



Revista da **PGBC**

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 15 • Número 1 • Junho 2021

Revista da **PGBC**

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 15 • Número 1 • Junho 2021

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do Banco Central do Brasil

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. / Banco Central do Brasil.
Procuradoria-Geral. Vol. 15, n. 1, jun. 2021. Brasília: BCB, 2021.

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 15. Número 1. Junho 2021

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

Corpo Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Conselheiros

Dr. Álvaro Augusto Camilo Mariano – Universidade Federal de Goiás e Pontifícia Universidade Católica do Paraná, GO e PR
Dr. Bruno Meyerhof Salama – Fundação Getulio Vargas, SP
Dr. Edil Batista Junior – Banco Central, PE
Dr. Ivo Teixeira Gico Junior – Centro Universitário de Brasília, DF
Me. Jefferson Siqueira de Brito Álvares – Banco Central, DF
Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega – Universidade Federal de Pernambuco, PE
Dr. Rubens Beçak – Universidade de São Paulo, SP
Dr. Vincenzo Demétrio Florenzano – Banco Central, MG
Me. Yuri Restano Machado – Banco Central, RS

Consultores

Dra. Ana Rachel Freitas da Silva – Centro Universitário de Brasília, DF
Dr. Bráulio Lisboa Lopes – Advocacia-Geral da União, MG
Dr. Carlos Eduardo do Nascimento – Universidade Presbiteriana Mackenzie, MG
Me. Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel – Universidade Federal de Minas Gerais, MG
Dr. Clayton Vinicius Pegoraro de Araújo – Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP
Dr. Daniel Brantes Ferreira – *Suny Buffalo Law School*, EUA
Dr. Davi José de Souza da Silva – Grupo YDUQS, RJ
Dra. Débora Gomes Galvão – Universidade Católica de Santos, SP
Me. Fernando Amorim Soares de Mello – Universidade de Brasília, DF
Dr. Flávio José Roman – Banco Central, DF
Dr. Guilherme Centenaro Hellwig – Banco Central, RS
Dr. João Marcelo Rego Magalhães – Banco Central, CE
Me. Leandro Belloc Nunes – Universidade Presbiteriana Mackenzie, RS
Dr. Lucas Noura de Moraes Régo Guimarães – Madrona Advogados, SP
Me. Luciano Medeiros de Andrade Bicalho – Instituto Brasiliense de Direito Público, DF
Dr. Luis Felipe Vidal Arellano – Universidade de São Paulo, SP
Dr. Marcelo Farias Laranjeira – Universidade Federal Fluminense e Universidade Salgado de Oliveira, RJ
Me. Marcelo Leandro Pereira Lopes – Faculdade Integral Diferencial DeVry, PI
Dr. Marcelo Quevedo do Amaral – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, RS
Me. Márcia Maria Neves Corrêa – Banco Central, RJ
Me. Marina Demaria Venâncio – Universidade Federal de Santa Catarina, SC
Dra. Patrícia Helena dos Santos Carneiro – Universidade Federal de Rondônia, RO
Dr. Renato Maso Previde – Universidade do Estado de Minas Gerais, MG
Me. Rodrigo da Silva Brandalise – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, RS
Me. Rogério Telles Correia das Neves – Advocacia-Geral da União, DF

* Consultores que participaram de procedimento de exame de artigo concluído pelas instâncias pertinentes, conforme o Regulamento da Revista, no curso dos trabalhos de preparação da presente 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 que compõem esta Revista foram preservados integralmente tal como publicados, tanto na forma como no 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

Marcelo Madureira Prates

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, Internacional e Penal

Nelson Alves de Aguiar Júnior

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

Igor Arruda Aragão

Subprocurador-Geral da Câmara de Consultoria Administrativa

Leonardo de Oliveira Gonçalves

Procuradora-Chefe da Procuradoria Especializada de Consultoria Administrativa

Chiarely 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-Regional do Banco Central no Distrito Federal

Ériton Bittencourt de Oliveira Rozendo

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

Francisco Ponte de Almeida Junior

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

José Luciano Jost de Moraes

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
Márcia Maria Neves Corrêa

Procurador-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central no Rio Grande do Sul
Yuri Restano Machado

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
Ana Paula Mendes Lobo Paes Lima

Sumário

Editorial

Nota da Edição

Leandro Novais e Silva, 10

Crowdfunding e peer-to-peer lending: uma análise dos regulamentos das finanças alternativas no Brasil

Marcus Freitas Gouvea, 13

Pontuais Alterações na Estrutura do SPB para Implantar o SPI/Pix e Seus Benefícios para a População

Rubia Carneiro Neves, Daniel Rodrigues Costa, Felipe de Almeida Lambertucci e

José Marcelo de Castro Lima Filho, 31

O Fenômeno da Desmaterialização dos Títulos de Crédito

Caio de Barros Santos e Henrique Perlatto Moura, 46

O Papel do Inquérito do Banco Central em Casos de Liquidação Extrajudicial na Detecção de Crimes Financeiros

Marcos Dias de Oliveira, 62

Coaf e Controles internos: prevenção e combate à lavagem de dinheiro no sistema financeiro

Carolina Pinheiro Cespedes, 76

Processo Administrativo Sancionador do Banco Central: avanços e controvérsias

André Lipp Pinto Basto Lupi e Silvana Fátima Mezaroba Bonsere, 94

Estado Regulador de Exceção: uma reflexão sobre a atribuição de poderes emergenciais aos bancos centrais

Bruno Felipe de Oliveira e Miranda, 113

O Patrimônio Rural de Afetação e a Nova e Paradoxal Face do Crédito Rural

Lucas Pereira Araujo e Ricardo Caieiro Ramos da Silva, 134

O Direito de Remessas Familiares Transnacionais Eficientes e Seguras: desafios à governança global migratória

Bianca Guimarães Silva e Thiago Paluma, 149

Serviços Públicos no Âmbito do Direito Administrativo Econômico

Márcia Walquiria Batista dos Santos e Luís Pedro Ferreira Lima, 169

Parecer Jurídico 66/2021-BCB/PGBC

Parecer que examina a possibilidade de o Banco Central celebrar Termo de Compromisso (TC) conjuntamente com outras entidades da Administração Pública, observadas as respectivas esferas de atuação, em relação a uma mesma ocorrência ou conduta praticada pelo administrado.

Humberto Cestaro Teixeira Mendes, Márcio Rafael Silva Laeber e Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, 184

Parecer Jurídico 169/2021-BCB/PGBC

Parecer em que, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.696/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT), a Autarquia defende a constitucionalidade da Lei Complementar (LC) 179, de 24 de fevereiro de 2021, que define os objetivos do Banco Central do Brasil (BCB) e dispõe sobre sua autonomia e sobre a nomeação e a exoneração de seu Presidente e de seus Diretores.

Luciana Lima Rocha, Guilherme Centenaro Hellwig, Lucas Farias Moura Maia, Erasto Villa-Verde Filho, Flavio José Roman e Cristiano Cozer, 195

Parecer Jurídico 417/2020-BCB/PGBC

Parecer que analisa a conduta a ser adotada por área técnica do Banco Central nos casos de pedidos de acesso à informação, com base na Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação ou LAI), que solicitam acesso a documentos e informações constantes em processos que examinam propostas de Termo de Compromisso (TC).

André Ubaldo Roldão, Eliane Coelho Mendonça, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira e Marcel Mascarenhas dos Santos, 250

Parecer Jurídico 794/2020-BCB/PGBC

Parecer que analisa a conduta a ser adotada pela Administração no caso de solicitação de acesso a Processos Administrativos Sancionadores (PAS).

André Ubaldo Roldão, Eliane Coelho Mendonça e Alexandre Forte Maia, 265

Petição 2.148/2021-BCB/PGBC

Memorial apresentado pelo Banco Central do Brasil (BCB), perante o Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 645, ajuizada pelo partido Podemos, posteriormente convertida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.407, por meio do qual a Autarquia sustenta a constitucionalidade do art. 2º, caput e §§ 1º a 3º, da Resolução 4.765, de 27 de novembro de 2019, do Conselho Monetário Nacional (CMN), os quais disciplinaram a possibilidade de cobrança de tarifa pela disponibilização de cheque especial ao cliente.

Felipe de Vasconcelos Pedrosa, Lucas Farias Moura Maia, Erasto Villa-Verde Filho, Flavio José Roman e Cristiano Cozer, 284

Nota da Edição

O primeiro número do volume 15 da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC), publicado agora, tem o condão de inaugurar a publicação em 2021, **o que também coincide com os quinze anos da Revista**, publicada ininterruptamente desde 2007, abordando sobretudo artigos do direito econômico da regulação financeira.

O número atual publica dez artigos, superando o número de artigos das últimas edições. Na linha dos três números publicados anteriormente, o que evidencia uma forte tendência, pelo menos três artigos selecionados abordam a relação entre direito, mercado financeiro e tecnologia, e a regulação consequente.

A edição é completada por sete artigos de naturezas diversas, como o papel do Banco Central em casos de liquidação extrajudicial; o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) no combate à lavagem de dinheiro; o processo administrativo sancionador do Banco Central; o debate sobre os poderes emergenciais dos bancos centrais; a discussão sobre o patrimônio rural de afetação e o crédito rural; os desafios à governança global migratória e um debate sobre serviços públicos no âmbito do direito administrativo econômico.

O número apresenta ainda cinco manifestações jurídicas da PGBC, superando o número de manifestações publicadas nas edições anteriores, e destaca alguns dos pronunciamentos mais relevantes da Procuradoria nos anos de 2020 e 2021, **realçando o verdadeiro serviço público de prestação de informações**.

Entre os artigos da temática direito, regulação do mercado financeiro e tecnologia, o primeiro deles trata do que o autor, Marcus Freitas Gouvea, intitula da regulação das finanças alternativas no Brasil, uma análise do *crowdfundig* e *peer-to-peer lending*, como explica o título. Faz um comparativo das regulações – Resolução CMN 4.656, de 26 de abril de 2018, e Instrução CVM 588, de 13 de julho de 2017, abordando ainda os perfis dos investidores, riscos operacionais e de crédito.

O segundo artigo nessa linha, de autoria coletiva de Rubia Carneiro Neves, Daniel Rodrigues Costa, Felipe de Almeida Lambertucci e José Marcelo de Castro Lima Filho, é intitulado *Pontuais Alterações na Estrutura do SPB para Implantar o SPI/Pix e Seus Benefícios para a População*. Como o próprio título do artigo deixa evidente, o trabalho investiga as alterações do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), mudanças regulatórias e de infraestrutura, de forma a permitir a construção do Sistema de Pagamentos Instantâneo (SPI) e o Pix.

Ainda o terceiro artigo da temática, *O Fenômeno da Desmaterialização dos Títulos de Crédito*, de Caio de Barros Santos e Henrique Perlatto Moura, cuida de descrever o processo de virtualização das relações negociais, na expressão dos títulos de crédito, discutindo sua validade jurídica, assinatura digital, as centrais de registro, custódia e liquidação, além da revisão dos princípios clássicos atinentes aos títulos.

Prosseguindo, agora já em temática diversa, o artigo de Marcos Dias de Oliveira, *O Papel do Inquérito do Banco Central em Casos de Liquidação Extrajudicial na Detecção de Crimes Financeiros*, procura avaliar o potencial do inquérito em instituições financeiras em liquidação extrajudicial, promovido pelo Banco Central, para a detecção de crimes econômicos, em especial a lavagem de dinheiro, e os caminhos para a constatação dos indícios de crimes.

Ainda na linha da lavagem de dinheiro, Carolina Pinheiro Cespedes, com *Coaf e Controles Internos: prevenção e combate à lavagem de dinheiro no sistema financeiro*, estuda as teorias e legislação sobre lavagem de dinheiro e o papel dos controles internos e da inteligência no combate e na prevenção a esse crime, realçando estatísticas e indicadores do que vem sendo feito no Brasil sobre a matéria.

No âmbito administrativo interno, André Lipp Pinto Basto Lupi e Silvana Fátima Mezaroba Bonsere, publicam *Processo Administrativo Sancionador do Banco Central: avanços e controvérsias*, explorando as alterações do regime da Lei 13.506, de 13 de novembro de 2017, penalidades, medidas cautelares, termo de compromisso, rito do processo, e as eventuais controvérsias sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central.

O artigo seguinte, de Bruno Felipe de Oliveira e Miranda, trata de tema polêmico, refletido já no título, *Estado Regulador de Exceção: uma reflexão sobre a atribuição de poderes emergenciais aos bancos centrais*. O autor examina a Emenda Constitucional 106, de 7 de maio de 2020, naquilo que concerne à atribuição de poderes excepcionais de atuação no mercado não bancário para o Banco Central, no cenário de pandemia do novo coronavírus, discutindo essa situação de quase-exceção e o teste de constitucionalidade que ela desafia.

Noutro giro, o artigo de Lucas Pereira Araujo e Ricardo Caieiro Ramos da Silva, *O Patrimônio Rural de Afetação e a Nova e Paradoxal Face do Crédito Rural*, investiga as novas disposições trazidas pela Lei 13.986, de 7 de abril de 2020, conhecida como “Nova Lei do Agronegócio”. Os autores estudam a nova modalidade de garantia estruturada pela lei, o patrimônio rural de afetação, com dados relacionados ao volume de concessão e inadimplência de crédito rural, nos últimos cinco anos, por meio de séries temporais do Banco Central, para concluir como desnecessária a imposição de risco novo ao produtor rural, capaz de retirá-lo da atividade agrícola.

O artigo seguinte, de Bianca Guimarães Silva e Thiago Paluma, com o título *O Direito de Remessas Familiares Transnacionais Eficientes e Seguras: desafios à governança global migratória*, trata do importante tema das remessas transnacionais como forma de efetivar o direito de migrar. Explora, ainda, a via possível da governança global, com o uso de instrumentos de *hard* e *soft law*, como forma de efetivar o direito de remessas seguras e eficazes.

Por último, mas não menos importante, na seção de artigos, Márcia Walquiria Batista dos Santos e Luís Pedro Ferreira Lima publicam *Serviços Públicos no Âmbito do Direito Administrativo Econômico*. Os autores dedicam-se a debater como os serviços públicos foram incorporados a deveres contraprestacionais assumidos pelo Estado no momento histórico marcado pelo declínio do liberalismo, realçando, desse modo, uma crise dos serviços públicos, que agora pode ser enfrentada no contexto do *e-governance*.

Inaugurando a seção de pronunciamentos da Procuradoria do Banco Central, verdadeira essência da prestação de serviço público, o Parecer Jurídico 66/2021-BCB/PGBC cuida de analisar o sugestivo tema da possibilidade de o Banco Central celebrar Termo de Compromisso (TC) conjuntamente com outras entidades da Administração Pública, observadas as esferas de atuação e as exigências legais específicas.

O Parecer Jurídico 169/2021-BCB/PGBC configura-se na prestação de informações a título de subsídios que foram submetidos ao Advogado-Geral da União para a defesa da Lei Complementar 179, de 24 de fevereiro de 2021, que dispôs sobre a autonomia do Banco Central e a exoneração do seu Presidente e Diretores, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.696/DF, no Supremo Tribunal Federal.

O Parecer Jurídico 417/2020-BCB/PGBC retorna ao tema do Termo de Compromisso (TC), cuidando de consulta sobre o acesso à informação, com base na Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011 (LAI), de documentos e informações constantes do processo que analisa a proposta de acordo. O Parecer conclui que, suprimidas as hipóteses de segredo legal, deve-se fornecer ao cidadão, no âmbito do procedimento da LAI, além do inteiro teor do TC, também a decisão administrativa e eventual manifestação jurídica que veiculam os fundamentos de fato e de direito para a celebração do referido instrumento.

Ainda na linha do uso da LAI, o Parecer Jurídico 794/2020-BCB/PGBC debate a conduta a ser adotada no caso de solicitação de acesso a Processos Administrativos Sancionadores (PAS). Investiga as circunstâncias de acesso e do tratamento a eventuais informações sigilosas constantes do processo, além de tratar do impacto da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD), à matéria.

Por fim, fechando a seção de pronunciamentos, a Petição 2148/2021-BCB/PGBC cuida de Memorial apresentado ao Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.407, que discute a possibilidade cobrança de tarifa pela disponibilização de cheque especial, questionando, portanto, a constitucionalidade do art. 2º, *caput* e §§ 1º e 3º, da Resolução 4.765, de 27 de novembro de 2019, do Conselho Monetário Nacional (CMN).

Estabelecido o roteiro da primeira edição de 2021, aproveitem a leitura, ainda em casa, mas já em cenário de expressiva melhora da pandemia!

Leandro Novais e Silva
Editor

***Crowdfunding e peer-to-peer lending:* uma análise dos regulamentos das finanças alternativas no Brasil**

Marcus Freitas Gouvea*

Introdução. 1 Modelos de finanças alternativas e algumas definições. 2 Riscos do investidor nos modelos peer-to-peer. 3 Comparativo das regulações (Instrução CVM 588/2017 e Resolução CMN 4.656/2018). 3.1 O instrumento representativo do negócio e seu emissor. 3.2 O investidor comum. 3.3 Riscos operacionais. 3.4 Orientações e alertas aos investidores. 3.5 Perfil do investidor e o serviço de análise de crédito. 3.6 A existência do empreendimento e o risco de crédito. 3.7 A participação de investidores sofisticados. Conclusões. Referências.

Resumo

Plataformas de financiamento alternativas estão crescendo rapidamente. Elas complementam as atividades bancárias, viabilizando crédito para empreendedores que, por exemplo, não podem financiar seus projetos por meios tradicionais, além de oferecer novas oportunidades de negócios para pequenos investidores. Nesse contexto, muitas agências em todo o mundo envidam esforços para regular a matéria, a fim de promover as virtudes de plataformas de financiamento alternativo, controlar possíveis riscos sistêmicos que possam oferecer e proteger os interesses dos investidores. No Brasil, a o órgão regulador do sistema financeiro (Conselho Monetário Nacional) e a Comissão de Valores Mobiliários regulamentaram os modelos de financiamento alternativo por meio de dois estatutos distintos, a Resolução CMN 4.656/2018 e a Instrução CVM 588/2017. Este trabalho tem como objetivo comparar esses estatutos em termos da proteção oferecida a investidores comuns e nos negócios caracterizados como *peer-to-peer lending*.

Palavras-chave: Finanças alternativas. Resolução CMN 4.656/2018. Instrução CVM 588/2017. Empréstimos entre pessoas. Proteção do investidor.

* Procurador da Fazenda Nacional. Doutorando em Direito pela UFMG.

Crowdfunding and peer-to-peer lending an analysis of the alternative finance regulations in Brazil

Abstract

Alternative finance platforms are growing fast. They supplement bank activities for entrepreneurs who are not able to finance their projects by traditional means and provide new business opportunities for small investors. In this context, many agencies around the world make efforts to regulate the subject, in order to foster the alternative finance platforms virtues, to control possible systemic risks they may offer, and to protect investors interests. In Brazil, the financial system rule maker (Conselho Monetário Nacional) as well as the securities authority (Comissão de Valores Mobiliários) regulated alternative finance models by two different bylaws, the Resolução CMN 4.656/2018 and the Instrução CVM 588/2017. This paper aims to compare those bylaws in terms of the protection they offer to ordinary investors in peer-to-peer business.

Keywords: *Alternative finance. Resolution CMN 4.656/2018. Normative Ruling CVM 588/2017. Peer-to-peer lending. Investors protection.*

Introdução

O termo “finanças alternativas” está relacionado a fenômeno recente de criação de novos canais de financiamento de empresas em estágio inicial, com reduzida participação de instituições financeiras tradicionais. Nas relações firmadas no âmbito das finanças alternativas, colocam-se, de um lado, pessoas físicas e micro e pequenas empresas, tomadoras de recurso, e, de outro, os investidores, não raro intermediados por plataformas eletrônicas (*fintechs*), embora estas plataformas possam ser os próprios investidores (OCDE, 2015, p. 13-19).

Esses mecanismos de financiamento têm crescido substancialmente em todo o mundo desde a crise de 2008 (ARNER *et al.*, 2015, p. 16) e, em alguma medida, também no Brasil (BID, 2018, p. 28-32; PWC, 2018, p. 10; HERRERA, VADILLO, 2018, p. 1). Com isso, agências reguladoras de todo o mundo têm se debruçado sobre a matéria, tanto para proteger investidores quanto para conferir marco legal e segurança jurídica para os novos negócios.

No Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) editou a Instrução CVM 588/2017 (ICVM 588/2017), sobre Plataformas Eletrônicas de Investimento Participativo (e-PIP), e o Conselho Monetário Nacional (CMN) publicou a Resolução CMN 4.656/2018 (RCMN 4.656/2018), sobre Sociedades de Empréstimo entre Pessoas (SEP),¹ normas que regulam empresas de finanças alternativas, cujo modelo de negócio inclui a intermediação entre tomadores e fornecedores de recursos.

O presente artigo tem o objetivo de comparar a ICVM 588/2017 e a RCMN 4.656/2018 sob o ponto de vista da proteção do consumidor que realiza investimentos baseados em empréstimos (*lending, debt* ou *loan*) entre pessoas, por meio de plataformas regidas por estes normativos.

¹ Não serão analisadas, neste trabalho, as Sociedades de Crédito ao Microempreendedor e à Empresa de Pequeno Porte (SCMEPP), previstas na Lei 10.194, de 14 de fevereiro de 2001, as Sociedades de Crédito Direto (SCD), disciplinadas pela Resolução 4.656, de 26 de abril de 2018; nem a Empresa Simples de Crédito (ESC), criada pela Lei Complementar 167, 24 de abril de 2019, que adota o modelo de negócio *balance-sheet*. Também não será analisado o modelo de *equity crowdfunding*, também regido pela ICVM 588/2017, por não representar propriamente empréstimo de recurso, mas investimento vinculado a direitos de propriedade societária.

Para tanto, o texto é dividido em quatro seções, além da presente introdução. Na segunda seção, realiza-se uma análise terminológica dos modelos de finanças alternativas nos quais uma empresa, por meio de uma plataforma eletrônica, aproxima tomadores (mutuários) e fornecedores (investidores) de recursos. Essa análise apresenta conteúdo prático, na medida em que procura apontar diferenças entre os modelos que justificam, também, diferenças de abordagens regulatórias (restritas, neste texto, à proteção do investidor) e se mostra essencial para o desenvolvimento do trabalho, pois pretende delimitar o tema, bem como demonstrar a possibilidade de incidência tanto da Instrução da CVM quanto da Resolução do CMN em tipos similares de investimentos regidos pelas duas normas, sem o que não seria possível a comparação dos atos normativos.

A seção seguinte apresenta alguns riscos característicos dos investimentos oferecidos pelas plataformas, bem como os meios apontados por estudos acadêmicos e levantamentos de agências reguladoras e organismos internacionais para o enfrentamento destes riscos. A partir desses dados, a quarta seção procura comparar como as normas da ICVM 588/2017 e da RCMN 4.656/2018 enfrentaram temas semelhantes, voltados à proteção do investidor das plataformas.

A seção final sumariza as principais diferenças e semelhanças entre os atos normativos, com a ressalva de que o comparativo não busca identificar a superioridade de uma norma em relação à outra.

I Modelos de finanças alternativas e algumas definições

Diversos trabalhos da academia, de órgãos reguladores nacionais e de organismos internacionais sobre finanças alternativas utilizam expressões como *market place lending*, *peer-to-peer lending*, *balance-sheet lending*, *crowdfunding*, *loan-based* ou *lend-based crowdfunding* etc. para identificar certa gama de negócios (FCA, 2014, p. 5; IOSCO, 2017, p. 10; FENWICK *et al.*, 2017, p. 23; HERRERA, 2016, p. 5).

Seriam modelos de negócios diferentes? O que os diferencia? E a partir de quais critérios?

A origem desses institutos não é financeira. As primeiras referências ao *crowdfunding* mencionam projetos pessoais ou sociais, visando à doação de recursos (*donation-based*) ou a pré-venda de produtos ou serviços (*simple reward* ou *pre-sale-based*), com apelos lançados na internet (KIRBY, WORNER, 2014, p. 8).

