na lei, mas não lhe compete indicar qual é o significado que **subjctivamente** entende mais acertado para a hipótese, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes<sup>7</sup>.

42. Especificamente em relação à autorização do Banco Central para que sociedades empresariais atuem no mercado cambial, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já possui entendimento pacífico no sentido de que este ato administrativo é discricionário e precário, *verbis*:

“ADMINISTRATIVO – BANCO CENTRAL DO BRASIL – AUTORIZAÇÃO PARA OPERAR NO MERCADO DE CÂMBIO – DESCREDECIMENTO.

1. O ato de credenciamento e descredenciamento dos agentes para operarem no mercado de câmbio é ato administrativo discricionário e precário (Lei 4.595/64), embasando-se a escolha na credibilidade do agente junto ao mercado de câmbio, autorizado, fiscalizado e regulamentado pelo BACEN.

2. Se um dos sócios de empresa credenciada envolve-se em fatos pertinentes ao mercado financeiro de câmbio, independentemente do desfecho do processo penal, podem tais fatos macular a credibilidade da pessoa jurídica.

3. Ato administrativo discricionário que enseja revogação ao talante do administrador.

4. Mandado de segurança denegado.” (MS 11.057/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2006, DJ 05/06/2006, p. 231) (destaques acrescidos).

<sup>7</sup> Idem. *ibidem*, p. 186.

## V. CONCLUSÃO E REQUERIMENTO

43. A argumentação da parte autora lastreia-se unicamente na alegação de que o ato administrativo impugnado estaria motivado em critérios não previstos em lei e em avaliação arbitrária dos requisitos para a constituição da corretora de câmbio.

44. No entanto, por todo o exposto, é possível verificar que o que a Autora pretende é continuar a operar no mercado de câmbio, ao arrepiar do novo regramento da atividade que ela não demonstrou capacidade de atender. O acatamento do pleito da AMÉRICA EXCHANGE TUR e a temerosa manutenção dos efeitos da antecipação de tutela deferida, além de acarretar burla a Regulamentação do CMN, implica violação ao princípio da isonomia, uma vez que coloca a Autora em situação mais favorável do que aquelas agências de turismo que tiveram seus pedidos de constituição de corretora de câmbio indeferidos com base nos normativos pertinentes.

45. Pelo exposto, requer-se o reconhecimento da improcedência do pedido.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 30 de maio de 2018.

LUCIANA LIMA ROCHA

Procuradora do Banco Central

Procuradoria de Contencioso Judicial do Banco Central no

Distrito Federal (PREDF)

OAB/DF 25.743

ÉRITON BITTENCOURT DE OLIVEIRA ROZENDO

Procurador-Chefe

Procuradoria de Contencioso Judicial do Banco Central no

Distrito Federal (PREDF)

OAB/DF 20.033

## **Petição 3023/2018-BCB/PGBC**

Memorial apresentado pelo Banco Central, perante a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na Apelação nº 0025702-89.2005.4.01.3400, por meio do qual se sustenta a validade da decisão da Autarquia que aplicou pena pecuniária à recorrente, com base no Decreto nº 23.258, de 1933.

**Débora Pereira Gonçalves**  
Procuradora

**Marcus Vinícius Saraiva Matos**  
Procurador-Chefe

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO**

**MEMORIAIS  
DO BANCO CENTRAL**

**APELAÇÃO Nº. 0025702-89.2005.4.01.3400**  
**APELANTE: ROTA INDÚSTRIA LIMITADA**  
**APELADO: BANCO CENTRAL DO BRASIL**  
**RELATOR: JUIZ FEDERAL MIGUEL ÂNGELO DE ALVARENGA LOPES**

**PAUTADO PARA JULGAMENTO NO DIA 18.06.2018, ÀS 14:00 H.**

## COLENDIA OITAVA TURMA

### ÍNCLITO JUIZ FEDERAL MIGUEL ÂNGELO DE ALVARENGA LOPES

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Rota Indústria LTDA. em face do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, objetivando a decretação da nulidade da decisão que lhe aplicou pena pecuniária, reconhecendo-se a revogação do Decreto 23.258/33 ou declarando a sua inconstitucionalidade. Ressalta-se que a multa foi aplicada pelo Banco Central com supedâneo nos arts. 3º e 6º do mencionado decreto.

2. O juízo de origem, adotando as razões exaradas no parecer ministerial, denegou a segurança ao fundamento de que o Decreto 23.258, de 1933, o qual dispõe sobre operações de câmbio, não foi revogado, sendo plenamente aplicável ao caso em comento. Ressaltou o julgador que o decreto foi editado pelo Governo Provisório que concentrava as funções dos Poderes Legislativo e Executivo. Nessa esteira, por ter status de lei ordinária, o Decreto 23.258/33 não poderia ter sido “revogado” pelo Decreto s/nº. de 25 de abril de 1991. Inclusive, o erro foi tão evidente, que a administração editou o Decreto s/nº, de 14 de maio de 1998, reconhecendo a nulidade do Decreto s/nº de 25 de abril de 1991, na parte em que tentou extirpar o Decreto 23.258, de 1933, do ordenamento jurídico.

3. A sentença aduziu, ainda, que não houve qualquer afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa, já que foram assegurados todos os meios administrativos de impugnação da decisão. Por fim, rechaçou a tese do impetrante de que o princípio da legalidade foi afrontado em razão da dolarização da pena, consignando que *“a moeda estrangeira é utilizada tão somente como parâmetro para calcular-se o percentual legal, equivalente em moeda nacional, haja vista a natureza internacional da operação que deu origem à pena pecuniária”*.

4. Inconformado com a sentença, o impetrante interpôs recurso de apelação, sustentando, em apertada síntese, que o Decreto 23.258, de 1933, o qual fundamentou a fixação da multa, foi revogado pelo Decreto s/nº. de 25 de abril de 1991, o que enseja a nulidade da multa. Destacou, ainda, que o Banco Central afrontou o princípio da legalidade ao supostamente vincular o valor da multa a uma moeda estrangeira, o dólar americano, já que a legislação brasileira veda essa prática.

5. Conforme demonstrado em todo o processo, as alegações do apelante não merecem prosperar.

6. Primeiramente, urge salientar que, por unanimidade, foi reformado, pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região nos Embargos Infringentes em AC nº. 1999.71.00.006416-6 e utilizado como fundamento jurisprudencial pelo apelante para sustentar a tese de que o Decreto nº. 23.258, de 1933, teria sido revogado pelo Decreto de 25 de abril de 1991. Confira-se:

**PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ILÍCITO CAMBIAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA. FUNDAMENTO LEGAL. DECRETO 23.258/33. RECEPÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO POSTERIOR. STATUS DE LEI FEDERAL. AUSÊNCIA DE REVOGAÇÃO.**

1. O Decreto 23.258/33, incluído o disposto nos arts. 3º e 6º, expedido pelo Governo Provisório da época, no exercício cumulativo das funções e atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo, com amparo no Decreto n. 19.398, de 11.11.1930, mercê de sua recepção pelo ordenamento jurídico posterior com status de lei federal, não foi revogado pelo Decreto s/n de 25 de abril de 1991, em obediência ao princípio da hierarquia das leis.

2. A vigência do Decreto nº 23.258/33 afasta a nulidade do processo administrativo, que culminou com a aplicação da sanção, em razão da prática do ilícito cambial. Precedente do STJ: **REsp 1009956/RS, Primeira Turma, DJ 04.06.2008.**

3. O Decreto de 14.05.98, publicado no Diário Oficial da União do dia 15.05.1998, reconheceu, expressamente, a nulidade do art. 4º do Decreto s/n de 25.04.91, na parte que revogou o Decreto n. 23.258, de 19.10.33, *verbis*:

“O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, DECRETA:

Art. 1º-Fica reconhecida a nulidade do art. 4º do Decreto de 25 de abril de 1991, na parte em que revogou o Decreto n. 23.258, de 19 de outubro de 1933.

Art. 2º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.”

4. É cediço na Primeira Turma, consoante recentíssimo julgado versando hipótese análoga, *verbis*:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FINANCEIRO. OPERAÇÕES DE CRÉDITO. MULTA.

1. O Decreto n. 23.258, de 1933, foi recepcionado pelo ordenamento jurídico posterior com o status de lei federal, por ter sido expedido com amparo no Decreto n. 19.398, de 11.11.1930, que atribuiu ao Governo Provisório da época o exercício cumulativo das funções e atribuições do Executivo e do Legislativo.

2. Instituição de multa por operações irregulares de câmbio exige lei para ter validade.

3. Impossibilidade do Decreto s/n de 25.04.1991 revogar o Decreto n. 23.258/33. Aplicação do princípio da hierarquia das leis.

4. O Decreto de 14.05.98 reconheceu, expressamente, a nulidade do art. 4º do Decreto de 25.04.91, na parte que revogou o Decreto n. 23.258, de 19.10.33.

5. Recurso especial provido.” (REsp 1009956/RS, Rel. Ministro José Delgado, DJ 04.06.2008)

5. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça, RESP 828.362 – RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 14.10.2008)

7. Necessário é apontar que o Decreto 23.258, de 1933, foi editado com amparo no Decreto 19.398, de 11 de novembro de 1930, que concentrou no Governo Provisório os Poderes Executivo e Legislativo. Dessa forma, cabia ao chefe do Poder Executivo exercer a dupla função de administrar e legislar.

8. Nesse contexto, sob a égide da ordem constitucional revolucionária de 1930, o referido decreto foi editado com status de fonte normativa primária, isto é, revestido de hierarquia e autoridade de lei em sentido formal. E, como tal, por não apresentar incompatibilidade material, recepcionado pelos ordenamentos constitucionais ulteriores, em 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988.

9. Dessa forma, tendo sido recepcionado pela Constituição de 1988 como lei em sentido material, o Decreto 23.258, de 1933, não poderia ser revogado por norma de hierarquia inferior. Portanto, ao contrário do afirmado pelo apelante, não é possível admitir que um simples decreto presidencial (Decreto s/nº. de 25 de abril de 1991) tenha sido capaz de ab-rogar norma acolhida como lei pela Carta Magna.

10. Inclusive, por atentar contra a hierarquia das normas prestigiada pela Constituição Federal, o governo federal editou o Decreto de 14 de maio de 1998 admitindo a nulidade do art. 4º do Decreto de 25 de abril de 1991, na parte em que revogou o Decreto nº. 23.258, de 1933.

11. Diante do exposto, patente é ausência de amparo legal e constitucional das alegações do apelante, razão pela qual a jurisprudência é firme ao afirmar que o Decreto 23.258, de 1933, não foi revogado e pode servir de fundamento para a aplicação de penalidades administrativas.

12. No que tange ao argumento de que a Autarquia afrontou o princípio da legalidade por vincular o valor da multa a uma moeda estrangeira, melhor sorte não assiste ao apelante.

13. A multa não foi fixada em dólar americano. Conforme bem expressou o juízo de piso, a moeda estrangeira apenas foi utilizada como parâmetro para calcular o percentual legal, equivalente em moeda nacional, haja vista a natureza internacional da operação que deu origem à pena pecuniária.

14. Destaca-se que a necessidade de conversão decorre da redação do art. 10, caput, da Lei nº 10.192, de 2001, segundo o qual “*as estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal*”.

15. Necessário é esclarecer que a consolidação do valor da multa aplicada, por meio da conversão do valor em moeda estrangeira para reais, é feita com base na taxa de câmbio do dia anterior à data de julgamento do processo administrativo na primeira instância, uma vez que a multa apenas passou a existir no momento da decisão punitiva.

16. Acrescenta-se que a variação cambial somente é admitida entre a data da efetivação das operações e a data da aplicação da multa por conta do disposto na própria lei, que estabelece que a multa será calculada com base no valor da operação expresso em moeda estrangeira.

17. Diante de todo o exposto, com base nos fundamentos citados, requer-se a improcedência da apelação, mantendo-se íntegra a sentença exarada pelo juízo de primeiro grau.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 13 de junho de 2018.

DÉBORA PEREIRA GONÇALVES

Procuradoria Especializada de Processos da Dívida Ativa e Execução Fiscal - PRDIV

Procurador - OAB/DF 57.532

MARCUS VINÍCIUS SARAIVA MATOS

Procuradoria Especializada de Processos da Dívida Ativa e Execução Fiscal - PRDIV

Procurador-Chefe - OAB/DF 16.409

## **Parecer Jurídico 256/2018-BCB/PGBC**

Parecer que analisa a possibilidade de atuação do Banco Central, em juízo, na qualidade de *amicus curiae*, junto ao Superior Tribunal de Justiça, em demanda coletiva, promovida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Na ação, o *Parquet* pretende limitar o percentual de juros remuneratórios cobrados pela instituição financeira ré à taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central, acrescida de um quinto, o que equivaleria aos juros por ela utilizados para remunerar operações de crédito à pessoa física, na modalidade pessoal não consignado.

**Miriam Cristina Nardin Gutschow**

Procuradora do Banco Central

**Guilherme Centenaro Hellwig**

Procurador-Chefe

**Flavio José Roman**

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

Parecer Jurídico 256/2018-BCB/PGBC  
PE 110568

Porto Alegre, 12 de abril de 2018.

*Ementa: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 70076194166 (0383531-08.2017.8.21.7000). Recorrente: Crefisa S.A. Crédito, Financiamento e Investimentos. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Demanda coletiva promovida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul com objetivo de limitação de juros remuneratórios à taxa média de mercado, acrescida de um quinto. Possibilidade de atuação do Banco Central, em juízo, na qualidade de “amicus curiae”, junto ao Superior Tribunal de Justiça. Parecer PGBC-207/2008, entendimento técnico do Departamento Econômico do Banco Central e jurisprudência vinculante do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário ao decidido pelo tribunal local. Limitações à cobrança de juros pelas instituições financeiras. Matéria de competência do Conselho Monetário Nacional e não sujeita ao Código de Defesa do Consumidor, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. Configuração de risco para a higidez do Sistema Financeiro Nacional.*

Senhor Procurador-Chefe,

## ASSUNTO

Trata-se de “Ação Coletiva de Consumo com Pedido de Tutela Antecipada”, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPRS) contra Crefisa S/A – Crédito, Financiamento e Investimentos (Crefisa), com o objetivo de limitar o percentual de juros remuneratórios à taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central do Brasil (BCB) acrescida de um quinto, juros esses utilizados pela instituição financeira para remunerar operações de crédito à pessoa física, na modalidade pessoal não consignado.

2. De acordo com a compreensão particular do MPRS, embora as instituições financeiras não se sujeitem à “Lei de Usura” (Súmulas nºs 596 do STF e 283 do STJ), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>1</sup> admitiria que, verificada a abusividade dos juros remuneratórios, deverão ser esses limitados às taxas médias de mercado divulgadas pelo Banco Central com fundamento no artigo 51, *caput*, inciso IV e § 1º, inciso III e artigo 39, incisos IV e V, ambos do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Segundo ainda o *Parquet*, os consumidores, a teor do art. 52 do CDC e da Resolução CMN nº 3.517, de 6 de dezembro de 2007<sup>2</sup>, têm direito a serem instruídos a respeito dos valores com que terão que arcar ao final do contrato, para que possam formar sua convicção em assim contratar ou não. Conforme o MPRS, por derradeiro, a taxa de juros aplicada pela Crefisa, no percentual de 20,45% ao mês e de 832,72% ao ano, seria abusiva, correspondendo a segunda

<sup>1</sup> Resp. 1061530/RS. Rel. Min. Nancy Andriighi, 2ª Seção, DJe 10/03/2009; Resp. 1112879/PR, Rel. Min. Nancy Andriighi, 2ª Seção, DJe 19/05/2010; AgRg no REsp 1402462/SC, Rel. Min. Nancy Andriighi, 3ª Turma, DJe 16/12/2013.

<sup>2</sup> “Art. 1º. As instituições financeiras e as sociedades de arrendamento mercantil, previamente à contratação de operações de crédito e de arrendamento mercantil financeiro com pessoas naturais e microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, devem informar o custo total da operação, expresso na forma de taxa percentual anual calculada de acordo com a fórmula constante do anexo a esta resolução (Redação dada pela Resolução CMN nº 3.909, de 30 de setembro de 2010). (...) Art. 2º. A instituição deve assegurar-se de que o tomador, na data da contratação, ficou ciente dos fluxos considerados no cálculo do CET, bem como de que essa taxa percentual anual representa as condições vigentes na data do cálculo.” Todos os normativos editados pelo BCB e pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) podem ser encontrados no sítio eletrônico do BCB. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pt-br#!n/normasbcb>>.

mais alta do *ranking* do BCB<sup>3</sup>, o que faz com que deva ser limitada judicialmente, não podendo ser superior à taxa média de mercado com uma margem de acréscimo que não exceda a um quinto desse percentual.

3. Em face do acima exposto, o MPRS, entre outros pedidos, requereu a antecipação de tutela, a fim de impor à demandada obrigação de fazer, *consistente na fixação dos juros remuneratórios praticados nos seus contratos de empréstimo de forma não superior à taxa média de mercado indicada pelo Banco Central do Brasil, com o acréscimo de uma margem que não ultrapasse 1/5 desse percentual*, sendo cominada multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a hipótese de descumprimento da ordem judicial. Como provimento final, postulou a procedência integral da demanda, com o intuito de: (a) serem tornados definitivos os pedidos formulados por antecipação de tutela, bem como a condenação da ré a restituir em dobro as importâncias cobradas a título de juros que ultrapassarem o percentual considerado não abusivo (artigos 42, parágrafo único, e 95 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990); (b) serem indenizados interesses difusos alegadamente lesados (dano moral coletivo) em patamar não inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a ser revertido ao Fundo Estadual de Reconstituição de Bens Lesados (art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985); e (c) ser publicada a parte dispositiva da sentença em jornais de grande circulação.

4. Foi negada a antecipação de tutela, e citada a ré para apresentar defesa.

5. Em sua contestação, a Crefisa alegou não ter lançado mão de juros abusivos; inexistir, em caso, interesse ou direito coletivos, uma vez que não preenchido o requisito da indivisibilidade; ser impossível a revisão de juros de forma coletiva; terem sido os mutuários informados acerca dos encargos a que estavam sujeitos em caso de inadimplemento; encontrar-se a taxa de juros cobrada de acordo com a taxa média do nicho de mercado em que atua; e inexistir relação direta entre qualquer conduta sua e os supostos danos suportados por pessoas determinadas.

6. Indo os autos conclusos, foi dada parcial procedência aos pedidos para: (a) determinar a limitação da cobrança de juros nas operações financeiras da Crefisa à taxa média aplicada pelo mercado divulgada pelo BCB; (b) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, no montante de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), a ser revertido ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados, corrigido monetariamente e acrescido de juros, a contar da sentença; e (c) condenar a instituição financeira a publicar em jornais de grande circulação, após o trânsito em julgado da decisão, a parte dispositiva da sentença.

7. Intimada, a ré apresentou apelação em que, entre outros argumentos, alegou: (a) a impossibilidade de revisão de juros de forma coletiva, na medida em que, além de se tratar de direito disponível, é incabível uma decisão genérica aplicável a todos os contratos, sem a observância das peculiaridades do nicho de mercado a que pertencem os mutuários; (b) inexistência de parâmetros para apontar a abusividade dos juros cobrados, porquanto não foi levado em consideração o perfil de risco de cada cliente, os critérios diferenciados utilizados pelas instituições financeiras para a concessão de empréstimos, a qualidade do crédito, probabilidade de inadimplência, o custo da captação, entre tantos outros fatores; (c) impossibilidade de estabelecimento de um teto para a taxa de juros pelo Poder Judiciário, quando a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, em seu art. 4º, IX, atribuiu ao Conselho Monetário Nacional (CMN) a competência exclusiva para disciplinar tal matéria, sendo a taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central apenas um referencial e

3 O BCB divulga em seu sítio eletrônico as “Taxas de juros de operações de crédito”. Elas são segmentadas conforme as diversas modalidades de crédito, bem como são agrupadas em (i) taxas pré-fixadas para pessoa física, (ii) taxas pós-fixadas referenciadas em TR, (iii) taxas pré-fixadas para pessoas jurídicas, (iv) taxas pós-fixadas referenciadas em juros flutuantes, e (v) taxas pós-fixadas referenciada em moeda estrangeira. No caso de juros em taxas pré-fixadas para pessoa natural são previstas quinze modalidades diferenciadas de crédito. A ação do MPRS refere-se especificamente ao crédito para pessoa física na modalidade pessoal não consignado. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/TXJUROS/>>. Acesso em 19 abr. 2017.

não um limite a ser observado pelas instituições financeiras; (d) impossibilidade de serem impostas limitações tais que acabem por inviabilizar a atividade financeira e impedir o gozo da liberdade de iniciativa, impondo uma situação de profunda desvantagem em relação às demais instituições do ramo, em afronta aos princípios da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF) e da livre concorrência (art. 170, IV, da CF); e (e) a possibilidade do dito “tabelamento” de juros remuneratórios gerar efeito oposto ao esperado, qual seja, causar impacto negativo tal que inviabilize o acesso ao crédito pela parcela do mercado de consumidores que o Ministério Público intenta tutelar.

8. O MPRS também apelou requerendo a majoração do valor arbitrado a título de danos morais coletivos, para quantia não inferior a R\$ 1.000.0000,00 (um milhão de reais).

9. Recebidos os recursos, lhes foi dado parcial provimento em acórdão que foi assim ementado:

*APELAÇÕES CÍVEIS. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. CREFISA. PRELIMINARES. AFASTAMENTO. SENTENÇA “ULTRA PETITA”. RECONHECIMENTO. LIMITAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS À MÉDIA DE MERCADO, ACRESCIDA DE UM QUINTO. CABIMENTO. DANO INDIVIDUAL. REPETIÇÃO SIMPLES. CABIMENTO. DANO MORAL COLETIVO. MAJORAÇÃO. PUBLICAÇÃO DO RESULTADO EM JORNAIS DE GRANDE CIRCULAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.*

*I. Pedido de indeferimento da inicial: É cabível ação coletiva quando verificada prática de ato ilícito capaz de afetar número considerável de consumidores.*

*II. Inversão do ônus da prova: Declarada judicialmente a abusividade dos juros remuneratórios praticados, conforme acórdãos que embasam o Inquérito Civil que fundamenta a inicial, compete à instituição financeira, consoante regra geral, demonstrar a legalidade dos encargos que costuma praticar, porque constituem os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito da coletividade, ônus do qual não se desincumbiu. Caso em que a inversão do ônus da prova como regra de julgamento não influenciou no resultado da demanda.*

*III. Cerceamento de defesa: Intimadas as partes acerca do desprovimento de agravo de instrumento, e tendo o recorrente deixado transcorrer “in albis” o prazo sem interposição de recurso, preclusa a discussão acerca da necessidade de produção da prova.*

*IV. Sentença “ultra petita”: Havendo julgado de forma diversa do pedido, deve ser acolhida preliminar para correção do vício. Caso em que o juízo “a quo” limitou os juros à média de mercado, sem observar o acréscimo de um quinto postulado, concedendo provimento jurisdicional maior do que fora pleiteado. Vício sanado pelo próprio resultado da demanda.*

*V. Juros Remuneratórios: É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, diante das peculiaridades do julgamento. É de conhecimento geral que os juros remuneratórios comumente praticados pela CREFISA desbordam substancialmente da taxa média praticada pelas demais instituições financeiras, devendo ser mantida a sentença que julgou procedente a demanda coletiva para determinar a limitação dos juros à média de mercado, com acréscimo de 1/5, consideradas as peculiaridades das operações, sem ofensa à legislação vigente.*

*VI. Indenização aos direitos individuais homogêneos: Declarada abusividade dos juros remuneratórios cobrados pela CREFISA, procede o pleito para condenação genérica da instituição financeira - eficácia “erga omnes” – à restituição simples dos valores cobrados indevidamente. A individualização da quantia a ser ressarcida deve ser apurada na fase de liquidação de sentença.*

*VII. Dano moral coletivo: É possível responsabilizar aquele que praticou ato ilícito que atingiu valores e interesses da coletividade ao ressarcimento do dano imaterial. Não se mostra lícito submeter pessoas que*

*já se encontram negativadas em cadastros de maus pagadores, com notória dificuldade financeira, ao pagamento de juros que desbordam substancialmente da taxa média de mercado, ao argumento de risco de inadimplimento. Majoração do dano coletivo, considerando a extensão do dano, a capacidade econômica do agressor, a pedagógica punição e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.*

**VIII. Publicação do resultado da demanda:** *A publicação do dispositivo da sentença em jornais de grande circulação visa dar ampla e necessária publicidade a todos os interessados/consumidores, oportunizando, dessa forma, a devida proteção de direitos coletivos.*

APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. UNÂNIME.

10. Do acórdão, a Crefisa ingressou, sem êxito, com embargos declaratórios. Intimada, interpôs recursos especial e extraordinário, com pedido de concessão de efeito suspensivo em petições apartadas.

11. O recurso especial foi interposto com fundamento nas alíneas “a” e “c” do art. 105, III, da Constituição Federal (CF) e, por meio dele, a parte alegou: (a) dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e o que julgou o Recurso Especial nº 1.061.530/RS; (b) impossibilidade de revisão genérica de taxa de juros em sede de ação coletiva, inadequação da via eleita, inexistência de direitos individuais homogêneos, falta de interesse processual, inépcia da inicial, violação aos artigos 330, I e II, 485, I e 493 do Código de Processo Civil (CPC) e artigo 51, IV, do CDC; (c) desrespeito ao conteúdo vinculante do decidido no Recurso Especial nº 1.061.530/RS, em afronta ao disposto nos artigos 927, III e 932, V, “b”, do CPC; (d) utilização equivocada do art. 4º da Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (Lei da Economia Popular), que se destina exclusivamente a particulares, quando aplicável seria o art. 4º, IX, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, em consequente violação a ambos dispositivos legais; (e) nulidade dos acórdãos recorridos, em razão de ausência de fundamentação adequada e indevida rejeição dos embargos de declaração, gerando violação ao disposto nos artigos 11; 489, § 1º, III e IV; e 1.022, todos do CPC; (f) uso de informações equivocadas retiradas da *internet*, sem ter sido concedida à parte possibilidade de exercer o direito ao contraditório, infringência ao art. 10 do CPC; (g) cerceamento de defesa, decorrente do indeferimento de produção de prova e simultânea utilização do fundamento da insuficiência de provas, para proferir decisão em desfavor da recorrente, infringência aos artigos 7º, 10, 355 e 369 do CPC; (h) afronta à livre concorrência, violação ao art. 36, I, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2001; (i) inversão indevida do ônus probatório, a qual depende de avaliação judicial (*ope judicis*), incorreta aplicação dos artigos 6º, VIII e 14 do CDC; (j) ausência de ato ilícito, legalidade da taxa de juros remuneratórios aplicada, inexistência de danos morais coletivos, afronta aos artigos 186 e 927 do Código Civil; (l) violação à coisa julgada formada em outra ação civil pública (afronta aos artigos 485, V e § 3º, 502 e 503 do CPC) e, subsidiariamente, inadmissibilidade da abrangência nacional pretendida (infringência ao artigo 16 da Lei nº 7.347, de 1985); e (m) inaplicabilidade do artigo 78, II, do CDC, o qual se destina a infrações penais cometidas contra o consumidor.

12. Por sua vez, o recurso extraordinário, interposto com base no artigo 102, III, “a”, da CF, teve por fundamento: (a) indevida ingerência do Poder Judiciário nas atividades dos Poderes Legislativo e Executivo, gerando violação aos artigos 2º e 60, § 4º, ambos da CF e ao princípio da reserva legal (art. 5º, II, da CF); (b) impossibilidade de revisão genérica de juros, afronta à livre concorrência, livre iniciativa e isonomia em contrariedade aos artigos 5º, *caput* e inciso XIII e 170, IV, da CF; (c) existência de decisão do STF, proferida no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 2591/DF, dotada de força vinculante em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública Direta e Indireta (art. 102, § 3º, da CF e art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999), que trata da ausência de competência do Poder Judiciário para fixar regras

abstratas e genéricas relativamente à taxa de juros a ser aplicada pelas instituições financeiras; (d) nulidade dos acórdãos recorridos em razão de ausência de fundamentação relativamente à majoração da condenação da recorrente, à rejeição dos embargos declaratórios e à indevida aplicação do art. 78 do CDC, o que violou o artigo 93, IX, da CF; e (e) cerceamento de defesa ocasionado pelo indeferimento de produção de prova e simultânea utilização do fundamento da insuficiência de provas para proferir decisão em desfavor da recorrente, em afronta ao artigo 5º, LV, da CF.

13. Recebidos os recursos, foi atribuído efeito suspensivo ao apelo especial e apresentadas contrarrazões pelo MPRS. Atualmente, os autos se encontram conclusos, para realização de juízo de admissibilidade pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS).

14. Tendo tomado ciência acerca da presente demanda; considerada a relevância da matéria; a existência de pronunciamento anterior do BCB e de decisão vinculante do STJ em sentido contrário; o risco de que a limitação de juros remuneratórios possa impor grave dano ao mercado de crédito, na medida em que implicará restrição à concorrência ao submeter a taxas médias gerais empresas que atuam em diferentes nichos comerciais; a possibilidade de ser prejudicial aos consumidores, eis que poderá relegá-los ao “mercado de crédito não autorizado pelo BCB”; o Procurador-Geral Adjunto do Banco Central, titular da Seção de Contencioso Judicial e Gestão Legal submeteu a esta Procuradoria Regional do Banco Central do Rio Grande do Sul (PRERS) “o encargo de elaborar avaliação conclusiva sobre o tema, pronunciando-se sobre a legitimidade e possibilidade de intervenção do Banco Central, ao amparo do art. 138 do Código de Processo Civil, nos autos da mencionada ação em ordem a prestar esclarecimentos técnicos fáticos e jurídicos sobre a matéria.”<sup>4</sup>

15. É o relatório. Passo à apreciação.