Com o tempo, o mecanismo passou a ser utilizado para campanhas de financiamento de atividades empresariais que procuravam receber recursos financeiros de potenciais investidores, aos quais se prometia a devolução do empréstimo com juros (*lending* ou *debt-based crowdfunding*) ou a participação no resultado do empreendimento (*equity-based crowdfunding*) (KIRBY, WORNER, 2014, p. 8).²

Hoje, existe uma grande variedade de negócios que permitem o financiamento de atividades empresariais relativamente pequenas, normalmente por meio de plataformas da internet, nas quais se ofertam investimentos a um número grande de colaboradores, que fazem, cada um, pequenos aportes de capital (BRADFORD, 2012, p. 10-11).

A multiplicidade de modelos negociais similares, por sua vez, leva à necessidade de uniformização de nomenclatura para classificar as atividades, fornecer maior clareza nas decisões de investimento, bem como permitir a regulação dos negócios pelas autoridades públicas.

Neste ponto, cabe perguntar quais são os tipos de negócios de finanças alternativas encontrados no mercado, suas particularidades e quais os nomes que são empregados.

² Apenas o modelo de *debt-crowdfunding* interessa neste trabalho, pois diz respeito ao financiamento de atividade empresarial, com base em empréstimos.

O Relatório do Banco Mundial afirma que “*crowdfunding* é técnica de levantar recursos de muitas pessoas, ao invés de um pequeno grupo de investidores especializados, no qual cada indivíduo fornece pequena quantidade do financiamento requerido” (CUSMANO, 2015, p. 53).

Entre as modalidades de *crowdfunding*, o estudo aponta a doação, a recompensa, a pré-venda, o empréstimo (*lending*, também denominado *peer-to-peer lending* – P2P) e o patrimonial (*equity*), este último envolvendo a emissão de valor mobiliário (CUSMANO, 2015, p. 54). Característica cada vez mais frequente em todas as modalidades é a intermediação do *funding* por plataformas de internet (CUSMANO, 2015, p. 53).

Outra classificação de meios de finanças alternativas que coloca o *crowdfunding* como termo genérico, subdividido em *equity-crowdfunding* e *debt-crowdfunding* (também chamado *peer-to-peer lending*), também é encontrada na literatura especializada (FENWICK et. al., 2017, p. 4, ARNER et al., 2015, p. 11 e 23-24).

No mesmo sentido, afirma o relatório sobre tecnologias financeiras da IOSCO (2017, p. 10) que *peer-to-peer* – P2P:

[É] um modelo de negócios em que em muitos casos permite investidores, sozinhos ou em conjunto, a fornecer financiamento a terceiros. A novidade deste modelo de negócios é que o financiamento pode ser obtido por muitos diferentes mutuantes / investidores que variam de indivíduos a investidores institucionais. Em troca mutuantes e investidores podem receber juros mensais em acréscimo ao reembolso do capital. Sob a perspectiva regulatória, a menos que a plataforma realize apenas empréstimos com recursos próprios, usualmente são emissoras de valores mobiliários ou participações em esquemas de investimento coletivo e, conseqüentemente, se enquadram nas regulações de valores mobiliários.

Em distinção ao P2P, o relatório da IOSCO (2017, p. 10-11) apresenta o *equity crowdfunding* (ECF), como

modelo de negócio que permite investidores investir em uma companhia, tipicamente uma *startup* ou um negócio em estágio inicial, em troca de ações da companhia. Tradicionalmente limitado a *venture capitalists* e investidores anjo, o ECF abriu possibilidades de investimento em *equity* para uma gama muito maior de investidores.

Na visão da IOSCO, *crowdfunding* se limitaria a investimentos em *equity*, enquanto o P2P se limitaria a *debt*, podendo ambos envolver a emissão de valores mobiliários.

Nas Américas, o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) também elaborou relatório sobre o tema, no qual identificou o termo “finanças alternativas” como sinônimo de *crowdfunding* (HERRERA, 2016, p. 2). Nesse âmbito, existiriam dois modelos de finanças alternativas, *loan-based* e *equity-based*, consistindo o P2P (*loan-based*) no modelo mais básico (HERRERA, 2016, p. 4-5).³

³ A utilização do termo *crowdfunding* como nome genérico também é registrado pelo Guia do Crowdbureau Corporation (2018, p. 5): “o termo *Crowdfunding* é usado globalmente como um termo genérico para descrever uma série de maneiras pelas quais pessoas e empresas (incluindo *start-ups*) levantam dinheiro, tipicamente através de uma plataforma baseada na Internet. A Internet e as mídias sociais tornaram possível o *crowdfunding* e, nos últimos anos, várias plataformas de *crowdfunding* proliferaram. Estas incluem plataformas de *crowdfunding* baseadas em empréstimos, geralmente chamadas de empréstimos *peer-to-peer*, que permitem que pessoas e instituições emprestem dinheiro direta ou indiretamente a consumidores e empresas para obter retornos financeiros na forma de pagamentos de juros e reembolso de capital ao longo do tempo. As empresas deste segmento também podem fornecer serviços financeiros relacionados. Também estão incluídas plataformas de *crowdfunding* baseadas em investimentos, geralmente chamadas de *crowdfunding* baseado em ações ou em títulos, que oferecem aos investidores uma oportunidade de investir diretamente em negócios que compram investimentos como ações ou debêntures”.

Essas variações, por certo, são básicas. Estudos identificam dez variações de modelos de finanças alternativas nas Américas (WARDROP *et al.*, 2016, p. 30) e oito na Inglaterra (WARDROP e ZIEGLER, 2016, p. 24), que se diferem pela base do investimento (*debt* ou *equity*), pela natureza do objeto financiado (consumidor, imobiliário etc.), pela existência de garantia da operação (com garantia ou sem garantia), pelo tipo de participação da plataforma (apenas intermediadora, *peer-to-peer*, ou também investidora, *balance-sheet*).⁴ Ademais, é importante observar que as classificações apresentadas não são regulamentares. Constituem tipo comum ou frequente (LARENZ, 1997, p. 657-659), encontrados nas práticas empresariais, nada impedindo que os órgãos reguladores editem normas próprias para tratar do mesmo fenômeno, desde que presentes os requisitos legais de sua atuação.

De toda sorte, dentro dos modelos de finanças alternativas, encontram-se como características frequentes: a captação de recursos de muitas pessoas (raramente de poucos grandes investidores); cada indivíduo fornece pequena quantidade do financiamento requerido; não há participação de instituições financeiras tradicionais (notadamente bancárias); o financiamento consiste em investimento baseado em *equity* ou *debt* e é intermediado por plataforma da internet. Algumas características são variáveis, como a emissão de valor mobiliário ou de título de crédito que não se configure valor mobiliário, as operações poderem ser realizadas com ou sem garantia, e a plataforma intermediária por vezes também contribuir no *funding*, por vezes não contribuir.

No que importa para o objeto do presente estudo, o *peer-to-peer lending* apresenta as seguintes características: a captação de recursos de muitas pessoas, raramente grandes investidores, no qual cada indivíduo fornece pequena quantidade do financiamento requerido, realizando investimento baseado apenas em *debt* (excluído *equity* desta análise), com a intermediação de plataforma da internet e sem a participação de instituições financeiras bancárias, podendo ou não haver emissão de valores mobiliários no processo de investimento.

No Brasil, CMN e CVM regularam recentemente modelos de negócios que se enquadram nessas características.

A Resolução CMN 4.656/2018 disciplinou novo tipo de instituição financeira, a SEP, cujo objeto “é a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas exclusivamente por meio de plataforma eletrônica” (art. 7º, da Resolução CMN 4.656/2018).

A seu turno, a Instrução CVM 588/2017 dispõe “sobre a oferta pública de distribuição de valores mobiliários de emissão de sociedades empresárias de pequeno porte realizada com dispensa de registro por meio de plataforma eletrônica de investimento participativo”, norma que se aplica apenas às modalidades de *debt* e *equity crowdfunding*, e não aos modelos de doações, brindes, ou compras antecipadas.

De acordo com o art. 2º, I, da ICVM 588/2017, o *crowdfunding* de investimento é a

captação de recursos por meio de oferta pública de distribuição de valores mobiliários dispensada de registro, realizada por emissores considerados sociedades empresárias de pequeno porte nos termos desta Instrução, e distribuída exclusivamente por meio de plataforma eletrônica de investimento participativo, sendo os destinatários da oferta uma pluralidade de investidores que fornecem financiamento nos limites previstos nesta Instrução.

4 Há alguma variação de nomenclatura em duas circunstâncias. Uma, quando se verifica o enfoque em empréstimos, utilizando-se denominações diferentes de investimento em *equity*. Outra, quando se procura comentar escolhas regulatórias. Exemplo de ambos se encontra em Franson e Manbeck (2019). Os autores utilizam o termo *marketplace lending* como termo genérico que abarca diversas modalidades de empréstimo. Usam o termo *crowdfunding*, de outro turno, ao investimento baseado em *debt* ou *equity*, realizado por muitas pessoas em um empreendimento, por intermédio de uma plataforma e que se sujeita ao regime dos valores mobiliários (FRANSON e MANBECK, 2019, 147).

Para a captação de recursos, podem ser emitidos debêntures e contratos de investimento coletivo (ICVM 588/2017, art. 8º, § 2º, II).

Em síntese, ambos os normativos regulam modelos de negócio que podem ser classificados como *peer-to-peer lending*, em que um interessado (típica ou obrigatoriamente pequeno empreendedor) busca financiamento de sua atividade de uma multiplicidade de pessoas, por meio de plataforma eletrônica, mediante o oferecimento de investimento baseado em *debt*, definindo-se a aplicação de uma ou outra norma pela emissão necessária de valor mobiliário, quando há a incidência da ICVM 588/2017, enquanto a Resolução CMN 4.656/2018 incide se o negócio não envolve necessariamente a emissão de valores e é intermediado por SEP.⁵

2 Riscos do investidor nos modelos *peer-to-peer*

A regulação dos mercados financeiros encontra fundamentos na necessidade de proteger os consumidores e investidores e reduzir os crimes financeiros, com vistas no desenvolvimento do próprio mercado e no desenvolvimento econômico (CHIU, WILSON, 2019, p. 9). Este trabalho procura avaliar dois desses fundamentos, os riscos e a proteção dos investidores.

De fato, agências reguladoras procuram disciplinar o mercado atacando os riscos principais de cada atividade. O estudo dos riscos do mercado financeiro ganhou relevância com os acordos Basileia II e III, este último posterior à crise de 2008. Tais acordos procuraram desenvolver mecanismos de identificação e controle dos riscos financeiros, entre os quais se encontram o risco operacional, o risco de crédito, o risco de mercado e o risco de liquidez. Sem maiores divergências, identifica-se o risco operacional como a possibilidade de perda por falhas organizacionais da instituição financeira, o risco de crédito como a possibilidade da perda por falta de pagamento das obrigações, o risco de mercado como a mudança de valor nos ativos e passivos e o risco de liquidez pela dificuldade de vender ativos pelo preço desejado em determinado momento (SOUZA NETO e OLIVEIRA, 2006, p. 451; FORTUNA, 2008, p. 753-754; OLIVEIRA e PACHECO, 2011, p. 250).

Naturalmente, qualquer investimento apresenta riscos. Assim, a economia, o direito, a contabilidade e as finanças tradicionais desenvolveram ferramentas de análise de investimentos e de garantias do investidor para mitigar perdas. Citam-se pesquisas de mercado acerca do produto ou serviço que o empreendedor pretende oferecer, análises de balanços contábeis dos empreendedores e da capacidade de pagamento das pessoas, processos de constituição de garantias etc.

No âmbito das finanças alternativas, esses métodos muitas vezes não estão disponíveis, por não haver dados suficientes para os estudos necessários, ou apresentam custos que inviabilizam o próprio negócio.

Deveras, meios alternativos de financiamento surgem justamente onde os meios tradicionais não conseguem ou não querem chegar, deixando espaço gradualmente ocupado por empresas tecnológicas denominadas *fintechs* (ARNER *et. al.*, 2015, p. 3) que permitem acesso a financiamento e produtos financeiros a pessoas excluídas do mercado tradicional (FENWICK *et. al.*, 2017, p. 7).

Dessa forma, embora os riscos das finanças alternativas possam ser classificados da mesma forma que os das finanças tradicionais, apresentam particularidades que requerem respostas regulatórias diferentes.

⁵ Operações de financiamento com características similares poderiam ser realizadas por outros meios. Nesse caso, submeter-se-iam a outras regulações que este artigo não pretende abordar, ou se enquadrariam no âmbito da ilicitude, matéria que também excede os limites deste texto.

Os riscos operacionais das plataformas e a possibilidade de fraude -são exemplos. A plataforma eletrônica pode funcionar mal, pode deixar de funcionar e pode ainda estar sujeita a falsas informações prestadas pelos tomadores de recursos.

Para mitigar riscos operacionais da plataforma, de falha e de fraude, propõe-se o estabelecimento de deveres de diligência e de capital mínimo para as plataformas (IOSCO, 2017, p. 20-21, HERRERA, 2016, p. 21-22), a obrigação das plataformas de contratar agente de custódia independente (IOSCO, 2017, p. 21), a obrigação dessas plataformas de identificar riscos operacionais e adequar procedimentos, controles e governança (IOSCO, 2017, p. 21, HERRERA, 2016, p. 23-24), a obrigatoriedade de exame pelo regulador dos procedimentos internos (inclusive TI) no registro da plataforma e em períodos regulares (IOSCO, 2017, p. 21) e a separação do capital da plataforma e dos clientes (HERRERA, 2016, p. 23).

O investidor ainda está sujeito ao risco de mercado e ao risco de crédito do tomador. Nos modelos *peer-to-peer*, esses tipos de risco estão muito relacionados, pois o valor dos ativos do devedor, crucial para o pagamento de suas dívidas, depende largamente do sucesso do empreendimento, vez que os negócios não são usualmente lastreados por garantias reais.

Entretanto, empreendimentos pequenos, muitas vezes inovadores, não permitem estudos de mercado capazes de gerar estimativa confiável de viabilidade. De fato, empreendimentos embrionários estão sujeitos a muitas incertezas, sejam aquelas comuns a negócios tradicionais, de má administração, rejeição do consumidor etc., sejam outras típicas de negócios tecnológicos, como a inadequação ou superação da tecnologia (BRADFORD, 2012, p. 105-106), fatos que os levam a baixas taxas de sucesso (AGRAWAL *et al.*, 2015, p. 4-5).

Ademais, o devedor não é conhecido da coletividade de investidores e não necessariamente possui histórico de atividades empresariais e de crédito. Igualmente, o empreendimento que pretende financiar não é informado com detalhes, fato que causa grande assimetria de informação entre ele e os investidores, pois, de um lado, o investidor comum ou médio não costuma ter sofisticação ou capacidade para avaliar minimamente o negócio que financia e, de outro, os negócios típicos do modelo são propostos por pessoas não sujeitas a regras de *compliance*, não são acompanhados de informações detalhadas, menos ainda de informações rotineiras (BRADFORD, 2012, p. 100 e seg, FENWICK *et al.*, 2017, p. 4; ARNER, *et al.*, 2015, p. 22), exigindo, para investidores profissionais, maiores esforços de investigação para investidores qualificados ou profissionais.

Com relação ao risco de crédito e de mercado, verificam-se propostas de limites para o tomador por período de tempo, de forma a evitar elevados níveis de endividamento (IOSCO, 2017, p. 20; HERRERA, 2016, p. 8), a adoção do modelo tudo ou nada (*all-or-nothing*), em que o dinheiro é devolvido ao investidor se o projeto se não alcançar o valor pretendido; ou o modelo parcial (*keep-it-all*), que permite ao empreendedor receber os recursos levantados pela plataforma e buscar outras formas de financiamento para a atividade pretendida, que visam permitir a concessão do empréstimo apenas se a campanha resultar em arrecadação suficiente para a implementação do negócio, e a obrigação da plataforma avaliar o perfil do devedor, para evitar os riscos do mau pagador (IOSCO, 2017, p. 20; HERRERA, 2016, p. 8).

Tais medidas, a propósito, contribuem para reforçar o efeito positivo do modelo quanto à validação antecipada, na qual o sucesso do financiamento contribui diretamente com o sucesso do empreendimento, e ao efeito rede, que permite maior interação entre investidores e empresas (IOSCO, 2017, p. 15).

Com relação à assimetria da informação por parte do investidor, são opções regulamentares: a obrigatoriedade de que um mínimo de investimento em cada projeto seja realizado por investidores qualificados (IOSCO, 2017, p. 20); a possibilidade de investimentos em grupo (*syndicate*), com a

liderança de um investidor representando total ou parcialmente os outros investidores (KIRBY e WORNER, 2014, p. 36); e a autorização para a plataforma fazer investimentos e recomendações de investimento (IOSCO, 2017, p. 20; HERRERA, 2016, p. 18). Essas medidas incluem nos negócios pessoas e entidades mais capazes de avaliar o potencial dos investimentos.

Ademais, são possibilidades regulatórias o estabelecimento de limite máximo de aporte para o investidor por projeto/plataforma/ano (IOSCO, 2017, p. 20; HERRERA, 2016, p. 8), limitando, assim, as perdas que cada investidor pode sofrer, bem como a exigência de educação do investidor, o fornecimento do material de educação e a realização de alertas de risco (IOSCO, 2017, p. 20).

Fala-se, também, do risco de liquidez por ausência de mercado secundário para as finanças alternativas (IOSCO, 2017, p. 15-17), mencionando-se como resposta regulatória possível a promoção de estímulo para a criação e desenvolvimento de mercados secundários (IOSCO, 2017, p. 20, HERRERA, 2016, p. 8). Outros exemplos de risco seriam o risco legal e o risco soberano.

Com a ressalva de que este estudo não pretende esgotar os riscos e os meios regulatórios para mitigá-los, nem mesmo no âmbito das finanças alternativas, a próxima seção cuidará do tratamento das normas brasileiras acerca das regras de operação das plataformas, das orientações e alertas ao investidor, dos meios de avaliação do negócio pelo investidor e dos instrumentos de redução de assimetria de informação.

3 Comparativo das regulações (Instrução CVM 588/2017 e Resolução CMN 4.656/2018)

3.1 O instrumento representativo do negócio e seu emissor

Os atos normativos em apreço estabelecem regras para tipos de negócio com muitas semelhanças, mas também com diferenças.

As primeiras delas, que aparecem nos textos normativos de forma bastante óbvia, mas que merecem ser mencionadas, são o *emissor*, isto é, o devedor ou tomador do empréstimo e o *instrumento representativo do negócio*, que pode ser um contrato ou um valor mobiliário.

No regime da RCMN 4.656/2018, qualquer pessoa em princípio pode contrair débito, enquanto na ICVM 588/2017 apenas a sociedade empresária de pequeno porte, assim entendida:

a sociedade empresária constituída no Brasil e registrada no registro público competente, com receita bruta anual de até R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais) apurada no exercício social encerrado no ano anterior à oferta e que não seja registrada como emissor de valores mobiliários na CVM. (art. 2º, III)

Quanto ao instrumento, a RCMN 4.656/2018 determina a emissão ou celebração de instrumento representativo do crédito entre a SEP e o devedor. Vinculado a esse instrumento, deve ser emitido ou celebrado outro instrumento, agora entre a SEP e o credor (art. II, III e IV). Esse instrumento não pode condicionar o adimplemento da obrigação a esforço de terceiros ou do devedor, na qualidade de empreendedor (art. 14, VIII). Com isso, a resolução impede que o negócio configure contrato de investimento coletivo e, portanto, sua caracterização como valor mobiliário, nos termos do art. 2º, IX, da Lei 6.385/1976.

De outro turno, a ICVM 588/2017 é expressa em regular a emissão de valores mobiliários, que poderão ser debêntures ou contratos de investimento coletivo (ICVM 588/2017, art. 8º, § 2º, II).

No que diz respeito ao título emitido, a distinção é compreensível, pois os reguladores procuram se ater ao limite de sua competência legal, pois a existência de valor mobiliário atrai a supervisão da CVM, por força da Lei 6.385/1976, não a do Banco Central, a quem compete fiscalizar as atividades bancárias disciplinadas pela Lei 4.595/1964, o que inclui as operações de crédito da SEP.

A limitação do tomador no modelo de negócios da e-PIP a sociedades empresárias de pequeno porte, que não existe na SEP, não é facilmente compreensível. Não há acréscimo de proteção ao investidor, pois não se poderia dizer que sociedade de porte maior apresente também risco maior ao investidor. Eventual argumento de que a empresa maior teria condição de atender as exigências ordinárias da CVM também não convence, porque o objetivo regulatório é a proteção dos investidores não a limitação dos emissores, de modo que se determinado investimento oferece riscos que justificam a simplificação, não é o porte do devedor que vai alterar esta realidade. Parece que a decisão da CVM em limitar o acesso a e-PIPs apenas a sociedades de pequeno porte decorre de simples escolha e não deriva dos princípios regulatórios.

3.2 O investidor comum

Os investidores no mercado financeiro não estão todos sujeitos ao mesmo nível de proteção. Na verdade, muito da disciplina desse mercado distingue os investidores por sua capacidade de avaliar os investimentos e se proteger de seus riscos, falando-se em investidores comuns, mais protegidos, e investidores qualificados ou mesmo profissionais, para quem certas proteções são dispensáveis.

Necessário, pois, verificar quem é o investidor nessas plataformas e, fundamentalmente, quem é o *investidor comum*, a quem são dirigidas mais intensamente as regras de proteção.

Podem ser credores nos negócios intermediados pela SEP, pessoas naturais, instituições financeiras, pessoas jurídicas não financeiras (exceto companhias securitizadoras que distribuam os ativos securitizados a investidores não qualificados) e fundos de investimento creditórios (cujas cotas sejam destinadas exclusivamente a investidores qualificados) (art. 8º, da RCMN 4.656/2018).

Pessoas físicas e jurídicas não financeiras, salvo se considerados investidores qualificados,⁶ serão credores comuns e não poderão contratar com um mesmo devedor, na mesma SEP, operações cujo valor nominal ultrapasse o limite máximo de R\$15.000,00, podendo a plataforma estabelecer outros limites para os credores (exceto para investidores qualificados) (Resolução CMN 4.656/2018, art. 16, § 1º).

O investidor na e-PIP está sujeito a limite de R\$10.000,00 em investimentos participativos por ano. Para pessoas que possuam patrimônio em investimentos financeiros superior a R\$100.000,00 por ano, o limite passa a 10% de sua renda anual ou de suas aplicações financeiras em tais projetos, o que for maior (ICVM 588/2017, art. 4º, caput e inciso III). O limite também não se aplica a investidores qualificados e profissionais, de acordo com a regulação própria, nem o investidor líder (art. 4º, I e II, da ICVM 588/2017).

⁶ Investidor qualificado, por sua vez, segundo arts. 9º, 'a' e 'b' da ICVM 539/2013, será o investidor profissional (instituições financeiras; companhias seguradoras e sociedades de capitalização; entidades abertas e fechadas de previdência complementar e pessoas naturais ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$10.000.000,00 e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidor profissional; fundos de investimento; clubes de investimento, desde que tenham a carteira gerida por administrador de carteira de valores mobiliários autorizado pela CVM; agentes autônomos de investimento, administradores de carteira, analistas e consultores de valores mobiliários autorizados pela CVM, em relação a seus recursos próprios; e investidores não residentes), bem como pessoas naturais ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$1.000.000,00 e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidor qualificado mediante termo próprio, as pessoas naturais que tenham sido aprovadas em exames de qualificação técnica ou possuam certificações aprovadas pela CVM como requisitos para o registro de agentes autônomos de investimento, administradores de carteira, analistas e consultores de valores mobiliários, em relação a seus recursos próprios, e os clubes de investimento, desde que tenham a carteira gerida por um ou mais cotistas, que sejam investidores qualificados.

Com algumas variações, portanto, tanto a RCMN 4.656/2018 quanto a ICVM 588/2017 limitam os investimentos de investidores comuns, restringindo, assim, suas possíveis perdas.

3.3 Riscos operacionais

As normas do CMN e da CVM também cuidam de mitigar os *riscos operacionais* das plataformas.

A SEP deve ser constituída na forma de sociedade anônima, com capital social integralizado e patrimônio líquido de no mínimo R\$1 milhão, limite que deve ser permanentemente observado (art. 25 e 26, da RCMN 4.656/2018). Ademais, o processo de autorização da SEP deve ser instruído com justificativa fundamentada que aborde, entre outros aspectos, os sistemas e recursos tecnológicos que irá utilizar (art. 31, I, § 1º, IX, da RCMN 4.656/2018).