## APRECIÇÃO

### 1 Da legitimidade do Banco Central para atuar como “amicus curiae” e da possibilidade de tal intervenção

16. Trata-se o BCB de entidade com notória especialização na matéria versada no processo, sendo dotado de capacidade objetiva para contribuir tecnicamente com o conteúdo da decisão a ser proferida, quando do julgamento dos recursos especial e extraordinário em comento. O BCB, convém referir, já atuou na condição de *amicus curiae* em mais de uma oportunidade, por solicitação do STJ ou por iniciativa própria, tendo prestado subsídios, inclusive, para auxiliar no julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530/RS, como adiante será detalhado. A Autarquia goza de representatividade adequada, pois possui legitimidade e interesse em atuar na defesa institucional de salvaguardar a higidez do sistema financeiro como um todo e, por consequência, proteger a sociedade e, dentro dessa, os consumidores que necessitam de serviços prestados por instituições financeiras.

17. Nesse contexto, é necessário destacar que o BCB é instituição garantidora do cumprimento das normas expedidas pelo CMN (art. 9º da Lei nº 4.595, de 1964), o qual, em razão da competência que lhe foi atribuída pelo art. 4º, IX da Lei nº 4.595, de 1964<sup>5</sup>, é quem tem poder de “[I]mitar,

<sup>4</sup> Despacho 9522/2017-BCB/PGBC, de 27 de abril de 2017, doc. 6 do PE nº 110568.

<sup>5</sup> “Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: (...) 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 da República do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover: - recuperação e fertilização do solo; - reflorestamento; - combate a epizootias e pragas, nas atividades rurais; - eletrificação rural; - mecanização; - irrigação; - investimento indispensáveis às atividades agropecuárias”

*sempre que necessário, as taxas de juros*” a serem adotadas para a remuneração de serviços bancários ou financeiros.

18. Além disso, a extrema importância da matéria, sua especificidade e repercussão são indiscutíveis, pois se está a tratar de assunto que transcende os aspectos meramente jurídicos, possuindo relevância na área econômica e social. Como será adiante tratado com mais vagar, ao estabelecer um “teto” não previsto em lei, regulamento, Resolução do CMN ou Circular do BCB para os juros remuneratórios a serem aplicados em contratos celebrados com um nicho específico de clientes, comumente chamados de “superendividados”<sup>6</sup>, o Colendo TJRS, no louvável intuito de proteger tais consumidores, ao invés de outorgar-lhes proteção, certamente relegará esses mesmos consumidores ao mercado marginal, ou seja, ao mercado de instituições não autorizadas pelo BCB a atuar no sistema financeiro, o que é, sem dúvida, muito grave.

19. Como transparece evidente, o interesse da Autarquia é *institucional*, voltado ao interesse público, na tutela da própria sociedade. O objetivo da atuação do BCB, que não defende direito próprio, esclareça-se, longe de ser o de “porta-voz” de instituições financeiras, tem por finalidade trazer ao processo um exame técnico e isento sobre as questões debatidas, tais como “juros remuneratórios”, “diferenciação de mercados”, “função das taxas de juros médias divulgadas pelo BCB”, além da possível repercussão social que um “tabelamento” não previsto em lei ou em qualquer ato infralegal pode gerar. Tais questões, que necessitam ser analisadas com profundidade e bem resolvidas, lamentavelmente não foram sequer tangenciadas na sentença e no acórdão, cujo conteúdo se restringiu a tratar de modo superficial a alegada abusividade do percentual de juros aplicados à luz das normas insculpidas no Código de Defesa do Consumidor.

20. A espécie de intervenção no processo ora pretendida pelo BCB, tem o intuito colaborativo e, por sua própria natureza, é pontual e terá por finalidade contribuir com informações técnicas que agreguem valor ao conteúdo do julgamento dos recursos extraordinários. O objetivo da Autarquia é, na função de “colaborador qualificado”, gerar o efeito benéfico de evitar um risco contornável e desnecessário, podendo impedir a multiplicação de decisões genéricas e, conforme o caso, equivocadas, cujos efeitos possam provocar graves prejuízos na ordem econômica e social, gerando externalidades<sup>7</sup> negativas graves, como o fechamento do crédito por instituições financeiras autorizadas a atuar pelo BCB e que, por razões comerciais, escolheram atuar com foco em determinado nicho de mercado de clientes.

21. Assim, diante do até aqui narrado, me parece evidente que o BCB não somente possui legitimidade para atuar no feito na condição de *amicus curiae*, porquanto preenchidos os requisitos previstos no artigo 138 do CPC, como tal intervenção é necessária e pertinente ao deslinde da controvérsia, devendo ser requerida ao STJ, no caso de admissão do recurso especial interposto pela Crefisa, ou ao STF, na hipótese de admissão do recurso extraordinário apresentado pela mesma instituição financeira.

---

6 No mercado, emprega-se a expressão “negativados”. Porém, considera-se a expressão depreciativa da situação desses consumidores, razão da opção pelo emprego do termo “superendividados” ao longo deste parecer.

7 De acordo com Vasco Rodrigues: “Externalidade é o impacto que a actividade de um agente económico impõe a outro que não por via do sistema de preços. A externalidade diz-se positiva ou negativa consoante o impacto se traduz num benefício ou num custo para o agente que o suporta”. RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito**: uma introdução. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 81.

22. Em caso, de acordo com a jurisprudência do STJ<sup>8</sup>, o momento processual oportuno e adequado para o ingresso do BCB como “amigo da Corte”, considerada a fase em que se encontra o processo judicial atualmente, é: após a admissão do apelo especial ou extraordinário pelo respectivo Tribunal de Cúpula, e antes da inclusão do recurso em pauta de julgamento.

## **II Da contrariedade do decidido pelo TJRS ao conteúdo do Parecer PGBC-207/2008 e, em especial, à orientação vinculante fixada pelo STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530-RS. Incidente de Processo Repetitivo. Intervenção do Banco Central como “amicus curiae” requerida pelo STJ naquele processo. Usurpação da competência do CMN e não sujeição da matéria ao CDC, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal**

23. A matéria versada na demanda já foi decidida em sentido contrário pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530/RS, escolhido como representativo da controvérsia em Incidente de Processo Repetitivo ainda sob o regime do Código de Processo Civil de 1973. Em tal ocasião, ao tratar do assunto juros remuneratórios aplicados por instituição financeira, o STJ fixou orientação vinculante no sentido de que, *a instituição de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade*, bem como que é admitida a revisão das taxas em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, *ante as peculiaridades do julgamento concreto*.

24. Naquele processo, o BCB atuou como *amicus curiae*, em atendimento ao ofício então enviado pelo Ministro Ari Pargendler, à época integrante do STJ e relator do recurso, ao Presidente desta Autarquia, dando-lhe ciência acerca da afetação do referido apelo especial, para efeitos do art. 543-C do CPC, de 1973 (vigente à época), e abrindo-lhe prazo para manifestação.

25. A matéria foi analisada no Parecer PGBC-207/2008<sup>9</sup>, o qual foi juntado aos autos do Recurso Especial nº 1.061.530/RS, e nele se concluiu que a regulamentação das taxas de juros remuneratórios não é diretamente regulada pelo CDC (item do referido pronunciamento), bem como que, “no que toca à livre pactuação de juros no âmbito do Sistema Financeiro, não é apropriada a utilização de taxas médias divulgadas pelo Banco Central como critério exclusivo para a caracterização de prática abusiva, na forma da legislação consumerista.” (item 97, letra “a”, do parecer referido).

26. Na manifestação da Autarquia, tendo por base as informações técnicas prestadas pelo Departamento Econômico do Banco Central (Depec), esclareceu-se, à época, que o objetivo da taxa de juros média divulgada pelo Banco Central, através da coleta e divulgação das informações, é oferecer instrumentos aos tomadores para comparar as taxas de crédito praticadas em diferentes modalidades de crédito e, assim, fomentar a concorrência (itens 18 e 23 do multicitado parecer), bem como servir como subsídio para as tomadas de decisões do Banco Central, na condução da política econômica e monetária do País (item 21 do parecer).

27. Asseverou-se que, a contrário senso, a referida taxa média não tem por finalidade servir de limite para a cobrança de juros remuneratórios em contratos bancários, podendo ser visualizada como um parâmetro de tendências, um referencial, mas jamais ser utilizada para o estabelecimento

---

8 EDcl no REsp 1483930/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, Data do Julgamento 26/04/2017, DJe 03/05/2017; PETREQ no REsp 1142177, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, D. Pub. 8/8/2012; ADI 4071/DF (em que o Rel. Ministro Menezes de Direito indeferiu o ingresso de *amicus curiae* após a inclusão do processo em pauta para julgamento).

9 O inteiro teor deste pronunciamento, pode ser consultada na **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, vol. 2 – nº 2, fls. 225/269. Disponível em: <<https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/issue/view/22>>. Acesso em 3 abr. 2018.

de um teto não previsto em lei ou norma infralegal, na medida em que “os números consolidados divulgados envolvem operações com perfis completamente distintos, daí a impossibilidade de se cotejar esse taxa com a praticada em contrato específico, no qual o preço (taxa efetivamente praticada) refletirá as idiosincrasias das pessoas e empresas envolvidas no caso concreto” (itens 24 e 25 do parecer).

28. Quanto à forma de cálculo da taxa de juros mensal média, esclareceu-se ser realizada com base em informações recebidas diariamente pelo BCB, segregadas segmentos (pessoa física e pessoa jurídica), que, por sua vez, subdividem-se nas diversas modalidades de crédito, de acordo com o previsto na Circular BCB nº 2.957, de 30 de dezembro de 1999, hoje pela Circular BCB nº 3.870, de 19 de dezembro de 2017. De posse de tais dados, a Autarquia promove o cálculo das taxas médias para as diversas modalidades de crédito, através da ponderação entre as taxas de juros praticadas por cada instituição financeira e seus respectivos volumes de operações de crédito (item 16 do parecer).

29. Tomando por base os esclarecimentos técnicos abordados nos parágrafos anteriores, concluiu-se que a utilização das taxas divulgadas pelo Banco Central como marco delimitador da abusividade de juros remuneratórios é evidente equívoco. Em razão de sua clareza, veja-se o teor do referido parecer que segue abaixo parcialmente transcrito:

*(...) a utilização das taxas divulgadas pelo Banco Central como marco, único e exclusivo, para a indicação da prática de juros abusivos, constitui flagrante erro. É preciso, portanto, considerar as características particulares do caso para, enfim, apurar se, naquele específico caso, houve infringência do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque as taxas divulgadas pelo Banco Central consolidam contratos com características muito diferentes no que tange a prazos, que podem ser mais longos ou mais curtos; à existência ou não de garantias; aos processos de fidelização do cliente, o que garante taxas mais baixas; ou ainda relativas aos encargos pós-fixados. Portanto, somente a análise casuística seria capaz de caracterizar um contrato bancário com obrigações que serão consideradas abusivas e, em razão disso, nulas de pleno direito na forma da legislação consumerista. Em síntese, com o perdão pelo uso da expressão popular, usar apenas e somente a taxa média de juros divulgada pelo Banco Central como critério para a caracterização da abusividade é comparar alhos com bugalhos (item 25 do parecer).*

30. Na sequência, ao julgar o recurso em que o BCB foi admitido como *amicus curiae*, que versa a respeito do mesmo tema ora debatido, o STJ trilhou o mesmo sentido dos subsídios técnicos prestados pela Autarquia, fixando orientação de que as taxas de juros remuneratórios não se submetem a teto genérico, podendo ser excepcionalmente revistas, quando, no caso concreto, estiver suficientemente demonstrada a sua abusividade. Para maior comodidade, segue abaixo transcrito trecho da ementa do acórdão do recurso representativo da controvérsia, na parte em que tratou da matéria juros moratórios:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO.

DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO

Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI n.º 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos

regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado.

Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade.

Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício.

(...)

#### ***I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.***

##### ***ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS***

*a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;*

*b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;*

*c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;*

*d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.*

(Grifo acrescido.)

31. A violação direta ao que assentado pelo STJ nos autos do Recurso Especial em referência fica ainda mais evidente quando se tem em conta o histórico do precedente. Efetivamente, *a relatora do acórdão, Min. Nancy Andrichi, havia proposto, inicialmente, que a abusividade estaria presumida ou caracterizada sempre se apurasse que os valores cobrados superavam o dobro da taxa média.* Essa intenção inicial ficou consignada no voto proferido pelo Ministro Luís Felipe Salomão, abaixo transcrito:

2. Voto da Relatora:

Em extraordinário e denso trabalho, a culta Ministra Relatora proferiu bem fundamentado voto, estabelecendo as seguintes teses:

[...]

d) Não reconhecimento da abusividade das taxas de juros que não ultrapassem o dobro da taxa média de mercado, conforme apurada pelo Banco Central.

32. Não obstante essa posição inicial da ilustre relatora, na qual não seriam abusivas apenas as taxas inferiores ao dobro da taxa média, após as ponderações dos demais ministros, notadamente do próprio Ministro Luís Felipe Salomão e João Otávio Noronha, a eminente relatora ajustou o voto. Eis as considerações dos ministros sobre a possibilidade de fixar um teto com base na dobra da taxa média divulgada pelo Banco Central:

Min. João Otávio Noronha:

Por isso, hei de divergir da proposta da eminente relatora de que esta Corte estabeleça um teto correspondente ao dobro da taxa média como sendo os juros razoáveis. Vale dizer, haveria o Judiciário de reconhecer como abusivos os encargos financeiros quando a taxa pactuada ultrapassasse o dobro da média da taxa de juros praticada pelo mercado financeiro. A meu

sentir, melhor será aferir a abusividade diante do caso concreto, tendo em conta a realidade econômica vigente em determinado local e tempo. Confio que, nas instâncias ordinárias, os julgadores saberão, caso a caso, diagnosticar se está ou não configurada a chamada abusividade dos encargos cobrados para daí, então, descaracterizar ou não a mora.

Há outro detalhe: Sua excelência Ministra Nancy Andrighi, embora estipule o dobro, sustenta que é permitido à instituição financeira provar que, com relação àquele cliente, os riscos oferecidos são maiores. Tenho como correta tal afirmativa, pois, na estipulação da taxa de juros, segundo a boa técnica bancária, o banco há de levar em conta não apenas os riscos macroeconômico e setorial, mas também o risco do cliente. Todavia, surge outro problema: admitida essa possibilidade, que me parece extremamente razoável, inviabilizada encontra-se a tese que permite ao juiz, de ofício, conhecer da abusividade dos encargos, visto que, ante a falta de alegação do devedor, o que torna a questão incontroversa, nem sequer seria possível oferecer à instituição financeira a oportunidade de desincumbir-se do mister de demonstrar e provar que a elevação da taxa de juros, no caso concreto, decorreria do elevado risco-cliente.

Ministro Luís Felipe Salomão:

*Todavia, ousou divergir em relação aos critérios para a aferição da abusividade da taxa de juros remuneratórios.*

*No julgamento dos Embargos Declaratórios na ADI 2.591-1/DF, os Ministros do Supremo Tribunal Federal deram provimento, por unanimidade, aos embargos opostos pelo Procurador Geral da República para reduzir a ementa referente ao julgamento da ADIN. O Relator, Ministro Eros Grau, esclareceu o alcance da decisão prolatada em relação à taxa de juros remuneratórios:*

(...)

*“Isso não significa, contudo, que o Poder Judiciário não fiscalize, que o Poder Judiciário não controle e opere a revisão, caso a caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual das taxas de juros. Isso diz a ementa. Diz que o poder Judiciário operará o controle e a revisão, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. Estamos seguramente de acordo quanto a este ponto. Não há, nele, contradição nenhuma a ser superada, nem há omissão qualquer a ser colmatada. De resto, é inadmissível o rejuízo da matéria nesta sede, que é isso o que se pretende mediante o oferecimento dos presentes embargos.”*

Portanto, em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual estamos estritamente vinculados, conforme o art. 102, § 2º, da CF, a abusividade dos juros remuneratórios pactuados deve ser analisada caso a caso, não cabendo estabelecer critérios estritos de aferição.

33. Após considerações desse porte, que remetem, inclusive à precedente vinculante em controle concentrado, a ilustre relatora entendeu por bem acompanhar a maioria da Corte e eliminar a tese da abusividade tabelada e – bem de ver – em critérios bem mais modestos que os empregados pelo TJRS, pois vinculada à dobra da taxa média divulgada pelo Banco Central, fato que fica claro na passagem de voto do Ministro Carlos Fernando Mathias, como se pode observar desse trecho do acórdão:

O SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO): Sr. Presidente, permita-me corrigir essa parte em que votei ‘a vôo de pássaro’. Não estou acompanhando quanto ao dobro das taxas.

O SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO

TRF 1ª REGIÃO): Tenho nota aqui que isso já estaria resolvido, mas se não está – e, vejo que não foi apenas eu que pensei assim, o Sr. Ministro Beneti também –, salvo se a eminente Relatora vier a alterar essa questão do dobro, não haveria divergência alguma. Mas, também com relação ao dobro dos juros remuneratórios.

34. Ora, se o acórdão paradigma referido, proferido sob o rito do art. 543-C do CPC, de 1973, rejeita a possibilidade de um teto fixado com base na dobra da taxa média divulgada pelo BCB, que se dirá de um acórdão que, genericamente, para uma determinada instituição, especializada em determinado nicho de mercado, com alta inadimplência (os chamados “superendividados”), fixa uma taxa equivalente à taxa média mais um quinto.

35. Daí se poder afiançar que a avaliação da matéria pela 17ª Câmara do TJRS ocorreu de forma oposta à orientação fixada pelo STJ, na medida em que ao decidir conjuntamente as apelações cíveis (Processo nº 70071110472) interpostas por Crefisa e pelo MPRS, confirmou parcialmente a sentença para, com base no art. 51, IV e § 1º, III, do CDC, sob o fundamento de abusividade, limitar os juros remuneratórios praticados pela instituição financeira nos contratos de crédito não consignado a pessoa física, à taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central, acrescida de um quinto.

36. Ao decidir a demanda, o TJRS adotou as seguintes razões:

Inicialmente, oportuno salientar que a questão referente ao limite dos juros remuneratórios aplicados nos contratos bancários já se encontra consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça pelo REsp. n. 1.061.530/RS.

Em síntese, ainda que as instituições financeiras não se sujeitem à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei da Usura (Decreto 22.626/33), conforme prevê a Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, e que a simples estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano não indica qualquer abusividade, não significa dizer que se pode praticar livremente os juros remuneratórios.

Ao contrário, o julgado que unificou o entendimento a fim de orientar a solução dos recursos repetitivos, admitiu a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle da taxa cobrada quando evidentemente abusiva, ou seja, quando a vantagem auferida pela instituição financeira for manifestamente excessiva, estabelecendo obrigação capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - artigo 51, §1º, do CDC -, de forma incompatível com a boa-fé e equidade contratual. Passou a ser utilizado como parâmetro balizador para verificação de abusividades no caso concreto a taxa média de mercado mensalmente divulgada pelo BACEN, calculada segundo informações prestadas por diversas instituições financeiras, a qual bem representa a autorregulação de mercado conforme modalidade de contrato, categoria do tomador (pessoa física ou jurídica), origem do recurso e data de assinatura.

Em suma, *a taxa média é sem dúvida a melhor ferramenta* referencial à disposição do Poder Judiciário para verificação de abusividade conforme as peculiaridades do caso concreto.

No julgado representativo de controvérsia constou expressamente que, como média, não se pode exigir que todos os empréstimos sejam feitos segundo essa taxa. Se isto ocorresse, a taxa média deixaria de ser o que é para ser um valor fixo. Há, portanto, que se admitir uma faixa razoável para a variação dos juros. Nesse viés, questiona-se qual seria o parâmetro superior à média para declarar a taxa aplicada ao caso concreto como abusiva. O próprio recurso especial dá solução à questão ao afirmar a possibilidade de o juiz, de acordo com seu livre convencimento, indicar outro patamar mais adequado para os juros, segundo as circunstâncias particulares de risco envolvidas no empréstimo.

Assim, a abusividade deve ser aferida em cada caso concreto, *com base na razoabilidade e grau de risco de cada cliente*.

É de conhecimento geral que os juros remuneratórios comumente praticados pela ré desbordam substancialmente da taxa média praticada pelas demais instituições financeiras.

Com efeito, em nenhuma das jurisprudências mencionadas no recurso repetitivo referido alhures foram praticados juros com taxa superior a 300% ao ano, enquanto, no caso da ré, são cobradas taxas que se aproximam de **1.000% ao ano**, ou seja, superiores, inclusive, àquelas praticadas pelas operadoras de cartão de crédito, reconhecidas como as mais altas do país, que giram em torno de 500% ao ano, constituindo tal praxis verdadeiro abuso comercial/social e enriquecimento ilícito injustificado.

Ainda que se considere a alegação da ré, de que as decisões que amparam o inquérito civil demonstram o custo efetivo total do crédito, e não apenas os juros remuneratórios cobrados, ainda assim, haveria abusividade, tamanha a discrepância com a média praticada pelo mercado. Aliás, basta que se realize busca na jurisprudência desta Corte para verificar a prática reiterada da CREFISA quanto à cobrança abusiva de juros remuneratórios<sup>10</sup>.

A afirmação de que a tabela divulgada pelo BACEN não considera o perfil de clientes da apelante, razão por que não compara situações idênticas, não é verdadeira, uma vez que o cálculo para obtenção da média abrange todas as modalidades de contrato e “fatias” de risco do crédito, inclusive aquela na qual costuma atuar a ré (Tabela das fls. 72/73). O nicho de mercado de atuação da ré integra o cálculo do BACEN elevando, por óbvio, a taxa média de mercado na modalidade correspondente.

É verdade que quanto maior o risco de inadimplência e demora na recuperação do crédito, maior terá que ser a remuneração cobrada no mercado financeiro. Contudo, isso não significa que se pode cobrar taxa remuneratória cinco vezes superior à média, enriquecendo-se ilicitamente, justamente às custas de consumidores em situação de premente necessidade.

Nenhum risco justifica tamanha abusividade/ilicitude.

Há informação de que os empréstimos, concedidos para aposentados, pensionistas e servidores públicos, na modalidade não consignado – conforme site da própria ré –, são condicionados ao desconto das parcelas na *conta corrente do mutuário na data em que recebe seu pagamento*, fato que, à evidência, reduz substancialmente o risco de inadimplemento.

A alegação de ofensa à isonomia, porque a apelante estaria impedida de estipular juros acima da média de mercado, enquanto todas as outras instituições estarão livres para cobrar o que bem lhe convier não se sustenta, uma vez que nenhuma instituição pode extrapolar de forma desproporcional e desarrazoada da média de mercado.

O parecer juntado pela ré às vésperas da sessão de julgado aborda e defende, em síntese, que a média de mercado divulgada pelo BACEN deve ser considerada como simples “indicativo”, uma vez que não considera o chamado “spread” bancário, risco de inadimplência na área de atuação da ré. Entretanto, é justamente para corrigir a situação vivenciada pela demandada, em vista do perfil de seus contratantes, que se permite a extrapolação da taxa média de mercado na

---

<sup>10</sup> A título de conhecimento, constou no site [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br), na data de 17/04/2017, a seguinte notícia:

A 22ª câmara de Direito Privado do TJ/SP determinou que a Crefisa revise os juros remuneratórios de um empréstimo pessoal fornecido a um cliente, muito superiores à média praticada pelo mercado no mesmo período. A taxa anual de juros da operação foi da ordem de 706,42%.

O relator do recurso, desembargador Matheus Fontes, concluiu que os juros cobrados “discrepam, e de modo substancial, da média de mercado contemporânea, tornando-se manifestamente abusivos, inclusive por não justificada a elevação pelo risco da operação”. Para corrigir o abuso, os juros deverão ser reduzidos até a taxa média praticada por instituições financeiras no período, mediante o recálculo da dívida.

O magistrado determinou também que cópias dos autos sejam enviadas ao MP/SP – mais especificamente a uma das Promotorias de Justiça do Direito do Consumidor – e à Diretoria de Fiscalização do BC, para que as entidades analisem o caso e tomem eventuais providências, “uma vez constatada evidente e cabal ofensa ao direito do consumidor.” A decisão do colegiado foi unânime. •Processo: 1000037-68.2015.8.26.0233.

forma do pedido, sem que haja ofensa à legislação vigente. Nesse contexto, entendo ser razoável o critério adotado pelo Ministério Público na petição inicial, para que sejam limitados os juros remuneratórios praticados pela ré à média de mercado, acrescido de 1/5, conforme limite previsto no **artigo 4º da Lei de Economia Popular**<sup>11</sup>. Por que, fora destes limites, está caracterizada a conduta delituosa.

Mantida a sentença de procedência no ponto.

37. Observe-se que, não obstante o acórdão enfatize que não estaria sendo criado um “teto” para o percentual de juros remuneratórios a serem aplicados em contratos de crédito pessoal não consignado a pessoas físicas, na prática, é precisamente esse o efeito da decisão genérica proferida.

38. O próprio precedente citado na decisão colegiada, nada mais é que o acórdão que julgou o Recurso Especial nº 1.061.530/RS, o qual, como já referido, fixou orientação contrária ao que decidiu o TJRS, nele estando expresso que: (i) a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só não indica abusividade, e (ii) É admitida a revisão de taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

39. Ora, se a questão, segundo orientação do STJ em sede de julgamento de recurso repetitivo, deve ser decidida caso a caso, por óbvio que a estipulação de uma margem de apenas um quinto acima da taxa média de mercado, a ser aplicada indistintamente a grande número de contratos de crédito, viola tal determinação, estando, também, em desacordo com o entendimento do Departamento Econômico do Banco Central reproduzido no Parecer PGBC-207/2008.

40. O grande equívoco do acórdão do TJRS ao estipular um “tabelamento” de juros remuneratórios, é que não estão sendo comparadas situações idênticas. A taxa média mensal não diferencia o nível de risco de cada cliente<sup>12</sup>, não podendo ser utilizada como “parâmetro balizador” para a *verificação de abusividades no caso concreto*. Caso se desejasse uma situação efetivamente igualitária, o correto seria existir uma taxa média para cada nicho do mercado de crédito, mas não é o caso.

41. Ao invés disso, ao julgar as referidas apelações – sem ter sido realizada uma análise econômica pormenorizada, nem considerado o custo efetivo do crédito que é diferenciado de acordo com os perfis de clientes, tampouco observada a parcela do mercado atingida, a composição do *spread* bancário ou o risco de inadimplência –, a 17ª Câmara Cível do TJRS limitou-se a estabelecer, tomando por fundamento a cláusula aberta prevista no art. 51, IV e § 1º, III, do CDC<sup>13</sup>, sem maiores aprofundamentos, um “tabelamento” puro e simples para o percentual de juros remuneratórios.

42. Na decisão, não foi considerado que os juros remuneratórios constituem o custo do dinheiro emprestado, de modo que determinada taxa média geral poderá ser abusiva para um cliente com baixo risco de inadimplência, com possibilidade de oferecer garantias e dotado de perfil de bom pagador, enquanto a mesma taxa poderá não representar abusividade alguma, se aplicada a um

11 Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: [...] b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, **abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte**, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

12 A taxa média divulgada pelo BCB é um conjunto de tabelas que correspondem a médias aritméticas ponderadas pelos valores das operações contratadas nos cinco dias úteis referidos em cada tabela. Essas taxas representam o custo efetivo médio das operações de crédito para os clientes, composto pelas taxas de juros efetivamente praticadas pelas instituições financeiras em suas operações de crédito, acrescidas dos encargos fiscais e operacionais incidentes sobre as operações. (Disponível em: <www.bcb.gov.br>).

13 “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...) § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: (...) III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.”

contrato de mútuo celebrado com um cliente classificado como “superendividado”. Pelo mesmo motivo, o “ranking” entre as taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras e divulgado pelo BCB, referido no acórdão, não traduz a realidade. As taxas médias não podem “servir de ferramenta” para aferir a abusividade de determinado percentual de juros remuneratórios.

43. Tal tabelamento, além de equivocado, saliente-se, não encontra previsão legal ou regulamentar. Com efeito, a competência para disciplinar a matéria, como já referido, é do CMN, na medida em que a Lei nº 4.595, de 1964, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com *status* de lei complementar, em seu art. 4º, inciso IX, determinou competir exclusivamente ao CMN, como órgão normatizador do Sistema Financeiro Nacional, limitar, quando necessário, as taxas de juros praticadas em operações e serviços bancários e financeiros.

44. No mais, necessário referir que os princípios do livre convencimento do juiz e da razoabilidade, também utilizados como fundamento no acórdão recorrido, não podem autorizar o Poder Judiciário a atuar como se legislador fosse. Em momento anterior, inclusive, à entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, em 11.12.1987, o Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Conflito de Atribuições nº 35-I-RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, já havia tratado do assunto e reconhecido ter sido delegada ao CMN a competência para editar atos normativos de regulação do Sistema Financeiro Nacional. A clareza da decisão do STF justifica a sua transcrição, a qual segue abaixo:

*(...) Esse poder de criar o direito material é, em princípio do Legislativo, segundo as competências constitucionalmente distribuídas, cabendo, em outros casos, delegação de poderes normativos complementares a órgãos administrativos, que os exercem como atribuições. É o que acontece com o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil, no campo ora focalizado.*

11. No caso, o MM. Juiz da 20ª Vara Cível, imbuído, reconheça-se de nobres propósitos, como também os do ilustre Curador de Justiça de Consumidores, que provocou sua decisão liminar houve por bem fixar normas genéricas de conduta para os Bancos suscitantes perante seus clientes, quando os proibiu de:

“(...)”

V – cobrar como remuneração corrente dos empréstimos automáticos sacados pelos clientes-consumidores, juros em quantias que excedam correções monetárias das OTNs e mais acréscimos de 7% ao ano, podendo este limite ser alterado para mais ou para menos, pelo Juízo, no curso do processo, considerando-se situações conjunturais a advir no país;

(...)”

12. Nesse ponto, o nobre Magistrado não se limitou a praticar ato de seu ofício, prestando jurisdição. Ou seja, não cuidou de declarar o direito, mesmo em caráter liminar em face da situação concreta entre partes determinadas e conhecidas, ou mesmo envolvidas em interesses coletivos.