A resolução determina a separação de capital da SEP e dos clientes, regulando a transferência de recursos (art. 13, da RCMN 4.656/2018) e vedando a transferência de recursos aos devedores antes da disponibilização pelo credor e a transferência de recursos aos credores, antes do pagamento dos devedores (art. 14, da RCMN 4.656/2018).

Por ser sociedade anônima (Lei 6.404/1976) e instituição financeira (art. 17, da Lei 4.595/1964), os agentes da SEP estão obrigados a respeitar deveres de diligência e lealdade (art. 153 e seg., da Lei 6.404/1976) e de governança (v.g. art. 175 e seg., da Lei 6.404/1976), independentemente de disciplina específica na resolução.

A ICVM 588/2017, a seu turno, exige que seja constituída na forma de pessoa jurídica, sem especificar o tipo societário, com capital integralizado de R\$100.000,00 e capacidade tecnológica para operar a oferta do investimento, o que envolve identificar o investidor e registrar sua participação, obter declarações, divulgar informações, operar fóruns eletrônicos de discussão, segregar os investimentos, entre outros (ICVM 588/2017, art. 12 e 13).

A ICVM 588/2017 estabelece os deveres da plataforma, que incluem o dever de cautela e diligência, as obrigações de recebimento e verificação de documentos e declarações dos emissores e dos investidores, a prestação de informações a investidores, inclusive quanto aos riscos do negócio, a elaboração de material didático e a elaboração de material didático acerca do investimento (ICVM 588/2017, art. 18 a 27), bem como suas vedações, entre as quais se encontram: prometer rendimento predeterminado aos investidores; fazer gestão discricionária dos recursos de investidores; realizar atividades de intermediação secundária de valores mobiliários; conceder crédito a investidores ou sociedade emissora de pequeno porte; restringir a participação na oferta a pessoas que tenham adquirido produtos ou serviços do emissor; distribuir, fora do ambiente eletrônico da plataforma, valores mobiliários de sociedade empresária de pequeno porte objeto de oferta pública em andamento (ICVM 588/2017 art. 28).

Os recursos dos investidores transferidos via plataforma eletrônica de investimento participativo devem ser repassados à sociedade de pequeno porte emissora ou devolvida, se a campanha não obtiver êxito (ICVM 588/2017, art. 5º, V). Durante o processo, os investimentos devem ser mantidos em contas específicas em nome de cada investidor, como meio de promover a separação do patrimônio destes, da plataforma, do investidor líder e do emissor.

Em termos comparativos, verifica-se uma evidente disparidade no capital exigido. A SEP está obrigada a manter patrimônio líquido de R\$1 milhão, enquanto a e-PIP apenas deve integralizar capital no valor de R\$100.000,00.

Quanto aos demais fatores que refletem no risco operacional, tanto a SEP quanto a e-PIP estão obrigadas a manter bom funcionamento, obedecer a regras de controle e *compliance*, separar o patrimônio dos interessados, bem como respeitar o dever de diligência.

3.4 Orientações e alertas aos investidores

Uma estratégia regulatória é fornecer informações aos investidores para que estes, mesmo sem conhecimento mais aprofundado sobre o mercado financeiro, possam tomar decisões conscientes. Essas informações podem ser apresentadas na forma de orientações mais elaboradas ou alertas concisos sobre riscos pertinentes ao negócio, à plataforma ou ao tomador do recurso.

Tanto a RCMN 4.656/2018 quanto a ICVM 588/2017 tratam da *orientação e dos alertas* que devem ser realizados com relação aos modelos de negócio e a cada negócio específico oferecido pelas plataformas.

O art. 11, I, da RCMN 4.656/2018, exige que a SEP obtenha a manifestação prévia de vontade inequívoca de contratar de devedores e credores. Ademais, nos negócios celebrados, nos termos do art. 11, III e IV, da RCMN 4.656/2018, devem estar claros para todas as partes as condições da operação de empréstimo e de financiamento contratada, inclusive a taxa de retorno esperada pactuada, os deveres e os direitos dos credores, dos devedores e da SEP, a indicação de que a SEP não se coobriga e não presta qualquer tipo de garantia na operação, a vinculação entre os recursos disponibilizados pelos credores à SEP e a operação de crédito com o devedor, a subordinação da exigibilidade dos recursos ao fluxo de pagamento da correspondente operação de crédito, as informações sobre as eventuais garantias prestadas, as condições de transferência de recursos aos credores etc.

Determina o art. 17, da RCMN 4.656/2018, que a SEP deve prestar informações a clientes e usuários sobre a complexidade das operações contratadas e dos serviços ofertados, em linguagem clara e objetiva, destacando a finalidade de compreensão sobre dois temas principais: o fluxo de recursos financeiros (investimento e pagamentos) e os riscos incorridos, incluindo advertência de que as operações que intermediam configuram investimento de risco, sem garantia do Fundo Garantidor de Créditos (FGC).

O art. 18, da RCMN 4.656/2018, trata da divulgação aos potenciais credores sobre os fatores que influenciam a taxa de retorno esperada do investimento, entre eles os fluxos de pagamentos previstos, a taxa de juros pactuada com os devedores, os tributos e as tarifas, bem como da informação de que a taxa de retorno esperada depende também de perdas derivadas de eventual inadimplência do devedor. A propósito da inadimplência e da taxa de retorno, cabe à SEP divulgar mensalmente a inadimplência média, por classificação de risco, das operações de empréstimo e de financiamento por ela intermediadas nos últimos doze meses (RCMN 4.656/2018, art. 19).

O art. 24, da RCMN 4.656/2018, obriga a SEP a monitorar as operações por ela intermediadas, para prestar informações a credores e devedores, realizando o registro e o controle, em contas específicas e de forma individualizada, dos fluxos de recursos entre credores e devedores e dos eventuais inadimplementos parciais ou totais (parágrafo único, inciso I), que deverá ser mantido até a liquidação final da operação (parágrafo único, inciso II).

A ICVM 588/2017 também possui diversas normas sobre orientações, alertas e advertências ao investidor.

O art. 25, da ICVM 588/2017, impõe à plataforma o dever de preparar material didático, visando orientar os interessados sobre o tipo de oferta, contendo informações sobre procedimentos, restrições e limites de investimentos individuais, termos técnicos utilizados, riscos do investimento,

inclusive de perda total, as taxas de mortalidade de microempresas e empresas de pequeno porte observadas no país, com indicação da fonte de informação utilizada, a dificuldade de avaliação do valor da empresa no momento da oferta, os prazos de retorno esperados, a falta de liquidez do investimento, a ausência de obrigatoriedade de apresentação de demonstrações contábeis aos investidores e de exigência de auditoria independente das demonstrações, o funcionamento do grupo de investimento, a possibilidade de que a sociedade empresária não contrate instituição custodiante etc.

O art. 26, da ICVM 588/2017 determina, ainda, que a plataforma destaque em todos os meios de acesso ao investimento aviso aos investidores, para colocar em relevo que as ofertas de valores mobiliários em questão são dispensadas de registro na CVM, que a CVM não analisa previamente as ofertas nem garante a veracidade das informações prestadas, a adequação à legislação vigente ou a qualidade da sociedade empresária de pequeno porte. O aviso deve conter, ainda, recomendação ao investidor para que, antes de aceitar uma oferta leia com atenção as informações essenciais da oferta, em especial a seção de alertas sobre riscos.

Exige o art. 5º, I, da ICVM 588/2017 que todos os investidores firmem termo de adesão e ciência de risco do negócio. Nesse termo, a ser obtido pela plataforma, o investidor deve declarar que teve acesso a informações essenciais a oferta, aos alertas de risco e que está ciente da possibilidade da perda total do capital investido em decorrência do insucesso da sociedade empresária de pequeno porte, dos riscos de responsabilidade pessoal decorrente da eventual aquisição de participação societária pela aquisição do valor mobiliário, dos riscos inerentes a detenção de posição minoritária na sociedade empresária de pequeno porte, do risco de crédito da sociedade empresária de pequeno porte, quando da emissão de títulos representativos de dívida, do risco de liquidez, da possibilidade de não haver fluxo de informações sobre a sociedade após a realização da oferta e de que a sociedade investida não está obrigada a se transformar em sociedade anônima (art. 19, IV, da ICVM 588/2017).

Em termos de orientações e alertas, as diferenças entre os normativos não são essenciais.

3.5 Perfil do investidor e o serviço de análise de crédito

A diferença de tratamento das normas quanto a orientação do consumidor é mais intensa no que se refere ao *perfil do investidor* e ao *serviço de análise de investimento*.

O art. 20, da RCMN 4.656/2018, determina que a SEP realize análise do perfil dos potenciais credores, podendo, inclusive, vedar que plataforma recomende o investimento a pessoas de perfil conservador, avesso ao risco. Trata-se da aplicação o princípio do *know you client.*, segundo o qual devem as instituições financeiras, literalmente, conhecer seus clientes para oferecer-lhe serviços adequados às suas expectativas.

De acordo com o art. 7º, § 1º, da RCMN 4.656/2018, a SEP está autorizada a realizar análise de crédito para clientes e terceiros, podendo, assim, sugerir portfólios a seus clientes, visando redução dos riscos e das perdas.

Para as e-PIPs, ao contrário, o art. 48, da ICVM 588/2017, é expresso em dispensar as plataformas da observância da regulamentação específica sobre a verificação da adequação dos produtos, serviços e operações ao perfil do cliente. Não está obrigada a interferir, assim, na decisão do cliente em função de seu perfil de risco, mas somente a verificar os limites de investimento de cada interessado (art. 4º, § único).

Ademais, embora a plataforma deva indicar em seu material didático que “a constituição de um portfólio diversificado por parte do investidor é o maior mitigador dos riscos envolvidos no investimento em sociedades empresárias de pequeno porte” (art. 25, V, da ICVM 588/2017), é-lhe vedado oferecer o serviço de composição desse portfólio, pois não pode fazer recomendações personalizadas aos investidores sobre as ofertas públicas realizadas com dispensa de registro (art. 28, VII, da ICVM 588/2017).

Nos casos em que estejam presentes conflitos de interesse, notadamente na hipótese do art. 28, XVII, da ICVM 588/2017, a vedação seria compreensível, mas a vedação absoluta parece não contribuir para a melhor proteção do investidor.

3.6 A existência do empreendimento e o risco de crédito

Nem a SEP nem a e-PIP respondem pelo *sucesso* do empreendimento do devedor. As normas, contudo, partem de abordagens diferentes, quanto à *existência do empreendimento* e ao *risco de crédito*.

Nos investimentos intermediados pela SEP, por intermediar operações de crédito, não há necessariamente um empreendimento novo a ser financiado, e o tomador pode, por exemplo, buscar apenas capital de giro para sua empresa. Por essa razão, a Resolução CMN 4.656/2018 não dispõe sobre a comprovação e a fundamentação no objeto financiado. Também não há limite mínimo de captação a valores pré-determinados. Não há qualquer dispositivo que estabeleça valor máximo para a captação nem o porte do tomador, fatores que são definidos a critério da SEP (art. 16, da RCMN 4.656/2018) e a proteção dos credores baseia-se na análise de crédito dos devedores (art. 21 e 22, da RCMN 4.656/2018).

De acordo com o art. 21, da RCMN 4.656/2018, a SEP deve utilizar modelo de análise de crédito capaz de fornecer aos potenciais credores indicadores que reflitam de forma imparcial o risco dos potenciais devedores e das operações de empréstimo e de financiamento. O escopo da norma é obrigar a SEP a adotar meios aptos a permitir uma análise objetiva do perfil dos devedores e a orientar a decisão de investimento. O regulador utilizou o termo imparcialidade, como critério de admissão do modelo. Juridicamente, deve exigir modelo tecnicamente adequado, não só imparcial, mas apto a tratar de forma tecnicamente correta dados estatísticos sobre inadimplência e a fornecer avaliação satisfatória dos riscos de crédito.

Cuidou o regulador, também, de zelar pelos critérios de avaliação dos devedores. Nesse sentido, o art. 22, da RCMN 4.656/2018, exige que a seleção de potenciais devedores deve ter por base critérios consistentes, verificáveis e transparentes, contemplando aspectos relevantes para avaliação do risco de crédito, como situação econômico-financeira, grau de endividamento, capacidade de geração de resultados ou de fluxos de caixa, pontualidade e atrasos nos pagamentos, setor de atividade econômica e limite de crédito.

Tecnicamente, a instituição é livre para elaborar sua metodologia de apuração do risco de crédito, utilizando-se de modelos estatísticos de regressão linear, análise discriminante e regressão logística (ARAUJO e CARMONA, 2007, p. 107) e de técnicas de aprendizagem de máquina – inteligência artificial (ROSATI, 2010, 40). Quanto mais preciso for o modelo na identificação de probabilidade de adimplência e inadimplência dos potenciais devedores, mais credibilidade terá a instituição. Há, porém, outras normas do CMN que orientam a análise de crédito e determinam a ponderação de fatores relativos ao devedor, tais como sua situação econômico-financeira, seu grau de endividamento, sua capacidade de geração de resultados, o setor de sua atividade econômica, a

natureza e a finalidade da transação, atrasos do tomador (art. 2º, da RCMN 2.682/1999, art. 23, XIV e XVII; e art. 24, da RCMN 4.557/2017).

A ICVM 588/2017, por outro lado, não exige a análise de crédito (o que, de fato, seria contraditório no modelo *equity crowdfunding*, mas compatível com o *debt-crowdfunding*). Ao revés, disciplina longamente elementos relativos ao empreendedor e ao empreendimento, muitos dos quais implícitos no modelo de análise de crédito da SEP.

Um desses elementos envolve as “informações essenciais sobre a oferta”, que consistem em documentos e obrigações do emissor e providências a cargo da plataforma. Incluem-se o contrato ou estatuto social da sociedade empresária de pequeno porte, a cópia da escritura de debêntures ou do contrato de investimento que represente o valor mobiliário ofertado, conforme o caso, e a cópia do regulamento, contrato ou estatuto social do veículo de investimento que constitui o sindicato de investimento participativo, se houver (art. 8º, § 2º, da ICVM 588/2017).

A veracidade, a consistência, a qualidade e a suficiência das informações é de responsabilidade da sociedade emissora (art. 10, da ICVM 588/2017), mas a plataforma é obrigada a agir com diligência, respondendo pela falta em assegurar que a sociedade seja regularmente constituída, que as informações por elas prestadas sejam também verdadeiras, consistentes, corretas e suficientes para a tomada de decisão de investimento, que o valor mobiliário ofertado seja adequado ao tipo societário do ofertante e às disposições legais aplicáveis, entre outros fatores relacionados ao negócio ofertado (art. 19, I, da ICVM 588/2017).

O art. 20 da ICVM 588/2017, acerca da relação contratual entre a plataforma eletrônica de investimento participativo e a sociedade empresária de pequeno porte ofertante, determina ainda que se preveja a divulgação periódica de informações sobre o empreendimento e a ocorrência dos seguintes eventos significativos: o encerramento de suas atividades, a alteração no objetivo do plano de negócios, e qualquer fato estipulado em cláusula contratual referente a pagamento ou a vencimento antecipado, ou que possa acarretar o exercício de qualquer outro direito pelos titulares dos valores mobiliários ofertados.

Preocupada com o nível de endividamento do emissor, a instrução estabelece limites de captação máxima (valor alvo) do projeto para a dispensa de registro, de R\$5.000.000,00, que pode ser dividido várias emissões isoladas, e de prazo máximo para a captação de cada emissão, de 180 dias (ICVM 588/2017, art. 3º).

A norma não adota o modelo de *all-or-nothing*, mas procura um meio termo entre a proteção do investidor e o estímulo à captação, permitindo o levantamento, pela empresa emissora, de um valor alvo mínimo, não inferior a 2/3 do valor alvo máximo, de modo que a sociedade possa complementar os recursos necessário para seu projeto por outros meios (ICVM 588/2017, art. 5º, III). Se a oferta for exitosa, o emissor poderá fazer nova captação, decorridos 120 dias do encerramento da oferta (ICVM 588/2017, art. 3º, § 4º).

A diferença do tratamento normativo da SEP e da e-PIP nesse quesito é, portanto, substancial. Enquanto a RCMN 4.656/2018 se baseia fortemente na análise de crédito, que inclui uma série de fatores relacionados ao tomador e ao seu negócio e que fornece ao investidor uma referência mais simples e mais objetiva, vale dizer, da avaliação do score de crédito do tomador, a ICVM 588/2017 exige da plataforma e do emissor a divulgação de uma série de informações, muitas delas refletidas no score de crédito elaborado pela SEP, mas que o investidor comum não está apto a interpretar. Ademais, a e-PIP deve transferir secamente tais informações, pois não pode prestar ao investidor o serviço de análise de investimentos. Assim, o consumidor comum do *debt-crowdfunding* brasileiro, para reduzir seus riscos de perda, depende mais da contratação

de serviços especializados ou de seguir investidores qualificados para obter informações mais concretas sobre a viabilidade do empreendimento, do que os investidores da SEP, que têm a seu favor a análise de crédito do tomador.

3.7 A participação de investidores sofisticados

A utilização de *investidores qualificados* como meio de reduzir assimetria de informações entre o investidor comum e o empreendedor (AGRAWAL, CATALINI e GOLDFARB, 2015, p. 7-8) também é fator distintivo entre a RCMN 4.656/2018 e a ICVM 588/2017.

Embora não seja obrigatória, a ICVM 588/2017 permite a participação de um investidor líder que organize grupos de investidores.

O investidor líder, disciplinado pelos art. 35 e 36, da ICVM 588/2017, não só está dispensado do limite de R\$10.000,00 do investidor comum, como deve realizar investimentos no montante de pelo menos 5% do valor alvo mínimo. Por outro lado, deve apresentar-se como investidor experiente, além de cumprir outros requisitos, dentre os quais alguns voltados a evitar conflitos de interesse. Espera-se que o investidor líder seja capaz de conhecer e avaliar o empreendimento e, assim, servir de referência para os demais investidores.

Em acréscimo, o investidor líder pode ser remunerado, mas somente por taxa de desempenho devida aos investidores apoiadores, que compõem o sindicato, nome dado pela ICVM ao grupo de investidores apoiadores e o líder (ICVM 588/2017, art. 32 a 34). Esta metodologia provê maior confiabilidade na dedicação do líder, pois este só recebe se o desempenho do investimento for positivo, e protege o patrimônio do apoiador, que não tem o dever de remunerar o líder se o desempenho for negativo.

Eventual participação da plataforma no investimento também poderia contribuir na proteção dos investidores comuns, pois a e-PIP assumiria parte dos riscos do negócio, reforçando seu interesse no cumprimento de deveres de diligência. Porém a ICVM 588/2017 não disciplina o investimento da plataforma nos projetos por ela intermediados, ao menos não da forma que o faz com o investidor líder e o sindicato. Ademais, veda que as plataformas, seus sócios, administradores e funcionários concedam crédito a investidores ou sociedade emissora de pequeno porte (ICVM 588/2017, art. 28, XII).

Não obstante, parece permitir o investimento da e-PIP nos projetos acolhidos em sua plataforma, na interpretação a contrário senso do art. 28, XVII, da ICVM 588/2017. Esse dispositivo veda que a plataforma, seus sócios, administradores e funcionários detenham, antes da oferta, seja por meio de participação direta ou de valores mobiliários conversíveis, participação superior a 20% (vinte por cento) do capital social da sociedade empresária de pequeno porte objeto da oferta pública, exceto na hipótese de oferta subsequente ou de oferta da própria plataforma como sociedade empresária de pequeno porte, autorizando, assim, que essas pessoas adquiram valores emitidos pela sociedade de pequeno porte.

A SEP, ao contrário, não pode investir com capital próprio ou tomado por empréstimo (RCMN 4.656/2018, art. 14, I), nem se coobrigar ou prestar qualquer tipo de garantia nas operações de empréstimo e de financiamento (RCMN 4.656/2018, art. 14, III). Ademais, a SEP não pode reter direta ou indiretamente risco de crédito das operações, vale dizer, de não pagamento da dívida (RCMN 4.656/2018, art. 10).

O art. 8º, § 1º, da RCMN 4.656/2018 permite o investimento por investidores qualificados, como instituições financeiras e Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FDIC), mas não há na resolução disciplina similar à dos sindicados da ICVM 588/2017.

Assim, parece claro que a ICVM 588/2017 investe mais fortemente nos investidores mais sofisticados para reduzir a assimetria de informações do que a RCMN 4.656/2018, cujo foco maior está na análise de crédito do tomador.

Conclusões

No Brasil, duas normas recentes regulam modelos de negócios que se classificam, de acordo com a literatura mundial, como *lend-based crowdfunding* ou *peer-to-peer*, intermediados por plataformas eletrônicas.

Enquanto a RCMN 4.656/2018 regula o modelo *peer-to-peer*, sem emissão de valores mobiliários, intermediado por plataforma denominada sociedade de empréstimo entre pessoas, a ICVM 588/2017 se aplica tanto ao modelo *lend-based* quanto de *equity-based crowdfunding*, com a emissão de valores mobiliários, intermediados pela plataforma eletrônica de investimento participativo.

Assim, embora haja diferenças, os empréstimos regulados pela RCMN 4.656/2018 e a oferta de valores mobiliários baseados em *debt*, regulados pela ICVM 588/2017, apresentam uma essência comum. apresentam

A análise dos normativos demonstra a preocupação dos órgãos reguladores em estabelecer normas de proteção do investidor comum. As abordagens do CMN e da CVM, porém, não foram idênticas.

Como principais semelhanças, encontram-se a imposição de limites de valor para o investidor de varejo, não qualificado, o estabelecimento de deveres que mitigam o risco operacional das plataformas e a presença de regras que determinam a realização de alertas de risco e orientações básicas ao investidor.

Divergem os normativos, contudo, quanto ao enfrentamento do risco de crédito e do problema da assimetria da informação. A RCMN 4.656/2018 não permite que a SEP conceda empréstimos aos negócios ofertados em sua plataforma, nem disciplina investimentos organizados e liderados por investidores qualificados. Por outro lado, obriga a SEP a adotar modelo de análise de crédito e permite que a SEP preste a seus clientes serviço de análise de investimento, podendo orientá-los na elaboração de portfólios, a partir dos seus perfis de risco.

Ao revés, a ICVM 588/2017 permite investimento das plataformas nos negócios ofertados em seus sistemas, bem como disciplina o investimento organizado e liderado por especialista (investidor líder), mas não obriga a plataforma a consolidar informações sobre o empreendimento da sociedade de pequeno porte ofertante do negócio, dispensa a plataforma de analisar o perfil de risco do investidor e veda a plataforma de prestar serviços de análise de investimento.

Vale ressaltar que as opções regulatórias, embora distintas, são igualmente defensáveis. Eventual superioridade de uma abordagem em relação a outra poderá ser futuramente identificada por estudos dos resultados que cada modelo apresentar.