Na verdade o que fez foi, mediante provocação do Ministério Público, criar normas genéricas de conduta dos Bancos-réus perante seus clientes, quaisquer que eles sejam, a serem observadas no curso do processo, até final sentença.

Normas genéricas, que, além de não competirem ao Judiciário, no estrito exercício de sua função jurisdicional, colidem frontalmente com as já baixadas pelos órgãos administrativos competentes, no exercício do poder normativo legalmente conferido (Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil).

Não se trata, pois, apenas de incorreta interpretação de lei, no exercício de estrita jurisdição. Mas de exercício indevido de poder normativo delegado a órgãos administrativos, que já o exerceram.

Enfim, no ponto em que se chocam as normas baixadas pelo MM. Juiz, a pedido do Ministério Público e as ditadas pelo Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil, há um evidente conflito.

(...)

14. Isto posto, adotando, integralmente, o parecer da Procuradoria-Geral da República, conheço, em parte, do conflito, ou seja, no ponto em que o MM. Juiz fixou normas genéricas de conduta para os suscitantes (...), pois quanto a isso, considero competentes o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil, que baixaram suas normas a respeito da matéria.

45. Prosseguindo, quanto à aplicação do CDC, vale citar que, na ADI nº 2591-1/DF, Relator para o acórdão Min. Eros Grau, foi decidido que compete ao CMN a fixação da taxa de juros praticada no mercado, não estando sujeito às normas do CDC *o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia*. Para maior comodidade, segue abaixo a ementa da decisão:

EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.

1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.

3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência.

4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro.

5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia.

6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. – Sem grifos no original.

(Publicada no Diário de Justiça em 29/09/2006.)

46. Evidente, portanto, que o acórdão proferido no julgamento das apelações cíveis no Processo nº 70071110472; além contrariar o entendimento a respeito da matéria no âmbito desta Autarquia contido no Parecer PGBC-207/2008; violou flagrantemente diversos dispositivos da

legislação em vigor; contrariou a jurisprudência vinculante do próprio STJ, cuja orientação foi fixada no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.061.530/RS, a qual é no sentido de que a abusividade da taxa de juros deve ser analisada caso a caso, não servindo as taxas médias divulgadas pelo BCB como “teto”, mas apenas como referencial; assim como, foi de encontro ao entendimento do STF que reconheceu ter sido delegada ao CMN a competência para editar atos normativos de regulação do Sistema Financeiro Nacional e não se aplicar o CDC relativamente à remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras.

### III Informações técnicas prestadas pelo Departamento Econômico do Banco Central (Depec). Ratificação do conteúdo do Parecer PGBC-207/2008. Identificação de risco para higidez do Sistema Financeiro Nacional

47. Embora a matéria tratada no presente feito seja a mesma sobre a qual versou o Parecer PGBC 207/2008 e o Recurso Especial nº 1.061.530/RS, com intuito colaborativo, foi elaborada nova consulta ao Departamento Econômico do Banco Central (Depec), solicitando o fornecimento de subsídios. Ao ser respondida, a consulta confirmou o que vem sendo dito ao longo deste parecer e que não é novidade no âmbito do STJ.

48. Dessa forma, feitas diversas indagações a respeito da matéria à área técnica do BCB, o referido componente técnico prestou as seguintes informações e esclarecimentos<sup>14</sup>, os quais seguem transcritos de maneira resumida:

- (a) As taxas de juros médias mensais das operações de crédito do sistema financeiro representam as médias das taxas de juros das operações contratadas no mês de referência em cada modalidade de crédito, ponderadas pelos respectivos valores contratados, e que são informadas pelas instituições financeiras. Essas taxas incluem os juros e os encargos fiscais e operacionais incidentes sobre as operações<sup>15</sup>. De posse das informações, o BCB compila as estatísticas referentes às taxas de juros e outros indicadores relativos ao mercado de crédito;
- (b) O objetivo das taxas médias mensais de juros é apurar o custo efetivo médio das operações de crédito para os clientes, de modo a compreender todos os custos diretamente associados às operações, que envolvem as taxas de juros propriamente ditas e os encargos fiscais e operacionais. **A compilação dessas estatísticas tem vários objetivos. Um dos principais fins é permitir o acompanhamento e análise de um dos canais de transmissão da política monetária para a economia, que ocorre por intermédio do mercado de crédito.** Isso significa verificar como reagem os volumes contratados e as taxas de juros das operações de crédito em função de reduções ou elevações da taxa básica de juros (taxa Selic) a partir das decisões do Comitê de Política Monetária (Copom) do Banco Central. **Outro objetivo igualmente importante é prover informações macroeconômicas sobre o mercado de crédito, para o acompanhamento dos seus efeitos** sobre o consumo das famílias e o investimento das empresas;
- (c) As taxas médias mensais das operações de crédito são apuradas pelo Banco Central segmentadas por pessoas físicas e jurídicas, por operações com recursos livres e com recursos direcionados e por modalidades de crédito em cada um desses segmentos. **Nessa apuração, não há diferenciação de clientes de acordo com o nível de risco a eles associado, nem por nichos de instituições financeiras ou tomadores de crédito;**

<sup>14</sup> Documento anexo, elaborado em setembro de 2017, pelo Chefe Adjunto do Departamento Econômico Eduardo José Araujo Lima.

<sup>15</sup> A base legal atual das informações de crédito, cujos dados são utilizados para a consolidação das taxas médias de mercado, é a Circular 3.870, de 19 de dezembro de 2017, a qual, a contar de 1º de janeiro de 2018, revogou a Circular 3.567, de 12 de dezembro de 2011.

- (d) Na composição das taxas mensais médias, além dos juros propriamente ditos, também são considerados os encargos fiscais (IOF) e operacionais (tais como seguros) incidentes sobre as operações. **Não há diferenciação dos custos conforme o perfil dos clientes;**
- (e) Quanto a servir como referencial para o mercado financeiro, embora não seja um dos principais objetivos das estatísticas de taxas de juros, **a taxa média pode servir de referencial para o mercado de crédito. De qualquer forma, é importante considerar que as modalidades de crédito compreendem operações bastante diferenciadas, com sub-modalidades diversas e classes de tomadores distintas. Por essa razão, na maioria das modalidades, as taxas médias refletem um amplo leque de taxas de juros;**
- (f) **No que concerne às taxas médias mensais servirem de “teto” para a aplicação de juros remuneratórios pelas instituições financeiras, é importante considerar que a taxa de juros é, em essência, um apereçamento do risco das operações de crédito. De forma geral, a fixação de tetos para taxas de juros pode ser prejudicial em dois sentidos. Primeiro, pode impedir o apereçamento adequado dos riscos compreendidos nas operações de crédito, com consequências negativas para o sistema financeiro, condição fundamental para o desempenho sustentado da atividade econômica. A outra consequência indesejável, e mais provável, tende a ser a limitação da oferta de crédito. Como os bancos não são obrigados a emprestar recursos financeiros, se o teto definido para a taxa de juros é avaliado como insuficiente para a cobertura dos riscos associados às operações, as instituições financeiras podem optar por restringir a oferta de crédito, com consequências negativas para o nível de atividade econômica do País (dados os efeitos negativos sobre o consumo e investimento) e para os tomadores de crédito, que precisarão buscar crédito fora do sistema financeiro, com menor segurança e, muito provavelmente, com custos mais elevados;**
- (g) **A utilização de taxas mensais médias como “teto” para a aplicação de juros remuneratórios pode gerar situações desproporcionais e não isonômicas entre as instituições financeiras, visto que tais taxas representam as médias apuradas para as modalidades de crédito que podem agrupar operações com características muito distintas em termos de risco e perfil de cliente. A título de exemplo, na modalidade de crédito pessoal não consignado (na qual estão classificadas as operações da Crefisa), há grande variedade de “sub-modalidades” de operações completamente distintas, como a de *home equity* (crédito em que um imóvel é dado como garantia e que, portanto, possui taxa muito mais baixa) e a de crédito para “superendividados”;**
- (h) **A utilização de taxas mensais médias como “teto” para a aplicação de juros remuneratórios pode gerar apenas externalidades negativas, na medida em que podem reduzir - ou mesmo inviabilizar - a oferta de crédito no sistema financeiro nacional para determinados perfis de clientes, obrigando-os a recorrer a outras fontes de empréstimos, muito provavelmente, com taxas mais altas e com menor segurança. Podem ocorrer, ainda, mudanças na estrutura de mercado, com redução do número de participantes pelo lado da oferta de crédito e eventual elevação da concentração. É possível que esse cenário seja menos favorável à concorrência econômica;**
- i) **Não é possível identificar a partir de qual percentual a taxa de juros aplicada por determinada instituição financeira passa a ser abusiva, na medida em que isso é equivalente a fixar um teto para essas taxas, sendo completamente arbitrário definir um ponto a partir do qual uma taxa passa a ser abusiva. É preferível buscar o provimento de condições para o funcionamento adequado do mercado de crédito, com redução das incertezas no quadro macroeconômico, transparência de informações, incentivo à concorrência no sistema financeiro e ampliação e aprofundamento das ações de educação financeira.**

49. Como se verifica das informações técnicas listadas no parágrafo anterior, as quais vão ao encontro do conteúdo do Parecer PGBC-207/2008 e, ao mesmo tempo, de encontro ao entendimento da 17ª Câmara do TJRS, é novamente destacado, desta vez pelo Departamento Econômico do BCB, que é aleatório o estabelecimento de um “teto” para a taxa de juros remuneratórios a ser aplicada por instituições financeiras. Tal “teto”, além de arbitrário, representa sério risco para o equilíbrio do sistema financeiro nacional e para os próprios consumidores, os quais, conforme o perfil que possuam, poderão se ver excluídos do mercado de crédito junto a instituições autorizadas a operar pelo BCB e, por isso, relegados ao chamado “mercado marginal”. Isso tudo, sem falar na quebra de isonomia e evidente restrição à concorrência entre as instituições financeiras que absorvam a mesma fatia do mercado de crédito.

50. No caso concreto, diante de todo o cenário até aqui enfocado, me parece evidente o equívoco, seja sob perspectiva jurídica, seja sob a perspectiva econômica, da decisão proferida pelo e. TJRS, a qual, usurpando a competência outorgada ao CMN, em contrariedade à jurisprudência vinculante do STJ (Recurso Especial nº 1.061.530/RS), estabeleceu um “tabelamento” de juros remuneratórios, não previsto em lei ou regulamento, submetendo a ele apenas uma única instituição financeira, em evidente quebra do princípio da isonomia e afronta à livre concorrência.

51. Embora, repita-se, louvável a intenção do MPRS, encampada pelo TJRS, no sentido de proteger uma parcela de consumidores, a determinação feita no acórdão recorrido não encontra respaldo na técnica de prudência macroeconômica, na legislação e jurisprudência vinculante brasileiras, representando, além disso, sério risco para a higidez do Sistema Financeiro Nacional, para o equilíbrio econômico e financeiro como um todo, podendo, ainda, no caso concreto, surtir efeito oposto ao esperado, ao forçar, na prática, o fechamento do mercado de crédito autorizado pelo BCB para determinado perfil de clientes.

52. Assim, levando em conta as informações técnicas prestadas pelo Departamento Econômico do BCB e todo o exposto até aqui, em especial a possibilidade de que a decisão, prolatada pela 17ª Câmara Cível do TJRS, possa gerar danos consistentes ao equilíbrio econômico e financeiro do País, entendo imprescindível que o BCB seja incluído no feito na qualidade de *amicus curiae*, a fim de que, sob a ótica regulatória do Sistema Financeiro, possa oferecer fundamentos aos órgãos julgadores dos recursos extraordinários que lhes foram endereçados.

## DA CONCLUSÃO

53. Feitas essas considerações, concluo que:
- (a) O BCB possui legitimidade para atuar no feito na condição de *amicus curiae*, porquanto preenchidos os requisitos previstos no artigo 138 do CPC;
  - (b) A intervenção do BCB no processo é necessária e pertinente ao deslinde da controvérsia, devendo ser requerida ao STJ, no caso de admissão do recurso especial interposto pela Crefisa, ou ao STF, na hipótese de admissão do recurso extraordinário apresentado pela mesma instituição financeira;
  - (c) Tendo em conta a jurisprudência do STJ, o momento processual oportuno e adequado para o ingresso do BCB como “amigo da Corte”, considerada a fase em que se encontra o processo judicial atualmente, é: após a admissão do apelo especial ou extraordinário pelo respectivo Tribunal de Cúpula, e antes da sua inclusão em pauta de julgamento, sendo, porém, até por razões de cautela, possível a juntada deste pronunciamento e anexos ainda com os autos em curso na Presidência do TJRS, antes mesmo do exame de admissibilidade dos recursos extraordinários;

- (d) A 17ª Câmara do TJRS, ao fixar um tabelamento genérico de juros remuneratórios praticados por determinada instituição financeira nos contratos de crédito não consignado a pessoa física, limitando-os à taxa média de mercado divulgada pelo BCB, acrescida de um quinto, sob o fundamento de abusividade (art. 51, IV e § 1º, III, do CDC), contrariou orientação vinculante fixada pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530/RS, escolhido como representativo da controvérsia em Incidente de Processo Repetitivo, ainda sob o regime do CPC, de 1973;
- (e) A decisão prolatada pela 17ª Câmara do TJRS está em desacordo com o entendimento do Departamento Econômico do Banco Central reproduzido no Parecer PGBC-207/2008, o qual permanece inalterado, tendo sido ratificado pelas informações prestadas pelo Depec (doc. anexo);
- (f) A decisão prolatada pela 17ª Câmara do TJRS foi de encontro ao entendimento do STF que reconheceu ter sido atribuída ao CMN a competência para editar atos normativos de regulação do Sistema Financeiro Nacional e não se aplicar o CDC relativamente à remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras;
- (g) As taxas médias de mercado divulgadas pelo BCB podem servir apenas como referencial para o mercado de crédito, jamais como “teto” genérico para a aplicação de juros remuneratórios pelas instituições financeiras;
- (h) A fixação de tabelamento de juros remuneratórios pode ser bastante prejudicial, **gerando apenas externalidades negativas**, na medida em que, além de tender a restringir ou até mesmo inviabilizar a oferta de crédito a determinado nicho de mercado, gerando mais concentração e afetando desfavoravelmente a livre concorrência, poderá impedir o apreenhimento adequado dos riscos compreendidos nas operações, com consequências negativas para o nível de atividade econômica do país;
- (i) O estabelecimento de “teto” para a taxa de juros remuneratórios **terá efeito negativo para os tomadores de crédito**, que precisarão buscá-lo fora do sistema financeiro regular, com menor segurança e, muito provavelmente, com custos mais elevados, **acabando por gerar efeito oposto ao esperado relativamente à tutela dos consumidores**;
- (j) O tabelamento dos juros remuneratórios poderá gerar situações desproporcionais e não isonômicas entre as instituições financeiras, na medida em que determinará a aplicação de taxa genérica a operações com características muito distintas em termos de risco e perfil de cliente;
- (k) O ponto a partir do qual o percentual de uma taxa de juros remuneratórios passa a ser abusiva não pode ser fixado sem a análise das peculiaridades do caso concreto, isto é, apenas em tese e de forma genérica, sob pena de se traduzir em arbitrariedade danosa ao funcionamento adequado do mercado;
- (l) O estabelecimento de “teto” para a taxa de juros remuneratórios não é respaldado pela técnica de prudência macroeconômica, traduzindo-se, além disso, em sério risco para a higidez do Sistema Financeiro Nacional e equilíbrio econômico e financeiro do país.

É o parecer, que submetemos à consideração de Vossa Senhoria.

**MIRIAM CRISTINA NARDIN GUTSCHOW**

Procuradora do Banco Central  
OAB/RS 36.592 – Mat. 7.204.228-1

De acordo. Ao Senhor Procurador-Geral Adjunto, titular da Seção de Contencioso Judicial e Gestão Legal (PGA-2).

**GUILHERME CENTENARO HELLWIG**

Procurador-Chefe  
Procuradoria-Regional do Banco Central no Rio Grande do Sul (PRERS)  
OAB/RS 47.267

Aprovo o pronunciamento.

2. Efetivamente, a decisão do TJRS não se coaduna com a jurisprudência do STJ, com os precedentes desta Procuradoria-Geral, bem como não encontra respaldo na compreensão econômica do mercado de crédito.

3. A legitimidade de atuação do BCB, na qualidade de *amicus curiae* é manifesta, diante dos graves prejuízos que podem decorrer da repetição de decisões judiciais com o mesmo teor da ora em exame. Nessas condições, o acórdão do TJRS tem qualidade para interferir em interesses públicos que estão sob a tutela deste BCB.

4. Atesto, ao fim, que dei ciência do presente pronunciamento ao senhor Procurador-Geral.

5. Restituo o presente dossiê eletrônico à PRERS para que avalie a possibilidade de, já nesta oportunidade processual, em que o processo aguarda apreciação sobre a admissibilidade dos recursos extraordinários, requerer a juntada aos autos deste pronunciamento e dos documentos nele referenciados, tudo em ordem a permitir que o STJ, nos termos do art. 138 do CPC, autorize a atuação do BCB nos autos.

À PRERS.

**FLAVIO JOSÉ ROMAN**

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central  
Seção de Contencioso Judicial e Gestão Legal (PGA2)  
OAB/DF 15.934 – Mat. 3.306.810-0

## **Petição 7024/2016-BCB/PGBC**

Atuação do Banco Central como *amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165-0/DF, perante o Supremo Tribunal Federal, a respeito do acordo firmado entre entidades representativas de consumidores e de instituições financeiras, objetivando o “*exaurimento definitivo das discussões relacionadas a expurgos inflacionários de poupança*”.

**Cristiano Cozer**

Procurador-Geral do Banco Central

**Flavio José Roman**

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

**Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho**

Subprocurador-Geral do Banco Central

**Leandro Sarai**

Procurador do Banco Central do Brasil

**Ricardo Ferreira Balota**

Procurador do Banco Central

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI,  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 165-o/DF  
REQUERENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO (CONSIF)  
AMICUS CURIAE: BANCO CENTRAL DO BRASIL

**BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB)**, já qualificado nos autos, por seus procuradores abaixo assinados (art. 17, I, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, c/c art. 4º, I, da Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, e art. 182 do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015), expõe e requer o que segue.

2. Em 11 de dezembro de 2017, foi firmado um acordo entre entidades representativas de consumidores e de instituições financeiras, objetivando o “*exaurimento definitivo das discussões relacionadas a expurgos inflacionários de poupança*”, discussões estas que são tratadas, entre outros, nos seguintes processos:

- 1) ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 165-DF  
Requerente: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO – CONSIF
- 2) RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 591.797-SP  
Relator atual Min. DIAS TOFFOLI  
Recorrente: ITAÚ UNIBANCO S/A  
Recorrido: MANOEL DE SOUZA MOREIRA
- 3) RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 626.307-SP  
Relator atual Min. DIAS TOFFOLI  
Recorrente: BANCO DO BRASIL S/A  
Recorridos: EDWALDO DONIZETE NORONHA E OUTRO(A/S)
- 4) RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 631.363-SP  
Relator atual Min. GILMAR MENDES  
Recorrente: BANCO SANTANDER S/A  
Recorrida: LÚCIA HELENA GUIDONI
- 5) RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 632.212-SP  
Relator atual Min. GILMAR MENDES  
Recorrente: BANCO DO BRASIL S/A  
Recorrida: CÉLIA NATALINA DE LEÃO BENSADON

3. Merece reconhecimento o louvável papel dos envolvidos, seja a Advocacia-Geral da União, como mediadora, seja o próprio Supremo Tribunal Federal por sua abertura para soluções acordadas, sejam as partes do acordo, que aceitaram fazer concessões recíprocas para a viabilidade do ajuste.

4. O Banco Central participou como interveniente das tratativas, em consonância com sua missão institucional de “*assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda e um sistema financeiro*”

*sólido e eficiente*<sup>1</sup>, ou seja, reafirmando sua posição histórica de sustentação da validade jurídica dos planos econômicos voltados à estabilidade monetária e, com isso, buscando sanar as controvérsias tratadas na **ADPF nº 165** e nos **Recursos Extraordinários nº 591.797, nº 626.307, nº 631.363 e nº 632.212** entre outros<sup>2</sup>.

5. Com efeito, na **ADPF nº 165**, objetiva-se solução vinculante e *erga omnes* sobre a aplicabilidade das normas instituidoras dos planos de estabilização monetária *Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e Collor II*, esclarecendo-se, também, se a incidência imediata das medidas de transição para o novo padrão monetário teria ofendido o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

6. Já os **Recursos Extraordinários nº 591.797, nº 626.307, nº 631.363 e nº 632.212**, têm por objeto alegação de ofensa à garantia de inviolabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito pela incidência de normas que estabelecem medidas de transição para um novo padrão monetário (*Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II*).

7. Por meio da presente petição, a Autarquia pretende, em primeiro lugar, trazer de forma resumida, uma vez mais –quicá a última–, a razão de sua intransigente defesa da legitimidade das normas voltadas à estabilização monetária, seja por seus próprios fundamentos jurídicos, seja pelas razões econômicas subjacentes a elas. Como já apontado nas manifestações acostadas aos autos pelo Banco Central, a semelhança das controvérsias dos processos acima permite uma abordagem conjunta de todas elas.

8. Com essa exposição, ficará clara a importância do histórico acordo firmado, sua legalidade, bem como a razão do apoio da Autarquia a essa tratativa, nos termos em que entabulada.

## I. Fundamentos jurídicos e econômicos dos planos de estabilização

### I.1 Moeda e ordem jurídica

9. Se se fala em plano de estabilização, fala-se em inflação. Por mais variadas que sejam as posições na literatura, parece haver consenso a respeito de a inflação ser um mal diretamente proporcional a seu nível<sup>3</sup>. Em altos níveis, ela destrói o poder de compra da moeda, afetando a razão de ser do instrumento monetário. Por isso, no Brasil, mesmo os mais leigos terão essa opinião pela vivência que tiveram nas décadas de oitenta e noventa do século passado.

10. Do ponto de vista econômico, moeda é um fenômeno dinâmico, um mito, uma crença. É um objeto, tangível ou não, que, em determinado tempo e local é eleito para desempenhar funções de troca, reserva de valor e unidade de conta.

1 Essa é a missão institucional do Banco Central na forma definida em seu planejamento estratégico. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/Pre/sobre/Pestrategico.asp>>. Acesso em 6 dez. 2017.

2 Registre-se que, sobre o tema, segundo dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estão suspensos 350.379 processos relativos ao tema 264 (*Bresser e Verão*), além de outros 196.800 processos relativos ao tema 265 (*Collor I*), outros 63.145 processos atinentes ao tema 284 (*Collor I*) e 112.275 referentes ao tema 285 (*Collor II*). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg>>. Acesso em 6 dez. 2017. Vide, ainda, o gráfico adiante oriundo do próprio CNJ.

3 A título de ilustração, cf. MISES, Ludwig von. **Ação Humana**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 540-545. Extrai-se dessa obra: “A economia apenas proclama as seguintes verdades: (...) 3. Em qualquer grau, uma expansão monetária resulta em investimentos malbaratados e exacerbação do consumo. A nação, como um todo, fica mais pobre e não mais rica. (...) 4. Uma inflação continuada acaba provocando uma alta desastrosa e a completa ruína do sistema monetário. 5. A política deflacionária é onerosa para o Tesouro e impopular junto às massas. Por outro lado, a política inflacionária é vantajosa para o Tesouro e bastante popular entre os ignorantes. Na prática, o perigo da deflação é apenas ligeiro, enquanto o perigo da inflação é enorme.” (op. cit., p. 540-545). No mesmo sentido, NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 309-310. Ainda sobre os efeitos deletérios da inflação, cf. FABRI, Andréa Queiroz. **Responsabilidade do Estado**: planos econômicos e iniciativa privada. Belo Horizonte: Fórum, 2005, pp. 20-21

11. Troca-se um bem por moeda, não porque se necessita da moeda em si, mas porque se acredita que ela será aceita numa futura troca por um bem efetivamente necessário. Guarda-se moeda na medida em que se acredite que ela poderá no futuro ser trocada pelos mesmos bens e na mesma quantidade que seria possível no presente. Calcula-se a relação de valores dos bens em termos de moeda, permitindo a racionalidade econômica, o cálculo, o planejamento e o progresso. A propósito, embora para alguns<sup>4</sup> a função de troca seja a principal, para Keynes seria a função de unidade de conta a que efetivamente tornaria uma economia de escambo em economia monetária<sup>5</sup>.

12. Se a moeda se caracteriza por essas funções, a realidade do mercado evidenciará que existem diversos objetos utilizados para tanto, sendo preferíveis os que melhor as desempenhem. Entram em cena fatores como facilidade de uso, de transporte, de segurança entre outros. A história se encarrega das experiências de tentativa e erro levando os seres humanos a adotar a cada momento um instrumento diferente<sup>6</sup>.

13. Como é a fé ou confiança que norteia a aceitação de terminado instrumento como moeda<sup>7</sup> e dada sua importância social, entram em cena o Estado e o Direito<sup>8</sup>, para assegurar a estabilidade dessa fé, a uniformidade monetária, a higidez econômica e a própria soberania estatal. Não à toa, a moeda recebe expresso cuidado até mesmo na esfera da Constituição Federal<sup>9</sup>.

14. Como a imposição estatal, a moeda que a princípio era uma mera mercadoria de maior aceitação passa a ser caracterizada como fenômeno jurídico. Moeda passa a ser aquilo que o Estado assim determina<sup>10</sup>. O ex-Ministro Eros Grau, no RE 478.410/SP, a propósito, deixa claro que “*moeda não é senão um nome sacralizado pela ordem jurídica.*”

15. A partir desse momento, a defesa da moeda não é mera defesa de interesses privados, mas de interesse público. A todos interessa a manutenção das funções da moeda, até para que o sistema financeiro nacional possa cumprir seus objetivos sociais previstos no art. 192 da Constituição<sup>11</sup>. Por isso é crime qualquer atentado à fé pública<sup>12</sup>. Por isso é assegurada a aceitação da moeda nacional<sup>13</sup> inclusive por meio da proibição de sua substituição por outros instrumentos<sup>14</sup>.

4 MANN, F. A. *The legal aspect of Money*: with special reference to comparative private and public international law. E.ed. New York: Oxford, 1992, p. 24. MISES, Ludwig von. *Ação Humana*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p.469.

5 KEYNES, John Maynard. *A treatise on Money*. In: KEYNES, J. M. *The collected writings of John Maynard Keynes*. Cambridge: Macmillan, 1971, v.5, p. 3. No mesmo sentido: COZER, Cristiano de Oliveira Lopes. *Natureza e propriedades da moeda*: contribuição para o estudo do direito monetário no Brasil. 2006. viii, 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 151.

6 SARAI. Moedas virtuais e os bancos. In: BARBOSA, Tatiana Casseb B. M. Barbosa. *A revolução das moedas digitais*: bitcoins e altcoins. Cotia: Revoar, 2016, p. 161.

7 SARAI, L. A Moeda, do escambo às relações internacionais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 69, ano 18, p. 17-40. São Paulo: RT, jul.-set. 2015.

8 A teoria estatal da moeda é difundida por KNAPP, Georg Friedrich. *The state theory of money*. Trad. H. M. Lucas e J. Bonar. San Diego (CA): Simon, 2003, *apud* COZER, Cristiano de Oliveira Lopes. *Natureza e propriedades da moeda*: contribuição para o estudo do direito monetário no Brasil. 2006. viii, 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 54-62.

9 Vide art. 21, VII, c/c art. 164, *caput*, da Constituição Federal. A CF também confere à União competência privativa para legislar sobre a temática a ela correlata (arts. 22, VI e VII, e 48, XIII e XIV). Mesmo a sucinta Constituição americana também reconhece a moeda instrumento da soberania indelegável (Article I. [...] Section. 8 and Section. 10).

10 Cf. ainda KEYNES, John Maynard. *A treatise on Money*. In: KEYNES, J. M. *The collected writings of John Maynard Keynes*. Cambridge: Macmillan, 1971, v.5, p. 4. DE CHIARA, José Tadeu. *Moeda e ordem jurídica*. Tese (doutorado em direito) – Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 1987, p. 58. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 114.

11 “Na tentativa de melhor definir a expressão ‘desenvolvimento equilibrado’ contida no art. 192 da Constituição da República, elaborou-se o seguinte rol exemplificativo de acepções possíveis da locução constitucional: equilíbrio econômico - considerando o sentido amplo da expressão, não apenas o encontro entre oferta e procura; equilíbrio monetário - coordenando o desenvolvimento com o combate à inflação; equilíbrio regional - tendo em vista as diversas regiões geoeconômicas do País; equilíbrio setorial - considerando os diversos setores da economia, primário, secundário e terciário; equilíbrio social - visando à redução das desigualdades sociais; equilíbrio ecológico - observando um dos princípios gerais da ordem econômica: a ‘defesa do meio ambiente’ (art. 170, VI).” (VILLA-VERDE FILHO, Erasto. A função social do Sistema Financeiro Nacional na Constituição de 1988. *Cadernos EBAPE*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 117, p. 1-95, jun. 2001, p. 88-89).

12 O Código Penal possui um capítulo apenas para cuidar da falsificação de moeda, considerado como um crime contra a Fé Pública (arts. 289 a 292).

13 Conforme Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, “Art. 1º A partir de 1º de julho de 1994, a unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o REAL (Art. 2º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994), que terá curso legal em todo o território nacional.”

14 Segundo o Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969: “Art. 1º São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.” Em razão das alterações legislativas, o cruzeiro que era a moeda oficial da época foi sendo substituída até chegar ao Real.

16. O fenômeno inflacionário, desse modo, acaba por prejudicar a própria ordem jurídica. No âmbito econômico, afeta a capacidade de troca, quando as pessoas passam a preferir outros bens em vez de moeda. Impossibilita a utilização da moeda como reserva de valor. E, mais do que isso, pode chegar até mesmo à esfera da função de unidade de conta. A economia como um todo perde e, com ela, a sociedade.