Referências

- AGRAAL, Ajay; CATALINI, Christian; GOLDFARB, Avi. **Are Syndicates the Killer App of Equity Crowdfunding?**. MIT. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2569988>, acesso em 5/7/2019.
- ARAUJO, Elaine Aparecida; CARMONA, Charles Ulisses de Morreuil. Desenvolvimento de modelos credit scoring com abordagem de regressão de logística para a gestão da inadimplência de uma instituição de microcrédito. **Contabilidade Vista & Revista**, v. 18, n. 3, p. 107-131. Belo Horizonte: UFMG, 2007.
- ARNER, Douglas W.; BARBERIS, Janos Nathan; ROSS, Buckley. **The Evolution of Fintech: A New Post-Crisis Paradigm?** University of Hong Kong Faculty of Law. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2676553>. Acesso em: 18 abr. 2019.
- BRADFORD, Steven C. Crowdfunding and the Federal Securities Laws. **Columbia Business Law Review**, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1916184>. Acesso em: 12 maio 2019.
- CHIU, I.; WILSON, J. **Banking Law and Regulation**. Oxford, UK, 2019.
- CROWDBUREAU CORPORATION. **Peer-To-Peer Lending and Equity Crowdfunding Index Methodology Guide**. 2018. <https://www.crowdbureau.com/crowdbureau-index-methodology/>
- CUSMANO, Lucia. **New Approaches to SME and Entrepreneurship Financing: Broadening the Range of Instruments**. OECD Publishing, Paris, 2015. <https://doi.org/10.1787/9789264240957-en>.
- FENWICK, Mark, McCACHERY, Joseph A. VERMEULEN, Erik. **Fintech and the Financing of Entrepreneurs: From Crowdfunding to Marketplace Lending**. TILEC, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2967891>. Acesso em: 18 abr. 2019.
- FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro: produtos e serviços**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008.
- FRANSON, Marc, MANBECK, Peter. **The Regulation of Marketplace Lending: A Summary of the Principal Issues**, 2019. https://www.chapman.com/insights-publications-Regulation_Marketplace_Lending.html.
- HERRERA, Diego. **Alternative Finance (Crowdfunding) Regulation in Latin America and the Caribbean**. BID: Washington, 2016. Disponível em: <https://publications.iadb.org/en/alternative-finance-crowdfunding-regulation-latin-america-and-caribbean-balancing-act>. Acesso em: 1 mai. 2019.
- HERRERA, Diego, VADILLO, Sonia. **Sandbox regulatório na América Latina e Caribe para o ecossistema FinTech e o sistema financeiro**. BID: Washington, 2018. Disponível em: <https://publications.iadb.org/handle/11319/8795>. Acesso em: 1 mai. 2019.
- IOSCO. **Research Report on Financial Technologies (FinTechs)**. 2017. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- KIRBY, Eleanor, WORNER Shane. **Crowdfunding: An Infant Industry Growing Fast**. Madrid: OICV-IOSCO, 2014. Disponível em: <https://www.iosco.org/research/pdf/swp/Crowd-funding-An-Infant-Industry-Growing-Fast.pdf>. Acesso em: 2 mai. 2019.

- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- OLIVEIRA, Gilson e PACHECO, Marcelo. **Mercado financeiro**. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2011.
- ROSATTI, Vânia. **Um modelo de credit scoring para microcrédito: uma inovação no mercado brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas da Universidade Presbiteriana Mackenzie). São Paulo: UPM, 2010.
- SOUZA NETO, José Antonio, OLIVEIRA, Virgínia I. in. OLIVEIRA, Virgínia I., GALVÃO, Alexandre, RIBEIRO, Érico (org). **Mercado financeiro: uma abordagem prática dos principais produtos e serviços**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- WARDROP, Robert Wardrop, ZIEGLER, Tania. **A Case of Regulatory Evolution – A Review of the UK Financial Conduct Authority’s Approach to Crowdfunding**. Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich, vol. 14(2), 2016. <https://ideas.repec.org/a/ces/ifodic/v14y2016i2p19237484.html>.
- WARDROP, Robert Wardrop et al. **Breaking New Ground: The Americas Alternative Finance Benchmarking Report**. University of Cambridge and University of Chicago. 2016. Disponível em: <https://www.jbs.cam.ac.uk/faculty-research/centres/alternative-finance/publications/breaking-new-ground/>. Acesso em: 18 abr. 2019.

Pontuais Alterações na Estrutura do SPB para Implantar o SPI/Pix e Seus Benefícios para a População

Rubia Carneiro Neves*

Daniel Rodrigues Costa**

Felipe de Almeida Lambertucci***

José Marcelo de Castro Lima Filho****

Introdução. 1 O Sistema de Pagamentos Brasileiro antes do Sistema de Pagamentos Instantâneos e do Pix. 2 O SPI e o Pix. 2.1 Participantes do SPI e do Pix. 2.2 Infraestrutura e funcionamento. 3 Mudanças regulatórias para implantar o SPI e o Pix. Conclusão. Referências.

Resumo

A partir de revisão bibliográfica e análise das alterações regulatórias para instituir o Sistema de Pagamentos Instantâneo (SPI) e o Pix, concluiu-se que o tempo adicional após o fechamento do Sistema de Transferência de Reservas (STR) para transferir moedas de contas abertas perante o BACEN à Conta de Pagamento Instantâneo (Conta PI), o diretório central que cadastra chaves escolhidas pelos usuários do Pix e a possibilidade de cobertura de saldo negativo da Conta PI por investidores privados se constituem em novos instrumentos no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN). No entanto, as mudanças processadas, em sua maioria, são aperfeiçoamentos de mecanismos usualmente conhecidos do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), como a Conta PI, evolução da Conta Reservas Bancárias, de Liquidação e Correspondente à Moeda Eletrônica. Transferências de recursos financeiros e pagamentos liquidados quando são comandados, se houver saldo disponível, são ferramentas amplamente usadas no STR. O empréstimo concedido pelo BACEN às instituições financeiras por redesconto de títulos públicos federais e a permissão para uso do compulsório até certo horário, são usuais aparatos de provimento de liquidez do SFN. Impactos mais significativos do SPI e do Pix ocorrem em outras dimensões, ao viabilizarem que credores recebam recursos financeiros a qualquer hora do dia, durante todo o ano, diretamente em sua conta bancária ou de pagamento, no momento do comando da ordem de crédito e que agentes antes não autorizados, possam atuar como participantes indiretos do SPI, criando condições para ampliar o acesso e a competitividade no mercado financeiro brasileiro.

Palavras-chave: Sistema de Pagamentos Brasileiro. Sistema de Pagamentos Instantâneos. Pix. Alterações pontuais. Regulação estatal brasileira. Impactos significativos.

* Doutora e Mestre em Direito Comercial pela UFMG. Professora do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFMG. Líder do Grupo de Pesquisa Sistema Financeiro Nacional – Negócios e regulação. *E-mail:* rubiacneves@direito.ufmg.br.

** Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, na Área de Estudo Sistema Financeiro Nacional – Negócios, regulação e tutela nos âmbitos administrativo sancionador e penal. Participante do Grupo de Pesquisa Sistema Financeiro Nacional – negócios e regulação. *E-mail:* danielrodcos@gmail.com.

*** Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, na Área de Estudo Sistema Financeiro Nacional – Negócios, regulação e tutela nos âmbitos administrativo sancionador e penal. Participante do Grupo de Pesquisa Sistema Financeiro Nacional – Negócios e regulação. *E-mail:* felipelambertucci@gmail.com.

**** Doutorando no Programa de Doutorado Interinstitucional UFMG/UEA. Participante do Grupo de Pesquisa Sistema Financeiro Nacional – Negócios e regulação. *E-mail:* marcelofilho@ufmg.br.

Punctual changes in the SPB structure to implement the SPI / Pix and its benefits for the population

Abstract

Based on a bibliographic review and analysis of regulatory changes to establish the Brazilian Instant Payment System-SPI and Pix, it was concluded that the additional time after the closing of the Reserve Transfer System (STR) to transfer money from open accounts at BACEN to the Instant Payment Account (PI Account), the central directory that registers keys chosen by Pix users and the possibility of covering the negative balance of the PI Account by private investors are new instruments within the scope of the National Financial System (SFN). However, the changes processed, for the most part, are improvements to mechanisms usually known to the Brazilian Payment System (SPB), such as the PI Account, evolution of the Bank Reserve Account, Settlement and Electronic Currency. Transfers of financial resources and payments settled at the time they are commanded, if balance is available, are tools widely used in the STR. The loan granted by BACEN to financial institutions for rediscounting federal public securities and the permission to use the compulsory reserves until a certain time, are usual SFN liquidity provisioning devices. More significant impacts of SPI and Pix occur in other dimensions, by enabling creditors to receive financial resources at any time of the day, throughout the year, directly in their bank or payment account, at the time of command of the credit order and that unauthorized agents can act as indirect participants in the SPI, creating conditions to expand access and competitiveness in the Brazilian financial market.

Keywords: *Brazilian Payment System. Instant Payment System. Pix. Punctual changes. Brazilian state regulation. Significant impacts.*

Introdução

Desde 2001, quando foi reformulado, o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) vem sendo constantemente inovado no sentido de permitir a transferência de recursos financeiros e o pagamento de produtos, serviços, direitos, títulos e valores mobiliários com o uso de meios alternativos à moeda física, como o cheque, cartão de crédito e débito, boleto e as ordens eletrônicas de débito e crédito.

Recente aperfeiçoamento nesse sistema criou o Sistema de Pagamentos Instantâneos (SPI) e o Pix, a partir da edição de extenso aparato normativo a cargo do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central do Brasil (BCB).

Neste trabalho, analisou-se esse conjunto de normas a fim de verificar se as mudanças regulatórias realizadas para implantar esse novo “braço” do SPB constituíram-se em inovações técnicas ou significaram meras alterações pontuais da regulação estatal desse setor do Sistema Financeiro Nacional (SFN).

Utilizando-se de revisão bibliográfica especialmente para trabalhar aspectos relativos ao SPB, bem como de análise normativa e de estudo dos documentos disponibilizados pelo BCB para compreender a estrutura e o funcionamento do SPI e do Pix, produziu-se conhecimento que responde à questão formulada e que se apresenta adiante. Para tanto, o trabalho foi dividido em três partes. Na primeira,

revisitaram-se conceitos e os principais mecanismos que envolvem o SPB. Na segunda, apresentaram-se definições, características, infraestrutura e funcionamento relacionados ao SPI e ao Pix. Para, na terceira parte, avaliar se as mudanças regulatórias introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro para implantá-los apenas ampliaram o SPB ou trouxeram inovações substanciais na sua regulação.

1 O Sistema de Pagamentos Brasileiro antes do Sistema de Pagamentos Instantâneos e do Pix

Embora a sua denominação remeta ao ato de pagar e, de fato, viabilize que devedores paguem a seus credores no âmbito do SFN, o Sistema de Pagamentos Brasileiro é composto de entidades, infraestruturas, procedimentos e regras que se voltam a processar, compensar e liquidar, além dos pagamentos, as transferências de moeda e crédito a partir de contas abertas em instituições autorizadas, interligando-as com o setor real da economia e o BCB.

As referidas transferências podem ser usadas por um cliente do SFN que, na condição de credor, necessite efetuar pagamentos de dívidas. Entretanto, elas também podem se prestar a viabilizar que tal cliente, como titular do crédito sobre a moeda registrada em uma conta de depósito aberta em instituição financeira, possa, por exemplo, a partir dela, transferir valores entre duas contas de sua titularidade.

Vale lembrar que, no caso exemplificado, por ser a mesma pessoa, tanto o cliente remetente como o destinatário da moeda, não se está diante de uma obrigação. Portanto, não se verifica um pagamento.

Rememore-se que a obrigação constitui vínculo, em regra de existência limitada, programada para persistir por período determinado e tem no pagamento a sua principal forma de extinção (MARTINS, 2011, p.20), ou seja, pelo cumprimento das prestações devidas pelas partes no modo, tempo e no lugar estabelecido (GOMES, 2008, p.113-120). No caso do exemplo dado, como o cliente não pode ser credor e devedor dele mesmo, não se está diante de um pagamento, mas sim de eventual confusão (GOMES, 2008, p. 156-157).

Daí a importância de se compreender que, embora o sistema seja denominado “de Pagamentos”, presta-se a realizar também as transferências de recursos financeiros não conformadas propriamente em pagamentos de devedores a credores.

Cumpra dizer nesse contexto que a moeda oficial se traduz como relevante forma de pagamento das obrigações firmadas no território brasileiro (BRASIL, 2002, art. 315), todavia, tem-se admitido que no seu formato físico, a moeda apresenta limitações logísticas ligadas ao transporte e à segurança. Por isso, têm sido criadas infraestruturas para possibilitar a sua circulação em formato escritural ou eletrônico, permitindo-se que pagamentos e transferências possam ser realizados com essas espécies de moeda que são lastreadas na moeda oficial física, cédular ou metálica (MIRAGEM, 2012, p. 44-54).

Boa parte das infraestruturas voltadas a promover a movimentação profissional de recursos financeiros conformam o SPB, reformulado pela Lei 10.214, de 27 de março de 2001, seguindo orientações internacionais. Este vem sendo constantemente aperfeiçoado, em especial por aplicação de tecnologias que cada vez mais dispensam a movimentação de moeda física. Entre 2013 e 2018, por exemplo, houve uma redução global de sua utilização de 89% para 77% (MCKINSEY & COMPANY, 2018, p.4), também observada no Brasil, na proporção de 55% para 50% (BRASIL, 2018, p. 64).

A reformulação do SPB em 2001 representou relevante avanço por modificar a antiga estrutura mantida pelas câmaras de compensação e liquidação existentes, cuja atuação não se mostrava

plenamente capaz de gerenciar de forma eficiente os riscos e de absorver a insolvência de seus participantes (LIMA, 2002, p.12). As ordens de pagamentos e de transferências de recursos financeiros enviadas pelas câmaras ao BCB não informavam a disponibilidade de saldo, permitindo que este se apresentasse negativo nas contas dos envolvidos ao fim do dia. Na eventualidade de a contraparte não honrar o compromisso de seu cliente, por falta de liquidez momentânea ou insolvência, o BCB, para evitar crises generalizadas de iliquidez e crédito, absorvia os prejuízos (VIEIRA, 2006, p. 40).

A fim de evitar esse tipo de problema, passou-se a adotar o monitoramento e o acompanhamento em tempo real das contas Reservas Bancárias e de Liquidação, a partir da criação, em 22 de abril de 2002 (BRASIL, 2002a), do Sistema de Transferência de Reservas (STR), veículo centralizado de movimentação dos recursos financeiros em circulação no SFN. A partir da adoção da Liquidação Bruta em Tempo Real (LBTR), permite-se que a ordem de pagamento ou de transferência seja concretizada assim que é comandada, mas somente se houver saldo disponível (FARIA, FERREIRA FILHO e RIBEIRO, 2004, p. 2).

Nas instâncias em que se manteve a compensação, passou-se a admiti-la no modo multilateral (BRASIL, 2001, art. 3º; BRASIL, 2002b, art. 368), isto é, o procedimento pelo qual se calculam os valores correspondentes aos direitos e deveres de cada participante em relação aos demais, para em seguida, abatê-los até a extensão em que se eliminam mutuamente (ÁGUIAR JÚNIOR, 2001, p. 51-68). Os direitos e deveres decorrentes dos negócios jurídicos celebrados no mercado financeiro e de valores mobiliários são reduzidos, após múltiplas operações de compensação, a um único direito e a um único dever a ser objeto de lançamento a crédito e a débito na Conta Reservas Bancárias¹ ou de Liquidação.²

Em algumas câmaras de compensação e liquidação, admitiu-se a possibilidade de adoção da compensação líquida de saldo, isto é, a Liquidação Diferida pelo Valor (LDL), em que há registros dos lançamentos durante o dia, havendo ao final a compensação pela diferença (BRASIL, 2001, arts. 4º a 6º). Em caso de inadimplência ou atraso, recorre-se às garantias que se deve exigir do cliente ou às salvaguardas que a câmara é obrigada a criar.

Adicione-se ao lado dessas mudanças a: a) previsão de não sujeição das obrigações oriundas dos negócios jurídicos celebrados no âmbito das câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação aos efeitos dos regimes de execução concursal, administrativos e judiciais (BRASIL, 2001, art. 7º); b) criação do empréstimo do BCB para instituições financeiras por intermédio de redesconto intradia de títulos públicos federais, sem custo e com uso de operações compromissadas;

1 Mencionada pela primeira vez na Circular 492, de 1980 (BRASIL, 1980), a Conta Reservas Bancárias é o canal que bancos comerciais, bancos múltiplos com carteira comercial e a Caixa Econômica Federal são obrigados a abrir perante o Banco Central para promover a movimentação de recursos financeiros no Brasil. O banco de desenvolvimento, o banco de investimento, o banco de câmbio e os demais bancos múltiplos têm a faculdade de abrir esse tipo de conta. (BRASIL, 2009, art. 4º, I e II).

2 A pesquisa realizada encontrou a primeira menção à Conta de Liquidação no Comunicado 8.216, de 2001, cujo conteúdo informava acerca da implementação da reestruturação do SPB e avisava que a instituição financeira que solicitasse o redesconto vinculado a título liberado por câmara de compensação e de liquidação, autorizava o Banco Central a creditar o produto da operação na conta de liquidação da câmara (BRASIL, 2001a). Posteriormente, no Comunicado 8.260, de 2001, também no âmbito da reestruturação do SPB, as contas de liquidação foram apresentadas como: “contas de saldo diário de encerramento obrigatoriamente zero, obrigatória para as câmaras de compensação ou de liquidação consideradas sistemicamente importantes pelo Banco Central do Brasil” (BRASIL, 2001b). O texto original da Circular 3.100, de 28 de março de 2002, que instituiu o STR, apresentava a Conta de Liquidação como a “conta na qual são liquidadas as ordens de transferência de fundos emitidas pelo seu titular, participante do STR”, enquanto a Conta Reservas Bancárias era definida como “conta que registra, por titular, as disponibilidades mantidas no Banco Central do Brasil, em moeda nacional, pelos bancos comerciais, bancos múltiplos, caixas econômicas e bancos de investimento” (BRASIL, 2002). Conforme a Circular 3.438, de 2009, a Conta de Liquidação de titularidade de câmara ou prestador de serviço de compensação e de liquidação deve registrar em moeda nacional a: a) liquidação dos resultados apurados em seus respectivos sistemas; b) realização de movimentações financeiras diretamente relacionadas aos mecanismos adotados nos sistemas de liquidação que operem ou vinculadas a eventos de custódia atinentes à liquidação de obrigações de emissor; c) liquidação de obrigações financeiras entre o BACEN e os respectivos titulares. Ao passo que se for da titularidade de instituição autorizada, exceto bancos comerciais, bancos de investimento, caixas econômicas, bancos de câmbio, bancos de desenvolvimento e bancos múltiplos, destinam-se ao registro dos recursos e das movimentações no STR (BRASIL, 2009, art. 2º).

e c) permissão para os bancos realizarem saque de seus saldos recolhidos na reserva de depósitos compulsórios durante o horário de funcionamento bancário, desde que respeitado o saldo positivo ao fim do dia (PINTO, 2004, p. 17-18).

Adiante, neste trabalho, será verificado se os mecanismos adotados nas infraestruturas do SPB foram aperfeiçoados ou completamente inovados para viabilizar a implantação do SPI e do Pix. Para isso, o capítulo a seguir apresentará os conceitos gerais relativos ao funcionamento do SPI e do Pix, suas principais características, bem como seus participantes.

2 O SPI e o Pix

Como resultado dos esforços empreendidos pelo Grupo de Trabalho formado pelos departamentos de Operações Bancárias e de Sistema de Pagamentos (Deban) e de Regulação do Sistema Financeiro (Denor) (BCB, 2018, Portaria 97.909), o SPI e o Pix começaram a funcionar em novembro de 2020 com a promessa de ampliar o horário de funcionamento do sistema de pagamentos e de transferências de recursos financeiros,³ reduzir o tempo e o custo para o seu processamento e permitir maior participação e concorrência entre os interessados em oferecer essas atividades no mercado financeiro.

Definido como sistema tecnológico conectado à Rede do Sistema Financeiro Nacional (RSFN), com redundância ou duplicidade de instalações físicas, de estruturas de processamento e comunicação (BRASIL, 2020b, p. 141; BRASIL, 2020d, Regulamento, art. 6º), o SPI constitui-se como infraestrutura do SPB composta de *softwares*, *hardwares*, procedimentos e regras criados e mantidos pelo BACEN para funcionar como sistema centralizado destinado à liquidação bruta em tempo real das transferências de recursos financeiros e pagamentos instantâneos realizados no âmbito do SFN (BRASIL, 2020a) por meio da Conta Pagamentos Instantâneos (Contas PI).

É por meio da Conta PI aberta no BCB que as instituições financeiras e de pagamento, que atuam como participantes diretos no SPI (BRASIL, 2020d, Regulamento, art. 2º, VI), têm acesso e fornecem aos respectivos clientes os serviços envolvendo o Pix: usuários de contas de depósito à vista ou de poupança e de contas de pagamento; clientes que pretendem acessar o SPI como participantes indiretos.

Assim, a partir da Conta PI, realiza-se a troca de mensagens para transmitir informações sobre ordens de crédito no âmbito do Pix, o arranjo de pagamentos aberto⁴ que, por meio de regras e procedimentos, permite que instituições autorizadas ofereçam ao mercado serviços de transferência de recursos financeiros ou pagamentos instantâneos, com uso do instrumento que também recebeu a denominação Pix (BRASIL, 2020b, p. 181), que inclusive pode ser contratado para data futura (BRASIL, 2020c, Regulamento, arts. 8º a 11).

3 O funcionamento do STR ocorre, para o SFN, nos dias úteis, entre 6h30 e 18h30, horário de Brasília. Excepcionalmente, no dia 24 de dezembro e no último dia útil do ano, o funcionamento se dá até as 13h. Cobra-se das instituições financeiras participantes por sua utilização, conforme o número de operações enviadas ou recebidas, havendo um desconto para envio de mensagens entre 6h30 e 8h (BARBOSA, 2010, p. 28).

4 Aberto é o arranjo de pagamentos que permite a participação de instituições financeiras ou de pagamento desde que cumpram os requisitos determinados pela regulação. Ao passo que, no fechado, não se permite esse tipo de acesso a quem quer que esteja interessado em obedecer à regulação. Esse tipo de arranjo pode ser entendido como aquele em que a emissão de moeda eletrônica e demais tipos de instrumentos de pagamento e a gestão da conta de pagamentos são serviços oferecidos aos clientes do mercado financeiro por: a) apenas uma instituição financeira ou de pagamento, cujo instituidor do arranjo é a mesma pessoa jurídica; b) controladora do instituidor do arranjo ou de sociedade por aquele controlada; c) instituição que tenha o mesmo controlador do instituidor do arranjo (BRASIL, 2013, art. 2º).

2.1 Participantes do SPI e do Pix

A implantação do SPI e do Pix foi planejada em fases. Os interessados em oferecer serviços de transferências e pagamentos instantâneos aos seus clientes tiveram que preencher os requisitos postos pela regulação e se submeter ao processo de adesão, composto por uma etapa cadastral⁵ e outra homologatória.⁶

Esses aderentes ao SPI foram classificados em cinco categorias: a) o participante direto – a instituição autorizada a funcionar pelo BCB, a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) ou as câmaras e os prestadores de serviços de compensação e de liquidação, autorizados a participar do SPI, e que obrigatoriamente devem ser titulares de Conta PI aberta no BCB e manter conexão direta com o sistema; b) o participante indireto – que participa do SPI por meio da contratação de prestação de serviços de um participante direto; c) o liquidante – titular de Conta PI que presta serviço de liquidação ao participante indireto; d) o participante emissor – que comanda a ordem de crédito; e) o participante recebedor – que recebe o crédito (BRASIL, 2020d, Regulamento, art. 2º, VII a XI; art. 14, I e II).

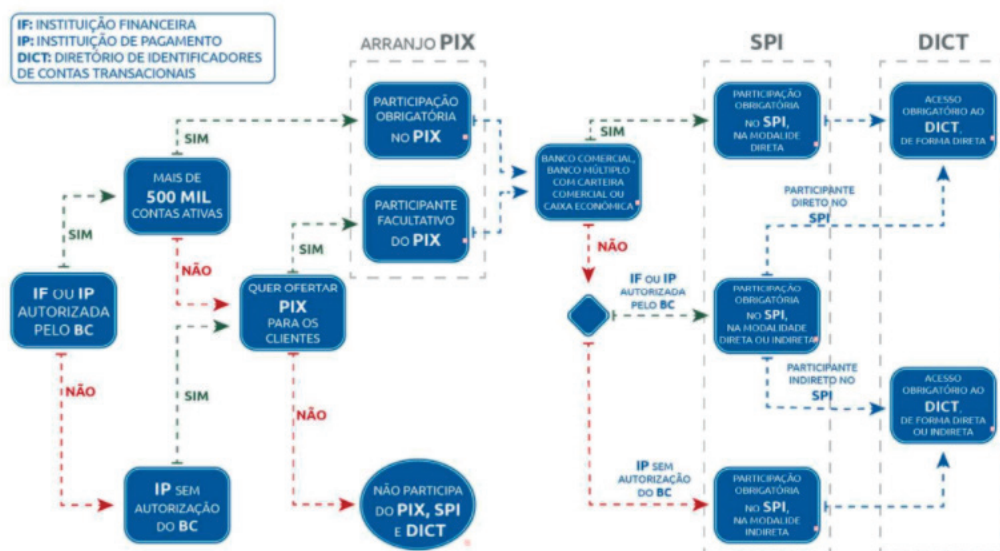
Em relação ao Pix, a regulação também estabeleceu classificação de cinco tipos de sujeitos: a) o participante do Pix – pode ser instituição financeira, instituição de pagamento ou ente governamental⁷ que adere ao regulamento do Pix e atende aos requisitos de adesão ao arranjo; b) o participante contratante – acessa o SPI por meio do contrato firmado com uma instituição participante; c) o participante liquidante – responsável por liquidar as transferências de recursos financeiros e os pagamentos instantâneos para os participantes sem acesso direto ao sistema; d) o participante reivindicador – habilitado a reivindicar a posse da chave Pix para o usuário final no âmbito dos processos de portabilidade; e) o participante responsável – se responsabiliza pela atuação do participante contratante no âmbito do SPI (BRASIL, 2020c, Regulamento anexo, art. 3º, XII a XVI).