## 1.2 Os riscos da hiperinflação

17. Como é consabido, o Brasil esteve muito próximo da hiperinflação e de seus efeitos desastrosos em diferentes momentos da segunda metade da década de 1980 e no início da de 1990. No auge do processo de aceleração de preços, em março de 1990, às vésperas da edição do denominado Plano Collor, a inflação mensal, medida pelo INPC, alcançou 82,18%, o equivalente a uma inflação anualizada de mais de 133.000%.

18. Também a indexação é reconhecida no meio econômico como uma prática criticável<sup>15</sup>. Esse fato, até por contrariar a própria razão de ser da moeda, inclusive no aspecto jurídico, fez com que o Superior Tribunal de Justiça e mesmo o próprio Supremo Tribunal Federal enfatizassem que o **Direito brasileiro adota o princípio do nominalismo monetário, de modo que somente a própria lei pode estabelecer as exceções em que são cabíveis as práticas de correção monetária, garantindo a uniformidade e a coerência no regime monetário vigente**<sup>16</sup>.

19. E deve ser assim, uma vez que a alta generalizada e contínua de preços é apenas um aspecto superficial. No mundo real, na visão de Celso Furtado, *“a inflação é fundamentalmente uma luta entre grupos pela redistribuição da renda real”*<sup>17</sup>. E essa redistribuição, em princípio, tende a prejudicar os mais pobres, aumentando a desigualdade social e, portanto, contrariando os objetivos previstos no art. 3º da Constituição de construir um país mais justo e solidário, de promover o desenvolvimento econômico, de buscar uma maior igualdade e de promover o bem de todos<sup>18</sup>.

---

As restrições desse Decreto-lei foram acolhidas pelo art. 1º da Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, bem como pelo Código Civil: “Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subsequentes. (...) Art. 318. São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial.” Cf. ainda: COZER, Cristiano de Oliveira Lopes. **Natureza e propriedades da moeda: contribuição para o estudo do direito monetário no Brasil**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) -Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p.120.

15 Nesse sentido, cf. PRADO, Maria Clara R. M. do. **A real história do Real**. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 58. MODENESI, André de Melo. **Regimes monetários: teoria e a experiência do Real**. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 393 e p. 243. JANSEN, Letácio. **A correção monetária em Juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 88.

16 “A correção monetária, em nosso direito, está sujeita ao princípio da legalidade estrita, constituindo seu primeiro pressuposto a existência de lei formal que a institua. Se o Estado democrático de direito adotou o princípio do nominalismo monetário, estabelecendo o valor legal da moeda, é juridicamente inadmissível que esta (moeda) tenha, ‘pari passu’, um valor econômico sem autorização legal. Só a lei é o instrumento adequado para instituir a correção monetária. Na hipótese vertente (bloqueio dos cruzados novos), há lei (nº 8.024, art. 6º, § 2º), estabelecendo, de forma clara e precisa, a correção monetária dos saldos em caderneta de poupança convertidos em cruzeiros, indicando expressamente o índice de atualização (BTNF), fixando o período sujeito à correção e o marco temporal em que o fator de atualização passaria a incidir (a data do primeiro crédito de rendimento). Qualquer outro índice por mais real que aquele, por mais apropriado, por mais conveniente, não pode ser pretendido (e nem concedido nesta instância), por lhe faltar um requisito inafastável – a base legal. É, pois, antijurídico, na espécie, omitir-se, o julgador, em aplicar a lei” (STJ, 1ª Seção, REsp nº 124.864/PR, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, Rel. p/ Acórdão Min. Demócrito Reinaldo, j. 24.6.1998, DJ 28.9.1998, p. 3, destacou-se).

“Por outro lado, lembraria que o direito brasileiro adotou o nominalismo. Vale dizer, entre nós prevalece o enunciado quantitativo da moeda que, em virtude de lei, é o padrão de valor, tendo curso legal quando da constituição da obrigação. Digo mais: como a indexação implica a exclusão do nominalismo, que é a regra geral, a sua utilização somente poderia ser admitida nos expressos termos da lei. Fora dessas hipóteses ela não pode ser aplicada. É precisamente o caso dos autos. [...] temo, inclusive, pela própria estabilidade do mercado. Se nos desatarmos a indexar, a atribuir correção monetária e a transformarmos a exceção em regra, colocamos o mercado --- que é tão prezado aqui, neste Tribunal ---, em risco. O rompimento da regra do nominalismo instala a insegurança nos mercados.” (STF, Pleno, AO nº 1157-4/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2006, DJ 16.3.2007, p. 21, destacou-se).

17 FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003, p. 236.

18 Cf. CARDOSO, E.; URANI, A. Inflation and unemployment as determinants of inequality in Brazil: the 1980s. **Reform, Recovery, and Growth: Latin America and the Middle East**, January, p. 151–176, 1995, p. 153 e 168. SARAI, L. Inflação, Desigualdade e o papel do Direito. In: SARAI, L. (Org.) **Direito político e econômico à luz de Caio Prado Júnior**. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p.86-109.

20. Com essa ideia, seria mera coincidência o gráfico da desigualdade de renda<sup>19</sup> somente apresentar melhora após os planos econômicos?



21. Mas o que seriam os planos econômicos e quais as controvérsias sobre eles?

22. Os planos econômicos adotados sequencialmente no período de 1986 a 1991 objetivaram romper a inércia inflacionária<sup>20</sup>, respondendo a uma demanda social e econômica que apenas o Estado poderia atender, como terceiro imparcial na busca da estabilidade monetária e do equilíbrio das relações vigentes.

23. Eles significaram uma tentativa de resgatar a racionalidade corrompida pela cultura inflacionária. Os sucessivos planos econômicos aludidos, embora não tenham alcançado o objetivo final da estabilização econômica duradoura, por certo impediram o caos da hiperinflação. Nesse sentido, Mário Henrique Simonsen ressalta o sucesso, ainda que breve, desses planos: “O Plano Cruzado apresentou excelentes resultados por oito meses e o Plano Bresser conseguiu reduzir a taxa de inflação à metade nos primeiros três meses”<sup>21</sup>.

24. Em todos os planos foram previstos mecanismos de deflação e determinados agentes econômicos se sentiram prejudicados. Esse suposto prejuízo decorreu de uma mera comparação hipotética. Eles estimaram qual seria sua situação se, por hipótese, o regime jurídico não houvesse sido alterado, e a compararam com a situação que passou a existir por conta da implementação dos planos econômicos.

25. Foi na firme convicção de que os planos econômicos editados pelos sucessivos governos ao longo dos anos 1980 e 1990 eram juridicamente hígidos e economicamente necessários que este Banco Central, desde a primeira hora – fosse nos autos da ADPF nº 165, fosse nos recursos extraordinários referidos, ou ainda na ADPF nº 77, sob relatoria do Min. Dias Toffoli<sup>22</sup>, ou ainda nas diversas controvérsias havidas sobre o tema em nível infraconstitucional na jurisdição do

19 FERREIRA, Isaac Sidney Menezes. Advocacia pública, regulação financeira e desenvolvimento: inovação com segurança jurídica. In: XVI Encontro Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional. Palestra. 2016. “O índice de Gini, que varia de zero a um, é um indicador de igualdade ou desigualdade de uma distribuição. Quando igual a zero, significa a situação teórica de igualdade. Quando igual a um, ocorre situação de máxima desigualdade. Portanto, quando se aproxima de um, significa que uma dada distribuição está se concentrando.” (DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. A Situação do trabalho no Brasil na primeira década dos anos 2000. São Paulo: DIEESE, 2012. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/livro/2012/livroSituacaoTrabalhoBrasil/?page=117>>. Acesso em: 12 dez. 2017, p. 116).

20 “(...) todos eles [o autor se refere aos planos Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e II] se basearam no diagnóstico inercialista da inflação e na proposta do choque heterodoxo de Chico Lopes, já que todos adotaram alguma medida de congelamento de preços.” MODENESI, André de Melo. Regimes monetários: teoria e a experiência do Real. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 290.

21 Mário Henrique Simonsen, parecer, *apud* WALD, Arnaldo. O novo direito monetário: os planos econômicos, os contratos, o FGTS e a Justiça. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 54.

22 Nos autos da referida arguição, discute-se a constitucionalidade do art. 38 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994, uma das leis de instituição do chamado Plano Real.

Superior Tribunal de Justiça –, apresentou-se ao Judiciário como um verdadeiro *amicus* na oferta de subsídios técnicos e jurídicos referentes ao tema.

26. Logo, não poderia deixar a autoridade responsável pela defesa do poder de compra da moeda de louvar a solução encontrada pelas diversas partes envolvidas que atesta a constitucionalidade e a legitimidade dos mecanismos de combate à inflação e preserva o poder regulatório da autoridade estatal, uma vez que é esse poder que ampara a confiança da população em geral na moeda nacional.

## II. O Acordo: sua validade e importância

27. Nos termos dos artigos 840 e seguintes do Código Civil, a transação é instrumento adequado para que os interessados previnam ou terminem litígios, mediante concessões mútuas. Ela é plenamente aplicável a direitos de caráter patrimonial, como no caso dos processos judiciais citados e os demais que tratam do tema. Somente afeta os agentes que dela participam, motivo pelo qual o acordo abre oportunidade para que todos os interessados venham a aderir a ele. Além disso, cabe lembrar que a transação importa o reconhecimento ou a declaração de direitos, algo de suma importância numa situação de conflito.

28. O acordo, por partir espontaneamente das partes, tende a ser mais efetivo meio de pacificação social em comparação com a solução heterônoma, em que, necessariamente, uma das partes ficará insatisfeita com a decisão imposta por terceiro. Ademais, é solução que, no mais das vezes, é de prazo mais curto que o esperado para a solução judicial da *quaestio*.

29. Não é demais também lembrar do aspecto democrático dos meios consensuais de solução de conflitos, na medida em que possibilitam a participação ativa dos interessados<sup>23</sup>. Assim como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental admite tanto a oitiva das partes nos processos que ensejaram a arguição quanto audiência pública<sup>24</sup>, a realização de um acordo entre partes tão representativas como as que estão na presente ADPF, reconhecendo a constitucionalidade das normas nela discutidas, colabora para que o Supremo possa trazer uma decisão mais tendente à pacificação social e à efetividade da justiça.

30. É que, conforme os termos do acordo, ainda que reconhecida a constitucionalidade das normas, as instituições financeiras se comprometeram a efetuar pagamentos para os poupadores. Em troca, esperam apenas a certeza de que os conflitos envolvendo planos econômicos se encerrem, trazendo segurança jurídica para que possam prosseguir em suas operações essenciais para o progresso do País<sup>25</sup>.

31. O encerramento das demandas judiciais envolvendo o assunto ora tratado atende ao princípio da celeridade da prestação jurisdicional, previsto no art. 5º, LXXVII, da CF, seja do ponto de vista de cada processo em si, seja do ponto de vista macro. Em relação a cada processo, o acordo permite a solução mais rápida do litígio. Do ponto de vista macro, em razão da imensa quantidade de processos em trâmite sobre o mesmo tema, ao possibilitar o encerramento das demandas, além de propiciar a tutela buscada por estes agentes, também abrirá, em tese, espaço para que o Judiciário

23 SALES, Lília Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.46. n. 182. abr./jun. 2009.

24 Art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

25 "(...) a despeito dos nossos preconceitos profundamente enraizados contra o 'lucro imundo', o dinheiro é a raiz da maior parte do progresso. (...) a ascensão do dinheiro tem sido essencial para a ascensão do homem. Longe de ser o trabalho de meros exploradores cuja intenção é sugar o sangue da vida das famílias endividadas ou jogar e especular com as poupanças de viúvas e órfãos, a inovação financeira tem sido um fator indispensável no avanço do homem, a partir da subsistência miserável aos picos vertiginosos da prosperidade material que tantas pessoas conhecem atualmente." (FERGUSON, Niall. *A ascensão do dinheiro*. A história financeira do mundo. São Paulo: Planeta do Brasil, 2009, p.10)

possa se dedicar a outras demandas, beneficiando todo o jurisdicionado nacional.

32. O próprio Judiciário já tem ciência de que o número de processos sobrestados envolvendo planos econômicos, segundo dados apurados pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, é disparado o maior no comparativo com todos os demais temas. Para além da referência numérica já indicada em nota de rodapé acima, seguem agora os dados em ilustração gráfica<sup>26</sup>:



33. O impacto da homologação do acordo, assim, não é algo que interesse apenas aos que o firmaram. Interessa a toda a sociedade brasileira.

34. Do ponto de vista estritamente técnico a respeito dos efeitos desse acordo na higidez do sistema financeiro e na economia, o acordo também é proveitoso.

35. Conforme **anexa Nota 421 – SECRE/DIFIS, de 7 de dezembro de 2017**, elaborada pelo Diretor de Fiscalização do Banco Central, o acordo permite reduzir as incertezas que permeiam os balanços das instituições, ensejando ajustes, sem que isso, todavia, prejudique a saúde financeira desses entes<sup>27</sup>, portanto, sem perigos para o sistema financeiro nacional. Esse ponto positivo e outros foram mencionados pela Nota, pois o acordo:

*“a) evita a materialização de risco sistêmico, ao limitar o resultado de um cenário relevante de risco legal que afeta simultaneamente os maiores conglomerados financeiros nacionais;*

*b) previne eventuais requisitos adicionais de capital para risco operacional para cobrir perdas futuras com demandas coletivas de expurgos inflacionários em poupança, permitindo aos bancos aumentar a oferta de crédito;*

*c) mitiga os riscos das instituições financeiras, que tiveram a oportunidade de estimar os efeitos do acordo coletivo sobre seus balanços na fase de negociações, e elimina as principais incertezas que afetam o cálculo de suas obrigações.*

*d) satisfaz a pretensão dos poupadores que, em demandas individuais ou coletivas, tomaram medidas judiciais tempestivas, antes do exaurimento dos prazos prescricionais previstos na legislação, com base em precedentes judiciais;*

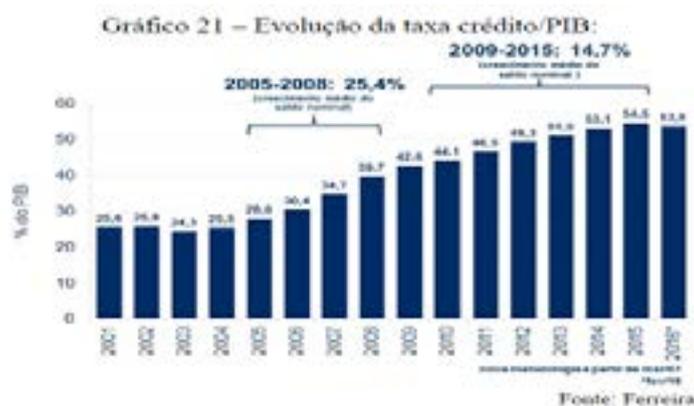
<sup>26</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85025-cnj-apresenta-o-primeiro-relatorio-analitico-do-supremo>> Acesso em: 5 dez. 2017.