As instituições financeiras e de pagamento com mais de 500 mil contas ativas de clientes – contas de depósito à vista, contas de poupança e contas de pagamento, isto é, não encerradas, são obrigadas a participar do Pix (BRASIL, 2020c, art. 3º). Os bancos comerciais, bancos múltiplos com carteira comercial, a Caixa Econômica Federal, as câmaras prestadoras de serviços de compensação e de liquidação e a STN somente podem atuar como participantes diretos, ao passo que as instituições de pagamento sem autorização do BCB para funcionamento, somente podem atuar na modalidade indireta (BRASIL, 2020d, Regulamento, art. 14, §1º a §4º).

5 Na fase cadastral, o interessado teve que apresentar formulário ao BCB, contendo: a) seus dados cadastrais, como razão social, CNPJ, código Sisbacen (se autorizado pelo BCB), identificação do diretor responsável por demandas relativas ao SPI e ao Pix, endereço, telefone, e-mail e número de contas ativas em 31 de dezembro 2019; b) a modalidade de participação no SPI – se indireta, teve que indicar o nome e o CNPJ do participante direto que contratou para atuar como seu liquidante no SPI; c) a forma de acesso ao Diretório de Identificadores de Contas Transacionais (DICT); d) a forma de conexão à RSEFN, seja de forma direta ou por meio de um provedor de serviços de tecnologia e informação (PSTI). Nesse caso, teve que indicar o nome e CNPJ do prestador do serviço (BRASIL, 2020e).

6 Na fase homologatória, cujo início se deu em 1º de junho de 2020, foram realizados testes a fim de cumprir etapa técnica para autorizar o acesso dos participantes diretos do SPI e a adesão ao Pix. Também foram realizados testes formais de homologação entre o participante indireto e o participante direto que lhe presta serviços de liquidação no SPI, testes formais de homologação no DICT e, por fim, teste de aderência das soluções desenvolvidas para oferta do Pix aos usuários finais (BRASIL, 2020f).

7 Trata-se da STN, com a finalidade exclusiva de realizar recolhimentos e pagamentos relativos às suas atividades típicas (BRASIL, 2020c, Regulamento anexo, art. 23, II e §2º).



Fonte: BRASIL, 2020a

2.2 Infraestrutura e funcionamento

Por exemplo, para que o Cliente A efetue um Pix ao Cliente B, é necessário que ambos tenham contratado a abertura de conta de depósito ou de pagamento perante instituições autorizadas pelo BCB (participantes diretos do SPI) ou contas de pagamento ofertadas por sociedades empresárias (participantes indiretos do SPI) que contratam instituições autorizadas pelo BCB para lhe dar acesso ao SPI (COSTA, NEVES e SILVA, 2020).

De qualquer modo, o Pix do Cliente A será efetivado em favor do Cliente B mediante registro de lançamentos de crédito e débito nas Contas PI abertas no BCB pelas instituições participantes diretas envolvidas.

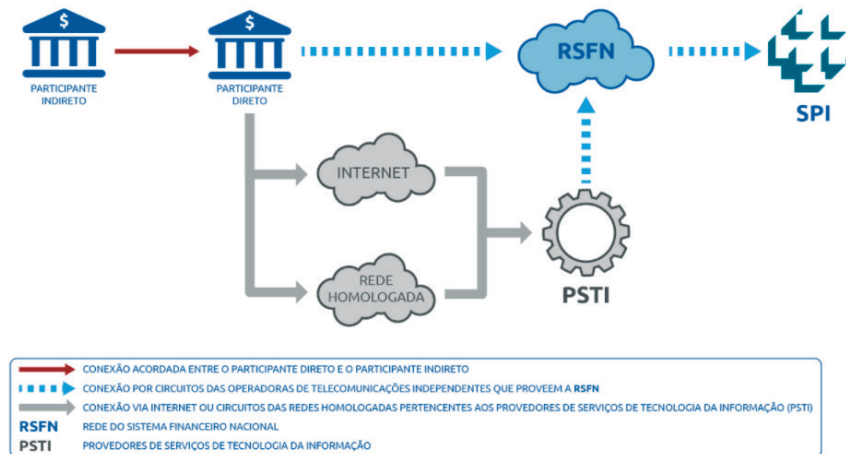
Para viabilizar a liquidação centralizada em tempo real, de alta disponibilidade, que suporte operações 24 horas por dia, em todos os dias do ano, o BCB adotou a Interface de Programação de Aplicações (API) via *Hypertext Transfer Protocol* (HTTP),⁸ de modo a permitir, conforme padrões previamente estipulados, que as instituições envolvidas enviem e recebam mensagens criptografadas bem como assinadas digitalmente a fim de oferecer o Pix aos seus clientes, isto é, que prestem os serviços de transferência de recursos financeiros ou de pagamento no âmbito do SPI.

O processamento do envio das mensagens acima referidas é feito pelas instituições ofertantes do Pix a partir de chaves registradas pelos clientes e armazenadas no Diretório de Identificadores de Contas Transacionais (DICT), base de dados gerida pelo BCB a fim de permitir o funcionamento do SPI (BRASIL, 2020c, arts. 45 a 47).

Para fazer transferências e pagamentos instantâneos, o cliente pode escolher diferentes formas de cadastrar a chave Pix no DICT: o número do celular, *e-mail*, número de inscrição no CPF ou no CNPJ e chaves aleatórias, como o Endereço Virtual de Pagamento (EVP), utilizado para gerar QR Code estático de recebedores que não desejam divulgar dados pessoais.

⁸ Via HTTP, a API ou interface de programação de aplicações permite o estabelecimento de um conjunto de métodos e padrões, cujos recursos, serviços e funcionalidades são integrados de forma simplificada a outras aplicações, sem que seja necessário conhecimento de seus aspectos internos e de sua complexidade. Desse modo, fornece fachada amigável para acesso a funcionalidades que variam de simples a complexas, proporcionando interoperabilidade entre aplicações diferentes, facilitando a sua utilização e a comunicação entre os usuários (ALVES, 2019).

O acesso ao DICT pelas instituições financeiras e de pagamentos ofertantes do Pix ocorre por meio da RSFN, a partir da contratação de circuitos de operações de telecomunicação independentes que proveem a rede ou por intermédio dos PSTI autorizados pelo BCB.



Fonte: BRASIL, 2020a

Vale lembrar que, fora do SPI, para o Cliente A realizar transferências de recursos financeiros ou pagamentos ao Cliente B, necessita-se do nome ou código da instituição destinatária da moeda, o número da conta de depósito ou de pagamento e o número da agência onde o Cliente B contratou a sua conta, podendo também ser necessário o número do seu CPF ou CNPJ, conforme o instrumento utilizado.

Com a infraestrutura criada a partir da utilização do diretório de identificação de contas, basta que A conheça a chave cadastrada por B no DICT, que inclusive pode ser um QR Code, tornando mais ágil efetuar transferências de recursos financeiros e pagamentos no âmbito do SFN, eis que dispensa múltiplas informações sobre o credor destinatário da moeda, a conta onde será creditada e a instituição responsável por registrar o seu crédito.

A ordem de crédito no SPI é processada em três etapas e de forma distribuída, em vários núcleos de processamento interconectados por rede: verificação de saldo, bloqueio e liquidação. Após a emissão da ordem, verifica-se disponibilidade de saldo, realiza-se bloqueio prévio de fundos na Conta PI do participante direto emissor, seguida de confirmação da capacidade de recebimento por meio de validação dos dados do recebedor e de sua conta. Após essa etapa, o SPI promove a transferência da moeda ou o pagamento entre as Contas PI das instituições participantes diretas envolvidas.

Liquida-se a transferência ou o pagamento instantâneo processado no SPI por meio de registros de crédito e débito nas Contas PI abertas perante o BCB pelas instituições envolvidas, sendo que uma vez realizados tais lançamentos, a liquidação resta irrevogável e incondicional.

Apresentados o funcionamento do SPI e a infraestrutura criada para processar o Pix, cumpre examinar no tópico seguinte em que medida as mudanças regulatórias empreendidas para oferecer à população brasileira transferências de recursos financeiros e pagamentos instantâneos, consistem em significativas alterações da regulação do SPB.

3 Mudanças regulatórias para implantar o SPI e o Pix

Até a implantação do SPI e do Pix, a movimentação de moeda oficial no âmbito do SFN ocorria exclusivamente dentro da grade horária de funcionamento⁹ via STR por meio das Contas Reservas Bancárias, de Liquidação ou Conta Correspondente a Moeda Eletrônica (CCME) abertas no BCB pelas instituições autorizadas.

Como se viu, para permitir que transferências de recursos financeiros e pagamentos pudessem ser realizados pelos usuários do SFN de modo instantâneo, ininterrupto e fora do horário de funcionamento bancário, criou-se a Conta PI, por intermédio da qual os participantes diretos do SPI realizam transferências de moedas entre si, ou seja, procedem ao registro de saldo mantido pelo participante direto para fins de liquidação das operações do SPI, à liquidação das ordens de pagamentos instantâneos submetidas ao processamento do SPI e às transferências de moedas obtidas em virtude do uso dos mecanismos de provimento de liquidez (BRASIL, 2020d, art. 19).

Para garantir o bom funcionamento do SPI, a regulação estabeleceu que a Conta PI não pode ter saldo negativo (BRASIL, 2020d, art. 22, §1º).

Assim, durante o horário de funcionamento do STR, permitiu-se a livre transferência de recursos entre as Contas PI e as Contas Reservas Bancárias, de Liquidação e CCME, de maneira que em caso de insuficiência de saldo na Conta PI, as demais contas podem cobrir esse *deficit*.

O processamento de qualquer ordem de crédito por intermédio do SPI é precedido do bloqueio da Conta PI de titularidade do emissor, no valor proporcional àquele a ser transferido ou pago. Trata-se de forma de verificação de saldo disponível para honrar a transferência ou o pagamento almejado no âmbito do Pix. Nesse sentido, não havendo saldo disponível a ser bloqueado na Conta PI, a ordem de transferência ou pagamento em questão são rejeitados.

O BCB pode suspender, a qualquer momento, ainda que de forma cautelar, a Conta PI que esteja em desacordo com normas que regulam o SPI. Tal suspensão representa o bloqueio do acesso do titular da Conta PI, bem como a impossibilidade de o participante indireto enviar ou receber ordens de transferência ou pagamento instantâneo até que esteja devidamente registrado um novo participante direto como seu liquidante no SPI. Em situações de suspensão, é aberto processo administrativo a cargo do BCB, devendo a conta se manter suspensa até a decisão final a ser tomada pela autarquia (BRASIL, 2020d, art. 23).

A Conta PI pode ser encerrada por solicitação do titular, ocorrência de liquidação ordinária, liquidação extrajudicial, falência, ou por outra situação que culmine no cancelamento de autorização para funcionamento do titular. Também pode ser encerrada por decisão do BCB quando este verificar que o titular esteja colocando em risco a confiabilidade e o regular funcionamento do SPI, do SPB, ou dos seus demais participantes (BRASIL, 2020d, art. 26).

Para garantir o provimento de liquidez às Contas PI dos participantes diretos, ou seja, a existência de fundos suficientes, de modo a viabilizar a liquidação de transferências e pagamentos instantâneos, não apenas durante o horário de funcionamento do STR, mas também fora dele, a regulação instituiu mecanismos de provimento de liquidez, se valendo de novidades que, em sua maioria, consistem em atribuição de novas funcionalidades a categorias usualmente utilizadas no SPB.

⁹ Nos dias úteis, entre 6h30 e 18h30, horário de Brasília. Excepcionalmente, no dia 24 de dezembro e no último dia útil do ano, o funcionamento se dá até as 13h (BRASIL, 2020g, art. 2º, § 1º).

Pode-se citar a autorização para movimentação de recursos em janela de horário adicional¹⁰ para a realização de aporte nas Contas PI após o fechamento da grade regular de operações dos participantes do STR como um dos novos mecanismos de provimento de liquidez. Nessa janela, os participantes diretos do SPI podem movimentar valores que eventualmente possuam em contas Reservas Bancárias, de Liquidação e CCME para suas Contas PI, e, no caso da STN, entre a Conta PI e as subcontas que compõem a Conta do Tesouro Nacional. Tal estratégia pretende garantir a liquidez das Contas PI durante o período em que as demais se encontrem inativas em virtude das limitações de horário de funcionamento, podendo, momentaneamente, resultar em acesso das reservas para o compulsório em limites inferiores ao estabelecido pela regulação.

Como se viu no início do trabalho, o uso do compulsório dentro de determinado horário não se conforma como novo mecanismo, sendo velho conhecido da regulação estatal desde a reformulação do SPB em 2001.

Outro habitual instrumento da regulação do SFN que foi adaptado para o SPI é a linha do redesconto,¹¹ concedida exclusivamente às instituições financeiras qualificadas como participantes diretos do SPI, cujo acesso é solicitado por meio do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic). Nesse caso, o BCB, a seu exclusivo critério, com o compromisso de revenda, durante a janela adicional de horário para aportes em Conta PI, compra títulos públicos federais registrados no Selic que integrem posição de custódia da instituição financeira solicitante que, por sua vez, assume o compromisso de recompra (BRASIL, 2020h, arts. 1º, 2º e 4º).

A recompra pela instituição financeira deve ocorrer no dia útil seguinte ao da contratação da operação, durante o horário regular de operações no STR, com saldo disponível na Conta PI da instituição. Em caso de insuficiência de saldo, o comando de recompra é rejeitado e a instituição financeira será considerada inadimplente. Os títulos das operações inadimplidas serão incorporados à carteira própria do BACEN e vendidos em leilão, cujo eventual resultado negativo deve ser ressarcido pela instituição contraparte da operação inadimplida (BRASIL, 2020h, arts. 5º e 6º).

A possibilidade de criação de mecanismos de provimento de liquidez privados constitui novidade, eis que liquidados por meio de câmaras ou dos prestadores de serviços de compensação e liquidação autorizados pelo BACEN a prestar tal serviço aos participantes do SPI.

Até setembro de 2020, identificou-se apenas a iniciativa da Brasil, Bolsa, Balcão (B3 S.A.) para atuar como contraparte central garantidora da liquidação financeira, ofertando operações de provimento de liquidez fora do horário de funcionamento do STR às instituições participantes do SPI, por meio da implantação da Câmara de Liquidez para o SPI.

Para cobrir necessidades emergenciais de liquidez e manter o fluxo de recursos financeiros no âmbito do SPI, a B3 permitirá que as instituições financeiras realizem captação de recursos financeiros perante investidores interessados em aplicar suas poupanças em troca de remuneração e baixo risco, posto que o investimento é necessariamente garantido por títulos públicos federais que devem ser depositados para servir de lastro à operação (B3, 2020).

¹⁰ Inicia após o fechamento do horário regular de operações no STR, e encerra-se ordinariamente às 19h e, no dia 24 de dezembro, se dia útil para fins de operações realizadas no mercado financeiro, e no último dia útil do ano, às 13h30 (BRASIL, 2020g, art. 2º, § 2º).

¹¹ Inclusive permitido a partir de 2011 às instituições financeiras titulares de Conta de Liquidação, na modalidade de compra compromisso de revenda intradia, justamente com o objetivo de atender às necessidades de liquidez da instituição financeira ao longo do dia (BRASIL, 2011, art. 1º).

As instituições não financeiras podem utilizar desse sistema contratando a participação de uma instituição financeira,¹² observando determinado valor mínimo para cada operação, vez que com a utilização de robôs para realizar as requisições poderia haver sobrecarga do sistema com ofertas de baixo valor.

Conclusão

Como se viu, as transferências e os pagamentos instantâneos realizados com moedas escriturais ou eletrônicas, registradas no âmbito do SFN, conformados no Pix, não se traduzem em propriamente uma novidade no mercado brasileiro, pois tais serviços já eram prestados antes da implantação do SPI, como por meio de uma transferência eletrônica de débito (TED) ou do pagamento com cartão de débito.

Pode ser apontado como diferencial do novo sistema a permissão para que tais serviços sejam prestados fora do horário de funcionamento da grade bancária, de forma ininterrupta em finais de semana e feriados, diretamente na conta do credor, e por sociedades empresárias não autorizadas pelo BCB, desde que contratem os serviços de liquidação prestados por instituições autorizadas pela autarquia.

Para permitir a entrega direta da moeda na conta do credor e a ampliação do horário de fornecimento do serviço de transferências de moeda e pagamentos, o SPB foi acrescido com mais uma infraestrutura: o SPI.

Para tanto, criou-se a Conta PI e o DICT. Este se traduz como uma das principais novidades trazidas pela regulação para viabilizar a oferta do Pix, eis que não havia no SPB um sistema centralizado cujo cadastro de chaves pudesse ser alimentado conforme a escolha do cliente do SFN.

De outro modo, embora a Conta PI também seja uma novidade voltada especificamente ao funcionamento do SPI, está moldada de forma muito similar às Contas Reservas Bancárias, de Liquidação e a CCME.

Conforme a regulação estatal específica, essas contas são abertas perante o BCB pelas instituições financeiras, de pagamento e demais instituições autorizadas pela autarquia para registrar os créditos gerados a partir dos recursos financeiros que coletam da população, bem como para promover a liquidação de negócios jurídicos por meio dos quais os respectivos clientes comandam ordens de transferências de recursos financeiros ou de pagamentos.

Nesse sentido, pode-se dizer que a Conta PI segue a mesma lógica. Trata-se de conta aberta perante o BCB na qual os participantes diretos do SPI registram o volume de recursos financeiros coletados da população para fins ofertar o serviço correspondente ao Pix, isto é, transferências e pagamentos instantâneos.

12 CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução 3.339/2006. Art. 1º Subordinam-se às normas deste regulamento os seguintes tipos de operações com títulos de renda fixa: II - operações com compromisso de revenda com vencimento em data futura, anterior ou igual à do vencimento dos títulos objeto da operação: a) compra com compromisso de revenda assumido pelo comprador, conjugadamente com compromisso de recompra assumido pelo vendedor, para liquidação em data preestabelecida; b) compra com compromisso de revenda assumido pelo comprador, conjugadamente com compromisso de recompra assumido pelo vendedor, para liquidação a qualquer tempo durante determinado prazo, a critério de qualquer das partes, conforme previamente acordado entre essas; c) compra com compromisso de revenda assumido pelo comprador, liquidável a critério exclusivo do vendedor, em data determinada ou dentro de prazo estabelecido; IV - operações de compra de títulos com compromisso de revenda assumido pelo comprador, conjugadamente com compromisso de recompra assumido pelo vendedor, para liquidação no mesmo dia; § 5º As operações compromissadas de que tratam os incisos II e IV, quando realizadas com clientes que não sejam instituições financeiras nem as demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, somente podem ter por objeto títulos não vinculados a compromissos de revenda.

Além disso, a lógica do funcionamento do SPI é baseada na liquidação bruta em tempo real, em caráter irrevogável e incondicional. Trata-se de mecanismo já adotado no âmbito do STR desde 2002.

O mesmo se verifica com o provimento de liquidez, eis que, apesar de original a sua oferta por parte de instituições privadas como a B3, a linha de redesconto não se traduz propriamente em uma novidade, dado que se trata de mecanismo que já vinha sendo disponibilizado pelo BCB às instituições financeiras por meio de compra de títulos públicos federais com o compromisso de revenda desde a reformulação do SPB realizada em 2001.

Da análise das inovações promovidas na regulação estatal brasileira para implantar o SPI e o Pix, pode-se concluir que, quanto à estrutura do SPB, apesar de algumas alterações pontuais terem sido feitas, a maioria das mudanças regulatórias apenas ampliou usuais e conhecidos mecanismos de controle estatal em utilização no âmbito do SFN. Seus impactos mais significativos ocorrem, portanto, em outras dimensões, ao viabilizarem que os credores possam receber pagamentos de modo instantâneo, em todos os dias do ano, diretamente em sua conta no momento do comando da ordem de crédito e que sociedades empresárias não autorizadas a atuar no SFN possam fazê-lo desde que contratem o serviço de liquidação prestado no âmbito do SPI, criando, desse modo, condições para haver maior acesso e competitividade no mercado financeiro nacional.

Cabem novas pesquisas para a apurar quantitativa e qualitativamente a concretização da promessa de introduzir mais competitividade, segurança, inclusão e acomodação de meios mais ágeis para realizar pagamentos e transferências de recursos financeiros no mercado brasileiro.

Referências

ÁGUIAR JÚNIOR, Nelson Alves. Aspectos jurídicos fundamentais do Sistema de Pagamentos Brasileiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. a. 4, n. II, jan.-mar. 2001.

ALVES, Rully. **O que são APIs e requisições HTTP?** 2019. Disponível em: <https://medium.com/@rullyalves/o-que-s%C3%A3o-apis-e-requisi%C3%A7%C3%B5es-http-919238f48206>. Acesso em: 8 set. 2020.

B3 S.A. – BRASIL, BOLSA, BALCÃO. **Proposta de Liquidez para o Sistema de Pagamentos Instantâneos**. Versão 1.1. Disponível em: <http://clientes.b3.com.br/data/files/CA/24/F5/AB/2CF447102255C247AC094EA8/Descricao%20da%20proposta%20de%20Liquidez%20SPI%20v%201.1.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. **Circular n. 492 de 07 de janeiro de 1980**. Aos Bancos Comerciais, Bancos de Desenvolvimento e Caixas Econômicas. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/41791/Circ_0492_v2_L.pdf. Acesso em: 3 nov. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 10.214, de 27 de março de 2001. Dispõe sobre a atuação das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e de liquidação, no âmbito do sistema de pagamentos brasileiro, e dá outras providências. 2020a. **Diário Oficial** [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 de março de 2001. Edição Extra, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10214.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. **Comunicado n. 8.216 de 19 de fevereiro de 2001**. Comunica decisões do Banco Central do Brasil, relativas à implementação da Reestruturação do Sistema de Pagamentos Brasileiro (2001a). Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=8216>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. **Comunicado n. 8.260 de 09 de março de 2001**. Comunica decisões do Banco Central do Brasil, relativas à implementação da Reestruturação do Sistema de Pagamentos Brasileiro (2001b). Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=8260>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial** [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. 2002b. Seção 1 p. 1 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 3 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. Circular n. 3.100 de 28 de março de 2002. Institui o Sistema de Transferência de Reservas - STR e aprova seu Regulamento. **Diário Oficial** [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 02 de abril de 2002. Seção 1, p. 33-45, republicada em 11 de abril de 2002, Seção 1, p. 42. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/46930/Circ_3100_v12_L.pdf. Acesso em: 3 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. Circular n. 3.438 de 2 de março de 2009. Regulamenta a conta Reservas Bancárias e a Conta de Liquidação no Banco Central do Brasil. **Diário Oficial** [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de março de 2009. Seção 1, p. 51. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47671/Circ_3438_v3_L.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 4.002, de 25 de agosto de 2011. Autoriza o Banco Central do Brasil a realizar operação de Redesconto do Banco Central, na modalidade de compra com compromisso de revenda, intradia, com instituições financeiras titulares de Conta de Liquidação e dá outras providências. **Diário Oficial** [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de agosto de 2011. Seção 1, p. 11. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=4002>. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. Circular n. 3.682 de 11 de novembro de 2013. Aprova o regulamento que disciplina a prestação de serviço de pagamento no âmbito dos arranjos de pagamentos integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), estabelece os critérios segundo os quais os arranjos de pagamento não integrarão o SPB e dá outras providências. **Diário Oficial** [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de novembro de 2013 Seção 1, p. 18. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2013/pdf/circ_3682_v2_L.pdf. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. **O brasileiro e sua relação com o Dinheiro**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2018. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/Nor/releidfin/docs/art1_o_brasileiro_e_sua_relacao_com_dinheiro.pdf. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. Portaria n. 97.909, de 03 de maio de 2018. Institui grupo de trabalho temático, no âmbito do Fórum AIP, de que trata a Portaria n. 85.478, de 23 de junho de 2015. **Diário Oficial** [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 de maio de 2019. Seção 2, p. 46. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/13152573/do2-2018-05-07-portaria-n-97-909-de-3-de-maio-de-2018-13152569. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. Estabilidade financeira. Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB). Infraestruturas do mercado financeiro. **Sistema de Pagamentos Instantâneos (SPI)**. 2020a. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/sistemapagamentosinstantaneos>. Acesso em: 8 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. **Especificações técnicas e de negócio do ecossistema de pagamentos instantâneos brasileiro. Versão 6.2**. 2020b. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/forumpireunioes/Documento_de_especificacoes-versao6-2.pdf. Acesso em: 8 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. Carta Circular n. 4.006, de 20 de fevereiro de 2020. Estabelece a forma de cadastro dos participantes para o processo de adesão ao arranjo de pagamentos instantâneos (Pix) e ao Sistema de Pagamentos Instantâneos (SPI). **Diário Oficial** [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2020. Seção 1, p. 25. 2020e. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50926/C_Circ_4006_VI_O.pdf. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 4.781, de 20 de fevereiro de 2020. Autoriza o Banco Central do Brasil a conceder linha de redesconto às instituições financeiras participantes diretas do Sistema de Pagamentos Instantâneos (SPI). **Diário Oficial** [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2020. Seção 1, p. 66. 2020h. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50928/Res_4781_VI_O.pdf. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. Carta Circular n. 4.055, de 25 de maio de 2020. Estabelece os procedimentos e o cronograma dos testes da etapa formal de homologação para o credenciamento dos participantes diretos no ambiente de produção do Sistema de Pagamentos Instantâneos (SPI) para o início de funcionamento do sistema. **Diário Oficial** [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 de maio de 2020. Seção 1, p. 151/152. 2020f. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/51046/C_Circ_4055_VI_O.pdf. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. Diretoria Colegiada. Circular n. 4.027, de 12 de junho de 2020. Institui o arranjo de pagamentos Pix e aprova o seu Regulamento. **Diário Oficial** [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 de junho de 2020. Seção 1, p. 16. 2020d. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/circular-n-4.027-de-12-de-junho-de-2020-261759318>. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. Resolução BCB n. 1, de 12 de agosto de 2020. Institui o Sistema de Pagamentos Instantâneos (SPI) e a Conta Pagamentos Instantâneos (Conta PI) e aprova o seu regulamento. **Diário Oficial** [da] República Federativa do Brasil, Poder

Executivo, Brasília, DF, 13 de agosto de 2020. Seção 1, p. 44-48. 2020c. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-bcb-n-1-de-12-de-agosto-de-2020-271965371>. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. Resolução BCB n. 20, de 1 de outubro de 2020. Dispõe sobre a linha de redesconto a ser concedida, pelo Banco Central do Brasil, às instituições financeiras participantes diretas do Sistema de Pagamentos Instantâneos (SPI), de que trata a Resolução nº 4.781, de 20 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial** [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de outubro de 2020. Seção 1, p. 59. 2020g. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=20>. Acesso em: 7 nov. 2020.

COSTA, Daniel Rodrigues. NEVES, Rubia Carneiro. SILVA, Leila Bitencourt Reis. **É preciso abrir uma nova conta para acessar o Pix?** Migalhas, 14 de outubro de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/334784/e-preciso-abrir-uma-nova-conta-para-acessar-o-pix>. Acesso em: 14 nov. 2020

FARIA, Claiton Resende; FERREIRA FILHO, Edvaldo Barbosa; RIBEIRO, Francisco José do Carmo. **O sistema de Pagamentos Brasileiro – SPB**. Sem local definido: 2004. Disponível em: http://www.lyfreitas.com.br/ant/artigos_mba/spb.pdf. acesso em: 5 de set. 2020.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LIMA, Douglas Miranda. **Reestruturação do Sistema de Pagamentos Brasileiro: o caso da clearing de câmbio da BM&F**. Dissertação apresentada à Escola Superior de Agricultura para obtenção do título de mestre em ciências. Piracicaba: Universidade de São Paulo, 2002. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/11/11132/tde-12022003-154201/publico/douglas.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MCKINSEY & COMPANY. **Global payments 2018: a dynamic industry continues to break new ground**. Global Banking Practice. 2018. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/-/media/McKinsey/Industries/Financial%20Services/Our%20Insights/Global%20payments%20Expansive%20growth%20targeted%20opportunities/Global-payments-map-2018.ashx>. Acesso em: 13 set. 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Direito bancário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PINTO, Julio Cesar Costa. **A Administração da Conta Reservas Bancárias no Âmbito do Novo Sistema de Pagamentos Brasileiros**. Dissertação (Mestrado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/117/1762.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 set. 2020.

VIEIRA, Leonardo. **Impacto da Reestruturação do Sistema de Pagamentos Brasileiro no Risco Agregado dos Bancos Comerciais**. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Universidade Nacional de Brasília – UNB, 2006. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6504/1/Dissertacao%20Leonardo%20Vieira.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

O Fenômeno da Desmaterialização dos Títulos de Crédito

Caio de Barros Santos*
Henrique Perlatto Moura**

Introdução. 1 Dos documentos eletrônicos e de sua validade jurídica. 2 Da assinatura digital. 3 Das centrais de registro, custódia, compensação e liquidação de títulos. 4 Do título eletrônico e da revisão dos princípios. 4.1 Do conceito. 4.2 Da cartularidade. 4.3 Da literalidade. 4.4 Da autonomia. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente trabalho versa sobre o fenômeno da virtualização das relações negociais, e, em especial, sobre o seu influxo na atual dinâmica dos títulos de crédito. Para o tanto, abordaremos a validade do documento eletrônico, perpassando por sua concepção clássica, a sua evolução face ao progresso tecnológico, bem como a crescente tendência de sua utilização no direito cambial. Serão objetos de análise, portanto, a validade jurídica dos documentos gerados eletronicamente; o conhecimento de alguns institutos, como a assinatura eletrônica; a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICPBrasil); bem como a previsão normativa dos documentos eletrônicos na legislação pátria. Versaremos, ainda, sobre as centrais de registro, custódia, compensação e liquidação de títulos, organismos de suma importância para a utilização e desenvolvimento dos títulos de crédito de modalidade eletrônica. Ao final, será realizada uma reflexão sobre a conseqüente revisão dos princípios clássicos do título de crédito, em decorrência das novas dinâmicas apresentadas no trabalho acadêmico.

Palavras-chave: Título de crédito. Desmaterialização. Documento eletrônico. Assinatura Digital. Custódia.

* Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Direito Empresarial pelo Centro de Atualização em Direito. Advogado. Professor universitário. *E-mail:* caiobsantos@hotmail.com.

** Advogado. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Elpidio Donizetti. Especialização em curso no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (Ibet). Professor universitário. *E-mail:* henrique.perlatto@gmail.com.

The Phenomenon of the Dematerialization of Credit Titles

Abstract

This work deals with the phenomenon of the virtualization of business relationships and in particular the influence that this development is having on the dynamics of debt securities. To this end, we will examine the validity of electronic documents and explore how documentation has evolved from the classic concept as a result of technological progress. We will explore how electronic documents are used under current mercantile law. The paper will analyze the legal validity of electronic documents, the positions taken by Brazilian institutions concerning electronic signatures, Brazilian public key infrastructure, and the regulations governing electronic documents in Brazilian legislation. To conclude, we will examine the important role played by houses for the registration, custody, clearing and settlement of securities in the development of the electronic marketplace.

Keywords: *Debt securities. Virtualization. Electronic document. Digital signature. Custody.*

Introdução

Vivemos hoje o que alguns autores chamam de “era da informação” ou “sociedade em rede”, caracterizada pela multiplicação das formas de interação, armazenamento e transmissão de informações.

No campo das relações comerciais, a utilização dos meios informáticos impôs velocidade e eficiência a todos os processos envolvidos, permitindo transações em tempo real, encurtando a distância entre contratantes e agilizando a concretização dos fins visados.

Se o direito não é uma ciência estática, devendo acompanhar as mudanças que derivam do progresso social, tampouco o é o direito empresarial, notadamente o ramo mais dinâmico e flexível das ciências jurídicas, cuja função precípua é solucionar conflitos e regular as relações mercantis. Sabe-se que, geralmente, as mutações nas práticas negociais se antecedem à legislação, cabendo a esse ramo do direito a tarefa de compatibilizar as novas práticas consuetudinárias à sua normatização no mundo jurídico.

O título de crédito foi concebido com o fim de impor facilidade, agilidade e segurança na mobilização e circulação de riquezas, portanto, não poderá ficar à deriva quanto às mudanças advindas dos processos de “virtualização”. De forma gradual, as transações cambiais vêm substituindo a utilização de papéis (cártulas) pelo armazenamento e circulação de crédito na forma escritural, modalidade cujo título existe através de registros desmaterializados em telas virtuais.

Dessa forma, tanto a constituição, por meio do registro virtual, quanto a operacionalidade de toda a cadeia cambiária podem estar inseridas na memória do computador, de forma mais eficiente e talvez mais segura do que as operações de crédito realizadas através da inscrição em um papel.

Esse importante processo de modificação, conhecido por alguns como o fenômeno da “Desmaterialização dos Títulos de Crédito”, será o objeto de análise presente estudo, o que se fará através da abordagem de suas principais características e agentes, bem como a validade destes no plano jurídico.

1 Dos documentos eletrônicos e de sua validade jurídica

Embora o conceito de documento tenha aparentes contornos de subjetividade, pela definição de Carnelutti (1982) pode-se inferir o seu significado como a intervenção humana para retratar algo, através da utilização de algum instrumento, desde que seja capaz de registrá-lo.

Na menção doutrinária, portanto, a conceituação de documento não se restringe ao papel, mas sim a qualquer mecanismo capaz de armazenar informações (não somente as escritas), o que inclui, por dedução análoga, o meio eletrônico.

Na opinião de Pontes de Miranda, documento é “toda coisa que expressa, por meio de sinais, o pensamento” (MIRANDA, 1996, p. 338). Novamente se vê que a consignação em papel não é elemento de essencial, reafirma-se a abrangência mais genérica, como meio para se expressar algo.

Adriana Valeria Pugliesi Gardino cita a definição de Stefano Nespôr:

O documento pressupõe a escrita. Considera-se escrita qualquer sinal (arábico, numérico, estenográfico, datilográfico, cifrado, etc.) expresso em qualquer linguagem, ou ainda por meios mecânicos, para que transmita uma mensagem que se conserve por um certo tempo; sendo por outro lado, irrelevante o suporte físico sobre o qual e impressa a mensagem (não é necessário escrever sobre um meio móvel e circulável como aqueles cartulares: e possível também existir um documento escrito sobre um muro). Portanto, também o documento informático e um documento, enquanto pressupõe um escrito inserto no fluxo eletrônico, gravado na memória de um disco rígido ou de um floppy, enquanto os bits são uma espécie de alfabeto. (NESPOR *et al.*, 2001, p. 18)

O documento eletrônico, embora já conte com a sua utilização consagrada na prática social, ainda carece de conceituações precisas, a exemplo do que intentado na lição de Regis Magalhães Queiroz, que buscou a simplificação do aludido conceito como: “aquele que foi gerado ou arquivado por sistema computadorizado, em meio digital” (QUEIROZ, 2000, p. 380).

Documento eletrônico, portanto, não se diferencia da forma documental clássica por seu conteúdo; este continua incólume e acessível na modalidade virtual, mas modifica-se em seu suporte. Ao invés de consignados em papel, ou outra forma clássica de armazenamento, seu teor é representado, em sua maioria, por códigos binários (o que poderá mudar segundo a continuidade da evolução tecnológica) e armazenados em um meio magnético, podendo ser acessado e transmitido com maior praticidade.

Vale ressaltar que o documento físico não é restrito ao uso de grafias, na medida em que pode ser impresso em papel uma fotografia, desenho, gráfico etc. Isso vale para o documento digital, o que, aliás, amplia-se em se tratando de tal suporte, no qual as possibilidades de armazenamento são inúmeras, desde que respeitados os critérios de validade e admissibilidade que a legislação impõe.

Se ainda se vê, em parte da doutrina, reticência quanto à integração das práticas virtuais nas concepções jurídicas, nota-se também que os fundamentos aduzidos na resistência sofrem um processo progressivo de superação, tais como a questão de certificação da identidade das partes envolvidas, a prova da veracidade e integridade do conteúdo tratado, entre outras.

Um dos precursores na prática da convivência jurídica com o suporte eletrônico, o direito francês, em uma das reformas de seu código civil, estabeleceu, na dicção de seu artigo 1316-3 que: “*L’écrit sur support électronique a la même force probante que l’écrit sur support papier* [O escrito em suporte eletrônico tem a mesma força probante que o escrito em papel]”. Notório que o grau de confiabilidade legal, concedido naquele ordenamento jurídico, ao suporte eletrônico não poderia ser mais incisivo.

No Brasil, a primeira regulamentação jurídica dos documentos eletrônicos se deu pela Medida Provisória 2.200/2001, a qual concedeu aos documentos e declarações eletrônicas, desde que certificada de acordo com as disposições daquela norma, a equiparação a documentos físicos, conforme se constata no artigo 10 da lei:

Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§ 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei no 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil.

§ 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento. (BRASIL, 2001)

A norma jurídica também criou a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-Brasil), com o fim de certificar a autenticidade e validade aos documentos criados, mecanismo este que será mais bem elucidado no tópico posterior.

Sinopticamente, a mencionada norma aportou, como requisitos de validade dos meios eletrônicos ali tratados, as características de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da ICPBrasil.

Especificamente acerca da validade do documento eletrônico, dispõe o art. 11 da norma que: “Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais”.

Já a Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, editada para regular a informatização do processo judicial, alterou o código de processo civil e convalidou juridicamente as práticas de atos processuais através de meios eletrônicos, tais como o envio de petições, intimações, publicação de atos judiciais dentre outros. O § 2 da norma conceitua o meio eletrônico da seguinte forma:

Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

§ 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:

I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais; (BRASIL, 2006)

Além disso, dispôs o parágrafo único do art. 154 do antigo Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973), acrescido pela Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006 (BRASIL, 2006), a possibilidade de os Tribunais disciplinarem a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, desde que cumpridos os requisitos previstos.

Noutro ponto, o Código Civil de 2002 elenca o documento como um dos meios legítimos de se provar o fato jurídico, consoante estampa o inciso II do artigo 212, ao passo que o art. 225 do mesmo diploma atribui a capacidade de produção plena probatória às “reproduções fotográficas,

cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas” (BRASIL, 2002).

Assim, se a marcha tecnológica se dá a passos largos, interferindo profundamente nas relações cotidianas (inclusive as negociais), cabe à ciência jurídica buscar meios de adequação de suas normas, sob pena de não alcançar a regulação de todas as inteirações sociais.

Ainda na esteira da necessária normatização das práticas virtuais, foi publicado em abril de 2014 o chamado Marco Civil da Internet, que tramitou durante mais de dois anos na Câmara dos Deputados. Corporificada pela Lei 12.965, de 23 de abril de 2014 (BRASIL, 2014), a norma visa garantir direitos basilares no acesso à internet, como a neutralidade de rede, trazendo dispositivos sobre a guarda de informações, responsabilização pelos conteúdos, dentre outros.

Ao regular oficialmente o uso da internet, o chamado Marco Civil, via reflexa, aporta mais subsídios legislativos para que as práticas das transações virtuais adquiram contornos jurídicos mais precisos, eis que considerável parte das negociações acontece, em algum momento do *modus operandi*, no ambiente da internet.

Mais especificamente, no que toca aos negócios virtuais, pode-se mencionar o art. 3º, VIII e o art. 4º da lei, que assim dispõem:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

[...]

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

[...]

IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados. (BRASIL, 2014)

Quanto à capacidade processual das provas advindas do meio virtual, importa para o presente trabalho a norma insculpida no art. 22, abaixo transcrita:

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. (BRASIL, 2014)

Outrossim, pode-se dizer que qualquer dúvida acerca da validade jurídica dos documentos eletrônicos foi objurgada pelo Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), na medida em que a sua redação, já alinhada com a tendência de virtualização das práticas e do direito hodierno, previu, exaustivamente, procedimentos por meio de mecanismos e documentos eletrônicos.

Nesse sentido, cabe citar primeiramente que a referida legislação processual destinou uma seção, exclusivamente, para tratar “Da Prática Eletrônica de Atos Processuais”, compostas pelos arts. 193 a 199.

O art. 193, acima mencionado, convalida a noção geral de validade dos atos processuais eletrônicos, conforme se observa abaixo transcrito:

Art. 193. Os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei.

Parágrafo único. O disposto nesta Seção aplica-se, no que for cabível, à prática de atos notariais e de registro. (BRASIL, 2015)

Já a seção VIII do capítulo XII do Código de Processo trata especificamente dos documentos eletrônicos, traçando normas para a sua utilização e a sua validade como meio de prova. É o que se constata nos arts. 439 a 441 daquela lei, abaixo transcritos:

Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei.

Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor.

Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica. (BRASIL, 2015)

Em dispositivos outros do mesmo código, os meios eletrônicos não só são previstos, como também elevados ao grau de preferenciais frente aos meios físicos. É o que se pode constatar no art. 170, que versa sobre a comunicação do conciliador ou mediador ao juiz do processo, a fim de informar quanto ao seu impedimento de exercício. Senão vejamos: “No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição”.

No mesmo sentido, atribuindo o caráter preferencial à utilização do meio eletrônico, convergiram as redações dos arts. 170; 171; 183, §1º; 263; 264; 270; 340; I.II9, III do Código Processual.

Percebe-se, igualmente, a importância atribuída aos meios eletrônicos na Norma Processual, no teor do art. 287 do CPC, no qual está prevista a obrigatoriedade do fornecimento do endereço eletrônico quando apresentação de procuração: “A petição inicial deve vir acompanhada de procuração, que conterà os endereços do advogado, eletrônico e não eletrônico”.

Igualmente, o art. 319 do Código atribui ao endereço eletrônico das partes o *status* de requisito da petição inicial, vejamos:

Art. 319. A petição inicial indicará:

(...)

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; (BRASIL, 2015)

Por fim, a previsão de utilização dos meios eletrônicos foi preconizada de forma esparsa pelo Código de Processo Civil de 2015, é o que se pode constatar em diversos dispositivos daquela norma, tais como nos arts. 205, §3º; 209, §1º; 224, §2º; 228, §2º; 231, VII; 232; 235, 1º e 2º; 246, V; 266; 272; 273; 275; 287; 334, I, §7º; 367, §1º e 4º; 384, Parágrafo Único; 411, II; 438, §2º; 460, §3º; 465, 2º, §3º; 476, §4º; 513, 2º, III; 535; 620, II; 712; 837; 854 caput e §6º, §7º e §9º; 873, III; 879, II; 880, II, §3º; 882; 892; 915, §4º; 943; 945; 979; I.007, §3º; I.017, §5º; I.038, §1º; I.053.

Pode-se concluir, portanto, que, embora as mudanças advindas do avanço tecnológico se deem em um compasso de maior velocidade, o Direito possui instrumentos para a normatização necessária, embora talvez o tempo demandado seja maior do que a necessidade de regulação.

No campo do direito empresarial, que tem como modo elaborativo o acompanhamento das práticas comerciais consuetudinárias, o caminho da equiparação entre tecnologias e normas não é inviável.

2 Da assinatura digital

A crescente utilização em massa de documentos digitais, assim como qualquer outro tema de impacto para o cotidiano, suscita algumas dúvidas quanto ao “outro lado da moeda”. Alguns críticos da incorporação plena dos documentos digitais erigem questões, como a integridade das informações contidas no documento, a certeza quanto à aposição de assinatura pelo signatário e demais envolvidos na cadeia de negócio, entre outros.

No que tange aos títulos de crédito, a discussão acerca da segurança das informações alocadas é ainda maior. As características principiológicas de “documentabilidade”, literalidade e autonomia são capitais e imanentes a um título de crédito, sem as quais se impõe o risco de desnaturá-lo e retirar-lhe a eficácia jurídica e negocial.

Por outro lado, vale ressaltar que a imposição de novas tecnologias de segurança nas operações virtualizadas de títulos, absolutamente, não redundará na extinção jurídica dos princípios norteadores dos títulos de crédito. Tais princípios, embora sofram mutações em face da nova realidade dos títulos, não foram tangidos em sua integralidade, e nem poderiam o ser. Ao contrário, a segurança das operações digitais é essencial à saúde das práticas cambiais hodiernas.

Dessa forma, entre os mecanismos pensados para o suprimento de “incertezas” quanto ao suporte magnético, criou-se o sistema de assinatura digital e certificação eletrônica.

A assinatura eletrônica tem como escopo a garantia de que o autor chancelou o integral teor e a legitimidade do documento (utilizado no sentido amplo), equiparando-o ao ato voluntário que consignasse a sua assinatura física em um documento cartular.

A assinatura digital, naturalmente, deve estar munida do cumprimento de requisitos essenciais à sua validade, o que se mostra imprescindível para que confira a necessária segurança do meio. Pela explicação de Regis de Queiroz (2000, p. 398), podem-se obter noções preliminares acerca do mecanismo.

Para que um sistema de assinatura digital tenha a mesma força que a assinatura autográfica, é preciso que, à sua maneira, ele também preencha os requisitos que garantam a identidade, integridade e perenidade do conteúdo: o uso e o controle da chave privada devem ser exclusividade do proprietário, permitindo a individualização da autoria da assinatura (função declarativa); a autenticidade da chave privada deve ser passível de verificação, a fim de ligar o documento ao seu autor (autenticação, ligada à função declaratória); a assinatura deve estar ligada ao documento de tal maneira que seja impossível a desvinculação ou a adulteração do conteúdo do documento, sem que tal operação seja perceptível, invalidando automaticamente a assinatura (função probatória).

Atualmente, o processo de assinatura e validação digital é feito por meio da criptografia, pela qual mensagens são convertidas em códigos, ou seja, em caracteres que não podem ser decifrados de uma forma ordinária.

Considerando que criptografia é a ciência que torna dados incompreensíveis, mantendo a exclusividade da execução da tradução destes (dados) e que chave, na internet, é um conjunto de dados usado para tornar inacessível a mensagem criptografada, assim como, no segundo momento,

possibilitar o seu retorno à formatação original da mensagem, pode-se explicar o procedimento da assinatura eletrônica da forma descrita a seguir.

A criptografia assimétrica, tida como a mais segura modalidade da técnica (há também a criptografia simétrica), consiste na codificação de uma mensagem e criação de uma “chave privada”, associada à codificação da mensagem. Emite-se, no procedimento, ainda, uma “chave pública”, como único mecanismo capaz de decodificar a aludida mensagem criptografada.

Dessa forma, na dinâmica da assinatura digital, o emissor da mensagem fica de posse da chave privada, sendo que os destinatários de suas mensagens ficam com a chave pública.

Na hipótese de haver qualquer tentativa de alteração no documento criptografado, fica a chave pública impossibilitada de abri-lo e acessar o conteúdo, restando evidente a tentativa de corrupção do arquivo. Por outro lado, uma vez aberto o documento com a utilização da respectiva chave pública, decodificando a mensagem, fica demonstrada a autenticidade da assinatura e teor do documento eletrônico.

Todo o procedimento é controlado pela ICP-Brasil, criada pela já mencionada Medida Provisória 2.200-2 de 24 de agosto de 2001 (BRASIL, 2001), composta por uma autoridade gestora de políticas e por uma cadeia de autoridades certificadoras a ela subordinada.

Cabe à Autoridade Certificadora Raiz aplicar as políticas e normas aprovadas pelo comitê gestor, bem como gerenciar as Agências Certificadoras e seus certificados emitidos. As ACs, portanto, são as entidades credenciadas a emitir os certificados digitais, vinculando os pares de chaves acima mencionados ao seu respectivo titular.