<sup>27</sup> A solidez das instituições não é benéfica apenas para elas, mas para o sistema financeiro como um todo e para que esse sistema cumpra seus objetivos estampados no art. 192 da Constituição. A propósito, cf.: ROMAN, Flavio José. Normas constitucionais de justiça social: incidência e eficácia no sistema financeiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, dez., 2008, v. 2, n. 2, p. 93.

e) mobiliza os recursos registrados nas contas de provisões e depósitos judiciais das instituições financeiras, transferindo-os substancialmente aos poupadores, com efeitos positivos sobre a atividade econômica; e  
f) elimina uma das principais causas de litígio entre as instituições financeiras e seus clientes e, além disso, contribui para a diminuição do número de processos em curso no Poder Judiciário.”

36. Desses pontos, além da preservação da estabilidade do sistema financeiro, merecem destaque, em primeiro lugar, **a possibilidade de ensejar ampliação da oferta de crédito.**

37. Não é demais lembrar que o crédito, assim como a moeda, tem papel central no desenvolvimento. Apesar disso, o volume de crédito no Brasil, estimado em pouco mais de 50% de seu PIB, ainda é pequeno em comparação com outros países, mesmo com o crescimento observado nos últimos anos<sup>28</sup>:



38. O outro ponto positivo também digno de nota é o fato de que, quando os pagamentos começarem a ser efetivados pelas instituições financeiras, **haverá injeção de recursos no mercado, contribuindo com o crescimento da atividade na economia real.**

39. Ainda segundo a mencionada Nota é possível destacar a importância da solução definitiva consensual encontrada a partir dos dados relativos ao volume de recursos relativos a pagamentos realizados, provisões e, em particular, depósitos judiciais realizados pelas instituições financeiras no período de 2013 a 2017, tudo em ordem a revelar as vantagens de solução amigável, que, como dito é de prazo mais curto que o esperado para a solução judicial da controvérsia. Segue o quadro ilustrativo dessa circunstância fática, extraído da já referida Nota 421/2017 – SECRE/DIFIS:

<sup>28</sup> FERREIRA, Isaac Sidney Menezes. **Evolução da Regulação do Sistema Financeiro Brasileiro**: Da criação do Banco Central do Brasil aos efeitos da Crise Financeira de 2008/2009. IV Seminário Luso-Brasileiro de Direito. Lisboa: abril de 2016, p.25, *apud* SARAI, Leandro. **Crédito, Estado e Desenvolvimento**: O direcionamento federal do crédito pela perspectiva do Direito Econômico. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) - Universidade. Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p. 312. Economias como Canadá, Reino Unido, Alemanha, Estados Unidos, Irlanda, Dinamarca, Noruega, Suíça, Japão e Suécia possuem uma taxa superior a 100%. Também possuem taxa superior a 100% os países emergentes da Ásia. Abaixo desse índice estariam Polônia e África do Sul com uma taxa próxima a 75% e Índia com uma taxa próxima à do Brasil. DEMBIERMONT, Christian; DREHMANN, Mathias; MUKSAKUNRATANA, Siriporn. How much does the private sector really borrow? A new database for total credit to private non-financial sector. **BIS Quarterly Review**. mar. 2013. Disponível em: <[http://www.bis.org/publ/qrtrpdf/r\\_qtr1303h.pdf](http://www.bis.org/publ/qrtrpdf/r_qtr1303h.pdf)> Acesso em: 26 jun. 2015, p. 76.



40. Como assenta a mencionada Nota, a análise dos dados revela um “*aumento relevante dos pagamentos e provisões no Sistema Financeiro Nacional ao longo dos últimos anos. Destaca-se o aumento substancial dos depósitos judiciais, predominantemente explicado pelo aumento de processos de execução em ações civis públicas (...). Esses números sugerem a importância de uma solução consensual para as demandas coletivas.*”

41. Eis as razões pelas quais, o Banco Central, na qualidade de órgão de supervisão do sistema financeira nacional, roga ao Supremo Tribunal que homologue o acordo coletivo apresentado nos termos e condições em que firmado.

### III. Conclusão

42. Considerando todos esses aspectos e também o fato de o acordo, uma vez homologado, sanar as controvérsias constitucionais alusivas aos planos econômicos, leva o Banco Central, como interveniente, a apoiá-lo e também a requerer sua homologação por parte dessa alta Corte, nos termos e condições em que firmado.

Brasília, 13 de dezembro de 2017.

CRISTIANO COZER

Procurador-Geral do Banco Central  
OAB/DF 16.400 – Mat. 2.191.156-8

FLAVIO JOSÉ ROMAN

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central  
Seção de Contencioso Judicial e Gestão Legal (PGA-2)  
OAB/DF 15.934 – Mat. 3.306.810-0

ERASTO VILLA-VERDE DE CARVALHO FILHO

Subprocurador-Geral do Banco Central  
Câmara de Contencioso Judicial e Dívida Ativa (CJ1PG)  
OAB/DF 9.393 – Mat. 2.959.197-X

LEANDRO SARAI

Procurador do Banco Central do Brasil  
Procuradoria-Regional do Banco Central em São Paulo (PRESP)  
OAB/SP 189.410 - Mat. 6.174.449-2

RICARDO FERREIRA BALOTA

Procurador do Banco Central  
Procuradoria Especializada em Processos Judiciais Relevantes (PRJUD)  
OAB/SP 246.432

“DOCUMENTO ASSINADO ELETRONICAMENTE”

(Ordem-de-Serviço nº 4.474, de 1º.7.2009, da PGBC/CC2PG)

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

1. Os trabalhos devem ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central para apreciação, pelo endereço [revista.pgbc@bcb.gov.br](mailto:revista.pgbc@bcb.gov.br), em arquivo *Word* ou RTF, observando-se as normas 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 que publicam trabalhos na Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central são detentores dos direitos morais de seus trabalhos, no entanto não fazem jus aos direitos patrimoniais pertinentes a sua criação ou a remuneração de nenhuma natureza.
4. **Configuração dos trabalhos** – Os trabalhos enviados devem ser compostos de 10 a 20 páginas, redigidas em fonte *Times New Roman 12*, com espaço entrelinhas simples. Variações serão analisadas pelo Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central.  
A configuração das páginas deve observar os seguintes parâmetros:
  - a) margens: superior – 3cm; inferior – 2cm; esquerda – 3cm; direita – 2cm;
  - b) tamanho: 210mm x 297mm (folha A4);
  - c) numeração: todas as páginas são contadas, mas a numeração, em algarismos arábicos, ocorre da segunda página em diante, na margem superior direita.
5. **Título e subtítulo** – O título do trabalho deve ser escrito no topo da página, alinhado à direita, com fonte *Times New Roman 16*, em negrito, com a primeira letra de cada palavra em maiúscula, salvo nos casos em que a inicial maiúscula não seja recomendada (em advérbio, preposição, conjunção, interjeição e artigo).  
O subtítulo do trabalho deve ser escrito na mesma linha do título, com mesma fonte, mesmo alinhamento e negrito. O subtítulo grafa-se das seguintes formas:
  - a) se ocorrer após dois-pontos: todas as letras minúsculas, salvo se a inicial maiúscula for obrigatória (exemplo: Governança Cooperativa: as funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil);
  - b) se ocorrer após traço: inicial maiúscula apenas na primeira palavra (exemplo: Governança Cooperativa – As funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil).
6. **Identificação do autor** – O nome do autor deve figurar um espaço duplo depois do título, alinhado à direita, com fonte *Times New Roman 11* e negrito, seguido de asterisco, que remeta a nota de rodapé em que conste sua formação acadêmica e suas principais atividades profissionais.

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, alinhado à direita, a 6cm da margem esquerda, com fonte *Times New Roman* 10, em itálico. Apresenta número e nome das seções e das subseções que compõem o trabalho, até três desdobramentos. Veja-se este exemplo:

*Introdução. 1 Atividade bancária na União Europeia.  
2 Concorrência no setor bancário. 2.1 Sujeição dos bancos às regras de concorrência comunitárias.  
2.2 Atuação da Comissão Europeia e da Rede Europeia de Concorrência. 2.3 Ações da Comissão Europeia para o fortalecimento da concorrência na área bancária. Conclusão.*

8. **Resumo** – O resumo deve ser apresentado em português e inglês (*abstract*) e conter de 100 a 250 palavras. Deve ser construído na terceira pessoa do singular, com frases concisas e afirmativas, e não com enumeração de tópicos. Sua primeira frase deve explicar o tema do trabalho. Evitam-se símbolos e contrações cujo uso não seja corrente e fórmulas, equações e diagramas, a menos que extremamente necessários. Deve ressaltar o objetivo, o método, os resultados e as conclusões; não deve discorrer sobre o assunto do trabalho. O resumo em inglês (*abstract*) deve ser antecedido do título do trabalho, também em inglês, grafado um espaço duplo depois das palavras-chave em português.
9. **Palavras-chave** – Devem ser citadas 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** – O texto deve respeitar o limite de páginas já fixado e ser redigido de acordo com os parâmetros seguintes.

- a) **Título e subtítulo de seções:** devem ser escritos em fonte *Times New Roman* 14, em negrito, posicionados um espaço duplo depois das *keywords*, alinhados à esquerda, com recuo de 1,5cm à esquerda e um espaço duplo entre eles. Escrevem-se apenas com a primeira letra da primeira palavra em maiúscula, salvo nos casos em que o uso de maiúscula nas demais palavras seja obrigatório. Devem ser numerados com algarismos arábicos. O número e o nome das seções e das subseções devem ser separados apenas por espaço. Vejam-se exemplos:

3 Concorrência no setor bancário  
3.1 Sujeição dos bancos às regras de concorrência comunitárias

- b) **Parágrafos:** devem ser redigidos em fonte *Times New Roman* 12, sem negrito ou itálico, iniciando-se um espaço duplo depois do título da seção ou da subseção, com espaçamento entrelinhas simples, alinhamento justificado e recuo de 1,5cm da margem esquerda.

- c) **Destaques:** devem ocorrer conforme as seguintes especificações:
- expressões em língua estrangeira: itálico (se ocorrerem 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:** devem apresentar-se conforme sua extensão.

- Citações com três linhas no máximo: devem figurar no corpo do parágrafo, entre aspas, sem itálico.
- Citações com mais de três linhas: devem compor bloco independente do parágrafo, a um espaço duplo do texto antecedente e a um espaço duplo do texto subsequente, alinhado a 4cm da margem esquerda, com fonte 10, sem aspas e sem itálico.
- Destaque nas citações: pode constar do original ou ser inserido pelo copista.
  - > Destaque do original: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) do autor”, entre parênteses, seguido do ponto-final.
  - > Destaque do copista: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) nosso(s)”, entre parênteses, antes do ponto-final.
- Sistema de chamada de citações: deve ser o sistema autor-data. Em vez de usar número que remeta a nota de rodapé com os dados bibliográficos da publicação mencionada e em vez de usar toda a referência entre parênteses, emprega-se o sobrenome do autor ou o nome da entidade (com apenas a inicial maiúscula), a data e a(s) página(s) da publicação de onde se retirou o trecho transcrito. Vejam-se estes 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 de Serick (*apud* COELHO, 2003, p. 36): “[...] aplicam-se à pessoa jurídica as normas sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela.”
  - > Citação direta com mais de três linhas, sem o nome do autor expresso no texto:

[...] Em relação aos órgãos de administração, a Lei Cooperativa prevê, em seu art. 47:  
A sociedade será administrada por uma Diretoria ou Conselho de Administração, composto exclusivamente de associados eleitos pela Assembleia Geral, com mandato nunca superior a 4 (quatro) anos, sendo obrigatória a renovação de, no mínimo, 1/3 (um terço) do Conselho de Administração (BRASIL, 1971).  
Dessa forma, as cooperativas de crédito no Brasil devem optar por serem administradas por uma [...]
  - > Citação direta com mais de três linhas, com o nome do autor expresso no texto:

[...] Nas palavras de Martins (2001, p.135), a sociedade comercial pode ser conceituada como  
[...] a entidade resultante de um acordo de duas ou mais pessoas, [sic] que se comprometeram a reunir capitais e trabalho para a realização de operações com fim lucrativo. A sociedade pode surgir de um contrato ou de um ato equivalente a um contrato; uma vez criada, e adquirindo personalidade jurídica, a sociedade se autonomiza, separando-se das pessoas que a constituíram.  
Essa reunião social, conhecida pelos nomes “empresa”, “firma”, “sociedade”, “entidade societária” etc., [...]
  - > Citação indireta sem o nome do autor expresso no texto (não se aplica o critério de número de linhas):

Críticos a esse modelo argumentam que os administradores podem atribuir a essa busca por atender expectativas dos *stakeholders* a responsabilidade por eventuais resultados negativos do negócio, mas reconhecem sua capacidade em agregar os esforços das partes interessadas em torno de objetivos de longo prazo e o sucesso da empresa (MAHER, 1999, p. 13).
  - > Citação indireta com o nome do autor expresso no texto (não se aplica o critério de número de linhas):

Cornforth (2003, p. 30-31), na tentativa de estabelecer um modelo de análise apropriado para organizações sem fins lucrativos e tomando por base a taxonomia proposta por Hung (1998, p. 69), foca a atenção nos papéis que o Conselho desempenha, relacionando sua significância com as teorias associadas a cada papel na busca de uma abordagem multiteórica capaz de melhor explicar os diferentes papéis do Conselho.

11. **Referências** – Todos os documentos mencionados no texto devem constar nas Referências, que se posicionam um espaço duplo depois do fim do texto. Adotam-se as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Os nomes devem ser separados entre si por um espaço simples, alinhados à esquerda. O destaque no título do documento ou do evento no qual o documento foi apresentado deve ser negrito; o subtítulo deve ser grafado sem negrito. Título de artigo ou de texto publicado como parte de um exemplar deve ser grafado sem negrito, e o título desse exemplar deve figurar em negrito. No caso de publicações eletrônicas, deve constar o endereço eletrônico em que foi feita a consulta ao documento e a data do acesso a ele. Vejam-se exemplos:

FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. Sistema Financeiro e Responsabilidade Social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito. São Paulo: Textonovo, 2004.

ROMAN, Flávio José. A Função Regulamentar da Administração Pública e a Regulação do Sistema Financeiro Nacional. In: JANTALIA, Fabiano. A Regulação Jurídica do Sistema Financeiro Nacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008. Dispõe sobre o Sistema de Consórcio. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 de outubro de 2008. Seção 1. p. 3. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

SEMINÁRIO BRASILEIRO SOBRE A ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL, 2008, Brasília. Anais ... Brasília: Escola da AGU, 2008, 300 p.

CARVALHO, Danilo Takasaki. Sistema de Pagamentos em Moeda Local: aspectos jurídicos da nova alternativa para remessas de valores entre o Brasil e a Argentina. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, v. 2, n. 2, p. 199-224, dez. 2008.

12. Os trabalhos que não estiverem em conformidade com as normas e os parâmetros relativos à editoração da revista serão devolvidos a seus autores e poderão ser reenviados, desde que efetuadas as modificações no prazo estabelecido.

13. A seleção dos trabalhos para publicação será feita pelos membros do Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, conforme previsto em regulamento próprio.