Percebe-se que o procedimento instituído pela medida provisória é imprescindível para a garantia de segurança das práticas de assinatura digital e certificação, eis que, ausente a cadeia de certificações necessárias, a confiabilidade do documento digital estaria enfraquecida, e por via reflexa os negócios deles derivados.

Cumpra observar que o procedimento da certificação e assinatura digital, ao conceder maior segurança aos negócios entabulados eletronicamente, agregou a estes vantagens como a dificuldade de se aduzir invalidade ao contrato eletrônico; a certeza de identidade das partes envolvidas; garantia de integridade dos documentos, além do maior dinamismo e proficiência às operações.

3 Das centrais de registro, custódia, compensação e liquidação de títulos

A dinâmica de operações dos títulos escriturais conta, incondicionalmente, com as centrais de registro, custódia, compensação e liquidação de títulos escriturais. Autorizados pelo Banco Central, representam papel de destaque nas operações, pois são oficialmente responsáveis pelo registro e demais processamentos eletrônicos que acompanham a criação e negociação dos títulos.

No âmbito dos títulos escriturais emitidos pelo governo, o Banco Central, pela Circular 2.227, de 29 de abril de 2001, conta com o Sistema Especial de Liquidação e Custódia (BRASIL, 1992). A instituição é responsável, também, pelo registro dos depósitos interfinanceiros cujos depositários sejam bancos comerciais e caixas econômicas.

Quanto aos títulos escriturais privados, as duas instituições autorizadas, até o ano de 2017, eram: Central e Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (Cetip); e a Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia – pertencente à BM&FBovespa.

Integradora do mercado financeiro, a Cetip consistia em uma companhia de capital aberto, e, em decorrência da outorga de competência da administração federal, realizava os serviços de registro, central depositária, negociação e liquidação de ativos e títulos escriturais de quase a totalidade das Cédulas de Crédito Imobiliário registradas no país.

As operações envolvendo os títulos são feitas por meio de um conjunto de módulos e serviços, integrantes de uma plataforma eletrônica operacionalizada pela instituição, destinados, entre outras finalidades, ao registro de operações realizadas pelos títulos escriturais.

No ano de 2017, a Comissão de Valores Mobiliários aprovou a incorporação da Cetip pela Bovespa, que passou à designação social de B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão. Não obstante a incorporação da entidade, as marcas da BM&FBovespa e da Cetip e de produtos e serviços, câmaras de compensação e liquidação, central depositária e sistemas de registro, bem como os normativos que disciplinam as atividades da BM&FBovespa e da Cetip, não sofreram alterações significativas.

O módulo eletrônico é integrado, sendo que as instituições participantes, tais como registradoras/emissoras e custodiantes, possuem acesso à plataforma virtual administrada pela B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão, podendo realizar as operações que lhes competem, como o registro de um crédito constituído em um título escritural, seu acompanhamento, entre outros.

Lembre-se de que os participantes das operações possuem papel e legitimidade de figuração definidos, tais como as instituições registradoras e custodiantes, detentoras dos créditos, que podem ser banco comercial (inclusive banco cooperativo), bancos de investimento, banco múltiplo, banco de desenvolvimento, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, entre outros.

Cumprido ressaltar, todos os mecanismos eletrônicos e a administração das operações são gerenciados, no âmbito privado, pela B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão, o que denota a importância de sua existência e função.

4 Do título eletrônico e da revisão dos princípios

O paulatino abandono da cédula e as consecutivas modificações no direito cambiário foram assim mencionadas por Fábio Ulhoa Coelho:

No mínimo, importantes transformações, já em curso, alterarão a substância do direito cambiário. O quadro é provocado pelo extraordinário progresso no tratamento eletrônico das informações, o crescente uso dos recursos da informática no cotidiano da atividade de administração do crédito. De fato, o meio eletrônico vem substituindo paulatinamente e decisivamente o meio papel como suporte de informações. (COELHO, 2010, p. 395)

Os títulos caminham, em razão das modificações tecnológicas, para a desmaterialização, ou o efeito de utilização de substituir o papel pelos documentos gerados eletronicamente, valendo-se as práticas empresariais dos títulos escriturais (não cartulares).

A existência inevitável do processo de virtualização nas relações cotidianas é assim citada por Francisco de Paula:

De fato, a desmaterialização ou o abandono do papel, no todo ou em parte, constitui um fenômeno que, malgrado esteja longe de sua maturação, está em plena evolução nas esferas pública e privada das sociedades. Aliás, ao se analisar a desmaterialização, em sentido extenso, tomando-se por parâmetro alguns países em que se manifesta, percebe-se que o universo dos setores atingidos, a dimensão e as perspectivas de aprofundamento do fenômeno variam de conformidade com o estágio de desenvolvimento econômico e tecnológico de cada um. (SOUZA, 2006, p. 65)

O movimento de virtualização das operações cambiais ganhou maior legitimidade com a presença do disposto no art. 889, § 3º do Código Civil, o qual dispõe que:

Art. 889. Deve o título de crédito conter a data da emissão, a indicação precisa dos direitos que confere, e a assinatura do emitente.

§ 1º É à vista o título de crédito que não contenha indicação de vencimento.

§ 2º Considera-se lugar de emissão e de pagamento, quando não indicado no título, o domicílio do emitente.

§ 3º O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo. (BRASIL, 2002)

O artigo legal, embora não resolva as questões centrais (em face da subsidiariedade de sua aplicação), contribuiu para ampliar o espectro da criação de novos títulos de crédito, sobretudo os escriturais.

Não há dúvidas de que os avanços oriundos da tecnologia contribuem para o desenvolvimento das práticas empresariais, potencializam a mobilização e circulação de crédito, e, em última instância, multiplicam a circulação de riquezas. Todavia, as importantes modificações impõem a possibilidade de choque com princípios que sempre estearam o direito cambial, o que deve ser objeto de sérios estudos acerca do tema.

O enfrentamento de tais questões se faz necessário a fim de se adequar o direito a essas novas práticas mercantis, que já se encontram em curso e a grande velocidade. Sabe-se que as práticas, se significativas o suficiente para gerar mudanças, antecedem ao direito empresarial, pois sua flexibilidade (necessária) assim o permite.

Tullio Ascarelli assim descreve o desenvolvimento das soluções jurídicas acerca das mudanças na *práxis* comercial: “as soluções que hoje se nos deparam, obteve-as o direito gradativamente, nem seria, aliás, possível, obtê-las de outro modo, pois que as soluções reais são fruto da experiência e não surgem de chofre, perfeitas e acabadas com uma teoria e decreto” (ASCARELLI, 1947. p. 104).

Assim, necessário se faz cotejar o fenômeno da desmaterialização dos títulos e a sua subsunção aos princípios cambiais clássicos, afinal, estes (os princípios) possibilitam-lhes segurança, circulabilidade, autonomia, entre outras características ínsitas, responsáveis pela força negocial e jurídica dos títulos de crédito.

4.1 Do conceito

Vivante, partindo da definição de Brunner, propôs a definição de que o “Título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado” (VIVANTE, 2003).

A coesão do conceito foi fonte basilar para a estruturação dos princípios gerais cambiais, o qual ultrapassou o século e foi reproduzido no “recente” Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

A precisa definição, ainda nos dias de hoje, presta-se a formatar parte dos alicerces de um conceito acerca dos títulos de crédito, contudo, em razão das já mencionadas modificações nas relações cambiais hodiernas, se faz necessária a inserção de novos elementos estruturais, decorrentes das práticas outrora inexistentes.

Nesse sentido, o presente trabalho acadêmico propõe adesão à definição mencionada por Jean Carlos Fernandes, em seu livro *Teoria Contemporânea dos Títulos de Crédito*, elaborada da seguinte forma:

Título de crédito é o documento, cartular ou eletrônico, indispensável para o exercício e a transferência do direito cambial literal e autônomo nele mencionado ou registrado em sistema de custódia, transferência e liquidação legalmente autorizado, bem como para a captação de recursos nos mercados financeiros ou de capitais, dotado de executividade por si ou por certidão de seu inteiro teor emitida pela instituição registradora. (FERNANDES, 2012)

A conceituação mostra-se precisa acerca das diversas modificações ocorridas no mercado de crédito, aportando atributos que, se antes sequer existiam, hoje são essenciais para a nova realidade enfrentada nas relações cambiais.

4.2 Da cartularidade

Primeiramente, cabe analisar a inserção já bastante comentada no presente trabalho, a da possibilidade de descartularização (desmaterialização) do título, que não mais se apresenta, necessariamente, na forma cartular.

De fato, grande parte do crédito negociado atualmente, é constituída através de registro eletrônico, sendo a sua circulação e liquidação se dado da mesma maneira. Os títulos cartulares não deixaram de existir (letra de câmbio, nota promissória, cheque, entre outros), porém representam negócios de pequeno vulto, não destinados à mobilização de créditos necessária ao fomento de várias atividades econômicas.

O princípio da cartularidade, portanto, não mais se adéqua à nova formatação das relações de crédito, de sorte que a reestruturação dos princípios basilares passa por sua mitigação e integração a um “novo” princípio mais adequado, o princípio da documentabilidade.

Acerca da adequação proposta, ensina Jean Carlos Fernandes que:

O princípio da documentabilidade, extensivo a todos os títulos, melhor se aperfeiçoa aos títulos de crédito escriturais, em nada prejudicando os títulos cartulares. Tratando-se, assim, de título de crédito cartular (letra de câmbio, nota promissória, cheque, cédula de crédito bancário, entre outros), a apresentação física do título é indispensável para o exercício do direito nele materializado (documentabilidade cartular). (FERNANDES, 2012. p. 39-40)

Por outro lado, sendo um título de crédito escritural e nominativo, os registros eletrônicos (documentabilidade-escritural) ou a apresentação de certidão expedida pela instituição registradora (Cetip, por exemplo) alicerçam o exercício do direito cambiário, principalmente em se de processo de execução, como previsto para a Letra Financeira, no artigo 38, §1º, da Lei 12.249, de 11 de junho de 2010 (BRASIL, 2010).

Acrescenta-se que a documentabilidade escritural e cartular podem ocorrer de forma simultânea em momentos distintos de operações envolvendo um título de crédito, o que se realiza através da “transmutação de suporte”.

Em um de seus artigos, o autor Fábio Ulhoa COELHO (2010) criou a referida expressão, com o fito de explicar a possibilidade de se transpor um título de crédito cartular para a modalidade eletrônica, sem que, para tanto, se perca a juridicidade, senão vejamos:

Como ainda se encontra, aqui e acolá, alguma resistência em relação ao novo suporte documental e ninguém quer assumir o risco de ver desconstituído o seu direito ao crédito (ou menos pior, não reconhecida sua executividade, liquidez e certeza), tem-se adotado a sistemática de o emitir em papel, promovendo-se em suporte eletrônico a circulação e liquidação. Verifica-se o que eu proponho chamar de “transmutação de suporte: o título de crédito papelizado torna-se eletrônico e, caso não adimplido, retorna ao antigo suporte para fins de cobrança judicial. (ULHOA, 2008, p. 96)

Mais à frente, explica o doutrinador que:

a transmutação do suporte – esta nova figura do direito cambiário que associa ao título de crédito suportes variados ao longo do tempo – está claramente estabelecida na lei brasileira em pelo menos dois instrumentos cambiários, a Cédula de Produto Rural CPR, e os Títulos do Agronegócio (Warrant Agropecuário – WA e Conhecimento de Depósito Agropecuário – CDA). (ULHOA, 2008, p. 96)

Vê-se que a cartularidade não desaparece por completo no atual contexto das relações de crédito; entretanto o princípio dá lugar ao princípio da Documentabilidade, mais abrangente, o qual determina que o crédito deve ser representado por um documento, seja ele cartular ou escritural. Cabe anotar que a desejada segurança expressada no princípio continua a existir, na medida em que não se pode exigir um direito creditório que não esteja registrado, seja no papel ou em um meio eletrônico.

A título de elucidação, é pertinente se elencarem, alguns títulos de crédito cujo registro e(ou) circulação se dão ou de forma exclusivamente escritural (não cartular) ou admitem as duas possibilidades em determinados momentos da operação, o que ocorre por meio da mencionada transmutação de suporte:

- a) Conhecimento de Depósito Agropecuário (CDA): Lei 11.076, de 30 de dezembro de 2004 (cartular e escritural) (BRASIL, 2004);
- b) Warrant Agropecuário (WA): Lei 11.076/2004 (cartular e escritural);
- c) Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA): Lei 11.076/2004 (BRASIL, 2004) (cartular e escritural);
- d) Letra de Crédito do Agronegócio (LCA): Lei 11.076/2004 (BRASIL, 2004) (cartular e escritural);
- e) Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA): Lei 11.076/2004 (BRASIL, 2004) (cartular e escritural);
- f) Cédula de Produto Rural: Lei 8.929, de 22 de agosto de 1994 (BRASIL, 2004) (cartular ou escritural);
- g) Cédula de Crédito Bancário (CCB): Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004 (Cartular ou escritural) (BRASIL, 2004);
- h) Certificado de Cédulas de Crédito Bancário (CCCA): Lei 10.931/2004 (Cartular ou escritural) (BRASIL, 2004);
- i) Letra de Crédito Imobiliário (LCI): Lei 10.931/2004 (BRASIL, 2004) (Cartular ou escritural);
- j) Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI): Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997 (Escritural) (BRASIL, 2004);
- k) Letra de Arrendamento Mercantil (LAM): Lei 11.882, de 23 de dezembro de 2008 (Cartular ou escritural) (BRASIL, 2008);
- l) Letra Financeira (LF): Lei 12.249/2010 (Escritural) (BRASIL, 2010);
- m) Cédula de Crédito Imobiliário (CCI): Lei 10.931/2004 (Cartular ou escritural) (BRASIL, 2004).

4.3 Da literalidade

O princípio da literalidade, já trabalhado em tópico anterior, não sofre abalo em razão da descarterização do título: continua sendo imperioso para a validade e funcionalidade da relação cambial.

Isso porque, assim como impinge o princípio sobre os títulos cartulares, também na modalidade escritural, só valerá para o mundo jurídico o que estiver registrado no respectivo suporte eletrônico.

Na prática, o princípio da literalidade fará com que somente se gerem direitos sobre o que estiver consignado no registro eletrônico da instituição registradora, podendo ser comprovada (se necessário) por certidão de inteiro da referida instituição. Tal explicação, por óbvio, cinge-se à situação em que o título estiver sobre a modalidade escritural.

Como já mencionado em capítulo anterior, a autenticidade, a integridade e a validade jurídica das informações eletrônicas podem ser garantidas por meios já considerados seguros, como a assinatura e certificação digital, geridas por órgão institucional (ICP-Brasil).

4.4 Da autonomia

Quanto ao princípio cambiário da autonomia, também não se revela maculado ante ao título de modalidade escritural, garantindo, de igual modo, a circulabilidade própria dos títulos de créditos, tão essencial à sua eficácia.

Nesse sentido, elucidou Jean Carlos Fernandes acerca do tema, ao dissertar que:

Igualmente, o princípio da autonomia, do qual decorrem os princípios da abstração, independência das obrigações cambiárias e inoponibilidade de exceções pessoais, mantém a sua higidez e importância para a circulação dos títulos de crédito, mesmo nos títulos escriturais. (FERNANDES, 2012)

Tanto é assim que as transferências dos títulos de crédito escriturais operados junto à instituição registradora possuem os mesmos efeitos jurídicos do endosso, ou seja, responsabilidade solidária do endossante, salvo exclusão legal ou aposta no título e incidência do princípio da inoponibilidade das exceções pessoais, conforme previsto no artigo 45, §3º, da Lei 10.931/2004 (BRASIL, 2004). Continua se tratando de transmissão de direitos independentes e autônomos, com a segurança pela identificação dos envolvidos certificada por um conjunto de autoridades que compõem a ICP-Brasil.

A Lei 10.931/2004 (BRASIL, 2004), mencionada pelo autor, que dispõe sobre o patrimônio de afetação e alguns títulos de crédito, como Cédula de Crédito Bancário e Cédula de Crédito Imobiliário (objeto final do presente estudo), de fato prevê que o título de crédito que tenha sido objeto de desconto, pode ser objeto de redesconto junto ao BCB, desde que transferidos à propriedade deste, por meio da inscrição um “termo de tradição eletrônico”.

A citada inscrição (condição para a transferência dos direitos creditórios) se dá, portanto, de forma eletrônica, e produz os mesmos efeitos jurídicos do endosso, como bem observado pelo doutrinador, e visualizado no texto da norma, abaixo transcrita:

Art. 45. Os títulos de crédito e direitos creditórios, representados sob a forma escritural ou física, que tenham sido objeto de desconto, poderão ser admitidos a redesconto junto ao Banco Central do Brasil, observando-se as normas e instruções baixadas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 1º Os títulos de crédito e os direitos creditórios de que trata o caput considerar-se-ão transferidos, para fins de redesconto, à propriedade do Banco Central do Brasil, desde que inscritos em termo de tradição eletrônico constante do Sistema de Informações do Banco Central - SISBACEN, ou, ainda, no termo de tradição previsto no § 1º do art. 5º do Decreto nº 21.499, de 9 de junho de 1932, com a redação dada pelo art. 1º do Decreto nº 21.928, de 10 de outubro de 1932.

§ 2º Entendem-se inscritos nos termos de tradição referidos no § 1º os títulos de crédito e direitos creditórios neles relacionados e descritos, observando-se os requisitos, os critérios e as formas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 3º A inscrição produzirá os mesmos efeitos jurídicos do endosso, somente se aperfeiçoando com o recebimento, pela instituição financeira proponente do redesconto, de mensagem de aceitação do Banco Central do Brasil, ou, não sendo eletrônico o termo de tradição, após a assinatura das partes. (BRASIL, 2004)

O princípio da autonomia se mantém íntegro nos títulos não cartulares, razão pela qual não se visualizam restrições, por força da diferenciação de suporte, em qualquer dos subprincípios decorrentes (abstração, independência das obrigações cambiárias e inoponibilidade de exceções pessoais).

Diferente não poderia o ser, tendo em vista que tal princípio garante aos títulos a circulabilidade, a segurança e certeza da eficiência da transferência do crédito por meio de um título. Sem tais atributos, certamente os créditos escriturais estariam fadados ao insucesso, não é, entretanto, o que se vislumbra no mercado.

Conclusão

O avanço da informática munuiu o mundo empresarial de facilitadores, ocasionando a sua expansão e a assunção de práticas mais modernas e ágeis, trata-se da utilização dos meios eletrônicos.

Progressivamente, as etapas das operações que envolvem crédito têm se valido da tecnologia eletrônica, sendo que o titular do crédito procede à apropriação dos direitos decorrentes no meio magnético, também eletronicamente o transferem a uma instituição financeira, a título de desconto, caução de empréstimos, cobrança de obrigação sobre o devedor, dentre outros.

Os títulos caminham, em razão das modificações tecnológicas, para a desmaterialização, ou o efeito de utilização de substituir o papel pelos documentos gerados eletronicamente, valendo-se as práticas empresariais dos títulos escriturais (não cartulares).

Não há dúvidas de que os avanços oriundos da tecnologia contribuem para o desenvolvimento das práticas empresariais, potencializam a mobilização e circulação de crédito, e, em última instância, multiplicam a circulação de riquezas, entretanto, incertezas e certa desconfiança ainda pairam acerca de segurança de tais operações. Tais dúvidas apenas serão dirimidas, contudo, por meio do desenvolvimento e conhecimento de tais práticas, as quais deverão ser mais bem compreendidas pelas partes envolvidas e pelos operadores do direito. Nesse sentido, está pautado o intuito pretendido no presente estudo.

Referências

- ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. Campinas: Red Livros, 1945.
- BORGES, Eunápio. **Título de crédito**. 2. ed. Rio e Janeiro: Forense, 1972.
- BULGARELLI, Waldirio. **Títulos de crédito**. 12. ed. atual. São Paulo: Atlas, 1996.
- BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 25 jan. 2016.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 25 jan. 2016.
- BRASIL. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. **Dispõe sobre a informatização do processo judicial**; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 12 jan. 2016.
- BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 15 jan. 2016.
- BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 25 jan. 2016.
- BRASIL. Medida Provisória n. 2.200, de 28 de junho de 2001. **Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2200.htm. Acesso em: 5 jan. 2016.
- BRASIL. Medida Provisória n. 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. **Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências**. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em: 5 jan. 2016.
- CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- COSTA, Wille Duarte. **Títulos de crédito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FERNANDES, Jean Carlos. **Teoria contemporânea dos títulos de crédito: imperativos principiológicos sob a ótica das teorias pós-positivistas**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- FERNANDES, Jean Carlos; TOLEDO, Alejandro Melo. **Desmaterialização e imaterialização dos títulos de crédito do agronegócio e a sua executividade**. Disponível em http://media.wix.com/ugd/63c759_1b27f108410f4888b62284a531bacobo.pdf. Acesso em: 12 nov. 2014.
- FREITAS, Caub Feitosa. **Direito Comercial: títulos de crédito: incursões no Mercosul**. Goiânia: AB, 2000.
- MATIAS, Armindo Saraiva. A insolvência do Direito Bancário. **Direito & Justiça**, v. 19, n. 2, 2005
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Cambiário**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NESPOR, Stefano; CESARIS, Ada Lucia de. **Internet e la legge**. 2. ed. Milão: Ulrico Hoepli, 2001, p. 56 *apud* GARDINO, Adriana Valeria Pugliesi. Títulos de crédito eletrônicos: noções gerais e aspectos processuais. In: PENTEADO, Mauro Rodrigues (Coord). **Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do novo Código Civil (análise dos artigos 887 a 903): títulos de crédito eletrônicos (alcance e efeitos do art. 889 e legislação complementar)**. São Paulo: Walmar, 2004.

QUEIROZ, Regis Magalhães Soares de; FRANÇA, Henrique de Azevedo Ferreira. **A assinatura digital e o tabelião digital**. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). **Direito & Internet**. São Paulo: EDIPRO, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Títulos de crédito: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SADDI, Jairo. **Crédito e judiciário no Brasil: uma análise de Direito & Economia**. São Paulo: QuartierLatin, 2007.

VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

O Papel do Inquérito do Banco Central em Casos de Liquidação Extrajudicial na Detecção de Crimes Financeiros

Marcos Dias de Oliveira*

Introdução. 1 O inquérito do BC e eventual sinalização de crimes financeiros. 2 A decretação do regime de liquidação extrajudicial. 2.1 A Comissão de Inquérito. 3 O Inquérito. 3.1 As irregularidades. 3.2 O exame técnico-contábil. 3.3 Os auditores independentes. 3.4 Os objetivos. 4 As recomendações e eventuais indícios de crime contra o SFN. 4.1 Crimes financeiros sensu lato. 4.2 Crimes ligados à PLD/FT. Conclusão. Referências.

Resumo

O escopo deste artigo é avaliar o potencial do inquérito em instituições financeiras em liquidação extrajudicial para a detecção de crimes econômicos. Crimes de colarinho branco têm recebido maior atenção da mídia, da academia e dos legisladores nas últimas décadas. Um dos motivos para isso é a constatação de que o dano que eles causam suplanta em larga medida aquele dos crimes ditos comuns. O sistema financeiro costuma ser uma das áreas de atuação dos criminosos que promovem, dentre outros crimes, fraudes financeiras e lavagem de dinheiro. O Banco Central do Brasil (BCB) é o responsável por monitorar, supervisionar e regulamentar o Sistema Financeiro Nacional (SFN). Ao decretar a liquidação extrajudicial de determinada instituição financeira, conduzirá inquérito administrativo para apurar as causas da queda, o montante de eventual prejuízo causado a terceiros e os responsáveis por ele. A investigação levada a cabo durante o inquérito pode apontar, em tese, para indícios de crimes financeiros que a empresa pode ter cometido.

Palavras-chave: Crimes de colarinho branco. Liquidação extrajudicial. Inquérito administrativo. Crimes financeiros. Lavagem de dinheiro. Crimes econômicos.

* Servidor do Banco Central do Brasil, PhD em Administração pela *University of Birmingham*, Reino Unido, graduando em Direito pelo IDP.

The role of the Central Bank inquiry in extrajudicial liquidation cases on the detection of financial crimes

Abstract

The scope of this paper is to assess the potential of the inquiry in financial institutions under extrajudicial liquidation to detect economic crimes. White-collar crimes have received greater attention from media, academia and legislators over the last few decades. One of the reasons for this is the realization that the damage they cause greatly surpasses that of the so-called common crimes. The financial system is often a field where criminals promote, amongst other crimes, financial frauds and money laundering. The Central Bank (BC) is responsible to monitor, supervise and regulate the Financial Monetary System (SFN). When it determines the extrajudicial liquidation of a given financial institution, it will carry out an administrative inquiry to establish the causes of its fall, the amount of any losses caused to third parties, and the ones responsible for it. The investigation carried out during the inquiry can point to, theoretically, indications of financial crimes that the company may have committed.

Keywords: *White-collar crimes. Extrajudicial liquidation. Administrative inquiry. Financial crimes. Money laundering. Economic crimes.*

Introdução

Crimes de colarinho branco foram assim denominados para evidenciar sua contraposição aos crimes cometidos por membros da classe trabalhadora, alcunhados de *blue-collar workers* em razão da cor típica de seu uniforme de trabalho na indústria norte-americana. Enquanto esse tipo de crime era, de regra, cometido pelas categorias econômicas no extremo mais baixo do espectro social, aquele era crime sofisticado, sem violência, usualmente cometido por executivos com alto nível educacional.

Com o passar das décadas, os crimes “dos poderosos”, como também são conhecidos, começaram a chamar a atenção da academia e dos legisladores, principalmente quando constatado o potencial de dano às vítimas envolvidas, muito superior, do ponto de vista econômico, ao dos crimes cotidianos, que correspondiam à quase totalidade das ações de segurança pública.

A legislação penal, de regra, reage ao fato depois que ele já ocorreu e, se por um lado os crimes classificados como comuns, por se repetirem com frequência, já eram cobertos por dispositivos legais, os crimes de colarinho branco, por outro lado, eram menos previsíveis, o que contribuía para a impunidade de quem os praticava.

O Direito Penal Econômico abrange uma série de ações ilícitas que podem ser levadas a cabo em qualquer tipo de empresa, como fraude, desvio de recursos de clientes, falsificações, dentre outras. Alguns crimes, no entanto, são mais comuns em áreas específicas, como, por exemplo, a área financeira. Detectar esse tipo de crime torna-se mais factível se não apenas a polícia estiver envolvida em sua investigação, mas se outros órgãos ligados à área puderem colaborar com sua prevenção e identificação.

O Banco Central do Brasil (BCB), por exemplo, por meio de sua área de supervisão, pode identificar quando a atuação de determinada instituição financeira não está adequada ao que determina a legislação e ao que sugerem as boas práticas para o setor, elevando o risco para seus clientes e, em última análise, para o Sistema Financeiro Nacional (SFN). Em situações extremas, o BCB pode decretar a intervenção ou a liquidação extraordinária de uma instituição financeira nessa situação e instaurar inquérito administrativo para investigá-la.

Desse modo, o objetivo deste trabalho é avaliar o potencial que o inquérito instaurado pelo BCB em instituições financeiras em liquidação extrajudicial tem para identificar indícios de crimes financeiros por ela porventura cometidos. A hipótese de partida é de que a ação do BCB pode contribuir efetivamente para o combate a alguns tipos daqueles crimes.

O tema possui relevância política, social e acadêmica porque pode gerar informação que seja considerada no debate para elaboração de legislação que vise aprimorar a identificação e a prevenção de crimes financeiros, além de estimular pesquisa empírica sobre o assunto, o que pode envolver outros atores governamentais além dos naturalmente criados para o combate ao crime.

1 O inquérito do BCB e eventual sinalização de crimes financeiros

A despeito na noção já citada, de que os crimes são cometidos pelas categorias sociais menos favorecidas e, desse modo, estariam ligados à pobreza de determinada sociedade, nem todos os autores concordam com a aparente correlação entre crime e pobreza. Edwin Sutherland, por exemplo, afirma que tais explicações são inadequadas e incorretas, principalmente por se basearem em amostras enviesadas, uma vez que os “criminólogos têm utilizado estudos de caso e estatísticas criminais derivados dessas agências da justiça criminal como sua principal base de dados” (SUTHERLAND, 2014, p. 94). Para o autor, o comportamento criminoso de empresários e de outros profissionais é uma das áreas mais negligenciadas pela Criminologia.

Sutherland (2014, p. 95) explana, ainda, que a criminalidade de colarinho branco nos negócios

[...] manifesta-se com maior frequência na forma de **deturpação de demonstrativos financeiros** de corporações, manipulação na bolsa de valores, corrupção privada, corrupção direta ou indireta de servidores públicos a fim de obter contratos e leis favoráveis, vendas e publicidades enganosas, apropriação indébita e **uso indevido de ativos**, adulteração de pesos e medidas e falsificação de mercadorias, fraudes fiscais, uso impróprio de valores em **recuperações judiciais e falências**. [Grifos nossos]

As situações grifadas na citação supra são algumas das que podem aparecer durante a condução dos inquéritos do BCB em instituições financeiras em regime de liquidação extrajudicial.

O sistema financeiro de um dado país é uma das fontes de informação a respeito de sua saúde econômica. Embora, na atualidade, todos os países estejam sujeitos a oscilações econômicas resultantes de acontecimentos globais, aqueles que têm sistema financeiro mais robusto podem se sair melhor em crises econômicas, que são cíclicas.

E são exatamente as crises cíclicas que parecem ter influência na maior ou menor preocupação com a criminalidade de colarinho branco (MACHADO & QUESADO, 2019, p. 135). Com efeito, crises econômicas recentes têm provocado grandes manifestações públicas ao redor do mundo, das quais são exemplos movimentos como *Occupy Wall Street*, nos EUA, e os protestos contra os

escândalos do Mensalão e o uso de verbas públicas na Olimpíada e na Copa do Mundo, no Brasil (LEVI, 2017, p. 325).

A relação desse tipo de crime com a economia, todavia, nem sempre fica claramente conceituada. Embora Sutherland (2014) já apontasse para atos de indivíduos como produtores de ações ilícitas, Gregg Barak (2015, p. 105) salienta que, em relação aos *crimes of the powerful*,

[...] no começo do século XXI, quando criminologistas, acadêmicos, advogados e ativistas de direitos humanos falam sobre crimes dos poderosos, eles não se referem principalmente à violações criminais individuais. Em vez disso, estão se referindo a crimes da economia ou a crimes de acumulação e reprodução do capital. Dentro dos interesses e relações predominantes do capital global, tais crimes incluem aqueles arranjos políticos e econômicos institucionalizados que estrutural e rotineiramente produzem dano, prejuízo e vitimização. As contradições da legalidade burguesa são parte e parcela da formação do capital e das atividades associadas que fizeram essas violações ideologicamente normativas ou culturalmente aceitáveis. Em outras palavras, os crimes dos poderosos se referem àquelas transgressões que simplesmente normalizam a vitimização como “o custo de fazer negócios” a como “dano colateral”!

No entanto, apesar da visão de que os poderosos apenas reproduzem no nível micro as mazelas do capitalismo, não há como negar que suas ações nem sempre são lícitas. De fato, no início do decênio de 1980, Fragoso (1982, p. 122) chamava a atenção para o fato de que já havia “consciência universal de que existe uma criminalidade grave contra o patrimônio e a ordem econômica social, praticada por pessoas ‘respeitáveis’, que causa extenso dano, incomparavelmente maior do que o produzido pela criminalidade convencional”.

É daquelas ações ilícitas, que seriam assim classificadas em qualquer sistema de produção e, portanto, que não são exclusividade do sistema capitalista, que trata o BCB quando decreta a liquidação extrajudicial de uma instituição financeira e instaura inquérito para investigar as razões pelas quais sua situação chegou àquele ponto.

2 A decretação do regime de liquidação extrajudicial

O regime de liquidação extrajudicial é decretado pelo BCB consoante o contido no art. 1º da Lei 6.024, de 13 de março de 1974, sendo atribuição de seu presidente (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2020a, p. 11), que o faz por meio de documento intitulado Ato do Presidente, cujas informações constarão do relatório do inquérito, tais como número, data da decretação, dados da publicação no Diário Oficial da União (DOU), bem como nome, CNPJ e cidade onde está sediada a instituição financeira, além do motivo da decretação do regime.

Outra ação importante é a publicidade dada à decretação, feita em seguida a esta, por meio de Comunicado do BCB ao mercado. O chefe do departamento responsável pelo acompanhamento da liquidação extrajudicial, por intermédio daquele comunicado, informa às instituições financeiras, às demais instituições autorizadas a funcionar pelo BCB, às bolsas de valores e às entidades autorizadas a exercer a atividade de registro de ativos financeiros e de valores mobiliários a decretação da liquidação extrajudicial da instituição financeira, a nomeação do liquidante e a incidência de indisponibilidade sobre os bens dos controladores e ex-administradores que atuaram

1 Tradução livre do autor.

nos doze meses anteriores à data da decretação, conforme dispõe o artigo 36, da Lei 6.024, de 1974, e o art. 2º da Lei 9.447, de 14 de março de 1997.

O comunicado, além de se prestar a veicular as informações ao mercado, também serve de instrumento para atender ao que preconiza o princípio da publicidade das ações da Administração Pública, que “está ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado, em conexão direta como o princípio democrático, e pode ser considerado [...] na perspectiva da atuação da Administração Pública em sentido amplo” (MENDES & BRANCO, 2013, p. 822/823).

2.1 A Comissão de Inquérito

Decretado o regime de liquidação extrajudicial e divulgada a informação a esse respeito, o passo seguinte é constituir a comissão que vai proceder ao inquérito na instituição em liquidação. Seus membros são designados pelo Diretor de Organização do Sistema Financeiro e de Resolução do BCB, por meio de documento numerado intitulado Ato de Diretor, que também é publicado no DOU. Essa atribuição é conferida ao diretor pelo Regimento Interno do Banco Central (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2020b, p. 25) e está em consonância com o art. 41 da Lei 6.024, de 1974.

A Comissão de Inquérito é formada exclusivamente por servidores do BCB – pelo menos dois, dependendo do tamanho da instituição em liquidação e da complexidade prevista para o trabalho –, um dos quais irá presidi-la, enquanto o(s) outro(s) é(são) designado(s) como relator(es) (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2020c). O prazo inicial concedido para conclusão dos trabalhos é, em geral, de 120 dias, contado a partir da data da instalação da comissão, prorrogável por igual período, se necessário.

Nos termos do art. 41 da Lei 6.024, de 1974, o inquérito tem como objetivo apurar: (i) as causas que levaram à decretação da liquidação extrajudicial da instituição; (ii) o montante dos prejuízos eventualmente causados a terceiros; (iii) as responsabilidades dos controladores e dos ex-administradores pela situação. Em conformidade com o previsto no art. 43 daquela lei, o período de investigação do inquérito compreende os cinco anos anteriores à decretação da liquidação extrajudicial.

3 O inquérito

Ainda na fase inicial do inquérito, são fornecidas informações sobre a constituição da empresa, sua autorização para funcionamento, capital social, eventuais alterações em seu objeto social ou denominação, endereço da sede e de filiais, se existirem, segmento de operação, composição social, controladores e dos períodos de gestão nos último cinco anos antes da decretação do regime de liquidação.

3.1 As irregularidades

Relatadas as informações iniciais, o passo seguinte é a descrição das irregularidades encontradas, tanto pela área de supervisão do BCB quanto pela Comissão de Inquérito. É feito relato sobre fatos que antecederam a decretação do regime especial, sobretudo os apurados durante atividades de supervisão.

O trabalho mais recente da supervisão em relação à liquidanda geralmente serve de base para a tomada de decisão a respeito da decretação do regime especial. Pode ser, por exemplo, no âmbito das atividades de acompanhamento direto, uma verificação especial, que, de regra, tem entre seus objetivos básicos:

1. apurar inconsistências verificadas nos demonstrativos financeiros e os controles internos da instituição financeira;
2. avaliar o risco, imediato ou potencial, que as operações de crédito, as aplicações em títulos e valores mobiliários e os outros créditos a receber representavam para a situação patrimonial e econômico-financeira da instituição;
3. analisar e avaliar a consistência de crédito tributário ativado em determinada data-base;
4. avaliar os principais registros contábeis, entre os quais podem estar:
 - a. títulos e valores mobiliários/cotas de fundos de investimento;
 - b. operações de crédito e respectiva provisão;
 - c. outros créditos, avaliando registros de Rendas a Receber, provenientes do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) – Ministério das Cidades;
 - d. créditos tributários;
 - e. devedores duvidosos por depósitos em garantia;
 - f. devedores diversos/país;
 - g. contingências ativas e passivas;
 - h. obrigações por empréstimos e repasses.

Uma situação que pode ocorrer é que, ao apurar as eventuais deficiências em controles internos, infrações a dispositivos legais e regulamentares e quaisquer evidências de registros contábeis em desacordo com as normas do SFN, pode ser identificado que a instituição, no momento em que adotou tais práticas, não havia demonstrado de forma fidedigna sua situação econômico-financeira.

Quando isso ocorre, a supervisão do BCB aponta para a necessidade de ajustes patrimoniais fundamentados nas disposições regulamentares do BCB e informa isso à instituição. No decorrer do inquérito, as irregularidades anteriormente detectadas pela supervisão são descritas em detalhe e organizadas sistematicamente em quadros, similares à descrição hipotética ilustrada pela Tabela 1.²

Tabela 1 – Modelo de descrição de irregularidade de instituição supervisionada

Irregularidade X	
Descrição da irregularidade	Falta de registro de provisão de dívida trabalhista, após decisão de condenação pela Justiça do Trabalho da Vara XYZ, em ação trabalhista ajuizada por ABC, tendo em vista que deve ser observado por todas as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BCB o disposto no Pronunciamento Técnico CPC XY.
Capitulação	Art. X da Resolução X.XXX/20XX.
determinação da fiscalização	Carta de Inspeção – Interpeção/notificação, determinando o registro da provisão referente a obrigação no valor de R\$XXX.
Obs.:	A instituição recebeu o Termo de Comparecimento XYZ e respondeu, por meio de correspondência datada de XX.XX.XXXX.

Fonte: Elaborada pelo autor.

² Modelo hipotético inspirado na experiência de trabalho do autor quando atuou na área de acompanhamento de Comissões de Inquérito, baseado em informações que servem de orientação genérica para elaboração de relatórios dessa natureza.

A Comissão de Inquérito elabora resumo esquematizado com todas as irregularidades encontradas pela supervisão, bem como outras que eventualmente forem detectadas no curso do inquérito. Em seguida, é realizado o exame técnico-contábil da instituição.

3.2 O exame técnico-contábil

Tal exame começa por informar a situação da contabilidade, dos livros e dos registros de dados, referindo-se a documento elaborado anteriormente pelo liquidante – Termo de Arrecadação de Livros e Documentos –, que relaciona os livros por ele arrecadados, na forma do disposto no art. 20, combinado com o art. 9º da Lei 6.024, de 1974, e com o art. 5º, “c” do Decreto-Lei 2.321, de 25 de fevereiro de 1987.

Também são informados os critérios contábeis adotados pela Comissão de Inquérito para elaboração do balanço na data imediatamente anterior à da decretação do regime especial e para a distribuição dos ajustes contábeis, que tem como premissa básica o estabelecido no art. 40 da Lei 6.024, de 1974, combinado com art. 1º da Lei 9.447, de 1997, que dispõe que os controladores e ex-administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão, até que se cumpram.

Cabe ressaltar que, nas palavras de Airton Florentino de Barros (2009, p. 50),

A solidariedade apontada pela lei não é aquela usada no sentido vulgar, evidentemente, indicando o auxílio voluntário. Os réus não estão sendo chamados a quotizarem-se, contribuindo cada um com o que quer. No sentido jurídico, solidariedade passiva significa obrigação de saldar a dívida no mesmo tempo e pelo total. [Grifos do autor]

Dessa forma, os ajustes decorrentes de fatos originados dentro do período de apuração dos cinco anos que precederam a liquidação extrajudicial são atribuídos à(s) gestão(ões) responsável(is) pela instituição financeira nas datas em que ocorreram.

A seguir, é apresentado o balanço da instituição financeira na data anterior à da decretação do regime de liquidação extrajudicial, com os respectivos ajustes, que é importante para mensurar eventuais prejuízos causados a investidores. De fato, entende a doutrina majoritária que o balanço patrimonial é um ato jurídico e não um simples ato material (COMPARATO, 2010, p. 276).

Caso haja Conselho Fiscal na empresa, sua atuação também é avaliada, para que se verifique se houve responsabilidade de algum dos membros para o desfecho da situação em que se encontra a empresa.

3.3 Os auditores independentes

A atuação dos auditores independentes contratados pela instituição financeira em liquidação extrajudicial também é investigada. A prestação de serviços de auditoria independente para instituições financeiras, regulamentada pela Resolução 3.198, de 27 de maio de 2004,³ envolve auditoria das demonstrações contábeis e, como resultado desse trabalho, devem ser elaborados

³ O Conselho Monetário Nacional delibera por Resoluções, e o BCB é encarregado de torná-las públicas, na forma do art. 9º da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

relatórios: (i) de auditoria (demonstrações contábeis); (ii) de avaliação da qualidade do sistema de controles internos; (iii) de descumprimento de dispositivos legais e regulamentares.

A Comissão de Inquérito identifica quem prestou serviços de auditoria à liquidanda nos cinco anos anteriores à decretação do regime especial e solicita-lhes a remessa dos relatórios previstos no art. 21 do Regulamento Anexo à Resolução 3.198, de 2004, bem como de papéis de trabalho, correspondências, contratos de prestação de serviços e outros documentos relacionados aos trabalhos de auditoria na instituição compreendidos no período sob análise.

De acordo com a Resolução 1.203 (NBC TA 200), de 27 de novembro de 2009, do Conselho Federal de Contabilidade, o objetivo da auditoria independente é aumentar o grau de confiança nas demonstrações contábeis por parte dos usuários. Logo, caso o auditor lance mão dos seus conhecimentos técnicos e aplique corretamente os procedimentos de auditoria, haverá maior grau de certeza de que os relatórios resultem livres de erros e fraudes relevantes.

Desse modo, a Comissão de Inquérito analisa os relatórios que foram fornecidos à liquidanda pelos auditores independentes, para verificar se a queda da empresa poderia ter sido evitada se ela tivesse seguido as recomendações dos auditores independentes ou se houve omissão, negligência ou conivência por parte dos auditores.

3.4 Os objetivos

Feitas aquelas avaliações, a Comissão de Inquérito se debruça sobre seu primeiro objetivo, que é determinar quais foram as causas da queda da instituição. Indicação inicial dos motivos que levaram determinada instituição à situação de regime especial já é dada no ato de decretação, quando é citada a fundamentação legal para cada caso específico. O art. 15 da Lei 6.024, de 1974, determina que

Art. 15. Decretar-se-á a liquidação extrajudicial da instituição financeira:

I - *ex officio*:

- a) em razão de ocorrências que **comprometam sua situação econômica ou financeira** especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência;
- b) quando a administração **violar gravemente as normas legais e estatutárias** que disciplinam a atividade da instituição bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais;
- c) quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a **risco anormal seus credores quirografários**;
- d) quando, **cassada a autorização para funcionar**, a instituição não iniciar, nos 90 (noventa) dias seguintes, sua **liquidação ordinária**, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a **morosidade** de sua administração pode acarretar **prejuízos para os credores**;

II - a requerimento dos administradores da instituição - se o respectivo estatuto social lhes conferir esta competência - ou por proposta do interventor, expostos circunstanciadamente os motivos justificadores da medida.⁴

⁴ Essa situação é rara, correspondendo à fração residual dos casos de liquidação extrajudicial que, em sua maioria, são decretados *ex officio*.

§ 1º O Banco Central do Brasil decidirá sobre a gravidade dos fatos determinantes da liquidação extrajudicial, considerando as repercussões deste sobre os interesses dos mercados financeiro e de capitais, e, poderá, em lugar da liquidação, efetuar a intervenção, se julgar esta medida suficiente para a normalização dos negócios da instituição e preservação daqueles interesses.

§ 2º O ato do Banco Central do Brasil, que decretar a liquidação extrajudicial, indicará a data em que se tenha caracterizado o estado que a determinou, fixando o termo legal da liquidação que não poderá ser superior a 60 (sessenta) dias contados do primeiro protesto por falta de pagamento ou, na falta deste do ato que haja decretado a intervenção ou a liquidação (BRASIL, 1974). [Grifos nossos]

Faz parte do escopo do inquérito avaliar as ocorrências que levaram a instituição ao regime especial e enquadrá-las em uma ou mais das quatro situações descritas nas alíneas “a” a “d” supra.

O segundo objetivo da Comissão de Inquérito é verificar se houve prejuízos causados a terceiros e, em caso positivo, apurar seu montante. Isso é feito por meio da análise do balanço ajustado, fechado na data anterior à decretação do regime especial; em geral, o valor do prejuízo equivale ao Patrimônio Líquido negativo registrado no balanço.

Identificada a existência de prejuízo, o terceiro objetivo da comissão é o de determinar quem são os responsáveis por ele. Quando há apenas uma composição de gestão durante todo o período de cinco anos que precedeu a decretação do regime especial, a totalidade do prejuízo é de sua responsabilidade. Se, no entanto, houver diferentes composições de controladores e/ou ex-administradores no período, calcula-se o prejuízo existente ao final de cada uma das gestões e distribui-se a responsabilidade de cada controlador e ex-administrador proporcionalmente à sua participação nas gestões. Eles são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados, consoante o contido no art. 40 da Lei 6.024, de 1974.

Antes de considerar se crimes financeiros podem, em tese, ter sido cometidos, a preocupação do BCB é interromper eventual fluxo de prejuízos a terceiros. Diferentemente de outras empresas, instituições financeiras, ao “fluírem para dentro de seu patrimônio parcelas significativas da poupança popular, cujos recursos serão utilizados para intermediar e canalizar as correntes de capital a outros setores, revelam-se definitivamente organizações empresariais especiais” (PORTO, 2013, p. 101), que, por conseguinte, demandam atenção especial do Estado (ALCOFORADO, 2006, p. 16).

Após o encerramento do trabalho de apuração, os controladores, ex-administradores e auditores independentes são convidados a apresentar, no prazo de cinco dias comuns para todos, suas alegações e explicações acerca do que foi apurado pela Comissão de Inquérito, em conformidade com o art. 42, da Lei 6.024, de 1974. Todos recebem, também, cópia do documento que, até essa fase, é denominado de Conclusão da Apuração.

Recebidas as alegações, elas são analisadas pela comissão e resumidas para inclusão no relatório final do inquérito. Caso alguma das partes forneça fato novo ou explicação devidamente fundamentada que enseje a modificação de alguma das conclusões preliminares da comissão, isso será feito e incluído no relatório. Caso contrário, as conclusões serão reiteradas e consideradas definitivas para efeito de conclusão do inquérito.

4 As recomendações e eventuais indícios de crime contra o SFN

As recomendações da Comissão de Inquérito abordam, inicialmente, a existência ou não de prejuízos causados a terceiros. Caso não haja, o BCB acata o contido no art. 44, *caput*, da Lei 6.024,

de 1974, que determina que: “Se o inquérito concluir pela inexistência de prejuízo, será, no caso de intervenção e de liquidação extrajudicial, arquivado no próprio Banco Central do Brasil, ou, no caso de falência, será remetido ao competente juiz, que o mandará apensar aos respectivos autos” (BRASIL, 1974).

Cabe ressaltar que a falência pode ser decretada durante o período de liquidação extrajudicial, fato que encerrará o regime especial, conforme determina o art. 19, II, da Lei 6.024, de 1974. A documentação em poder do liquidante será então encaminhada ao juízo que decretou a falência, consoante o contido no art. 49, § 2º, da lei citada, que determina que

§ 2º Se, no curso da ação ou da execução, encerrar-se a intervenção ou a liquidação extrajudicial, o interventor ou o liquidante, por ofício, dará conhecimento da ocorrência ao juiz, solicitando sua substituição como depositário dos bens arrestados ou penhorados, e fornecendo a relação nominal e respectivos saldos dos credores a serem, nesta hipótese diretamente contemplados com o rateio previsto no parágrafo anterior. (BRASIL, 1974)

Todavia, como o inquérito conduzido pelo BCB é independente do trabalho executado pelo liquidante, será conduzido até sua conclusão, não sendo interrompido por eventual decretação de falência da sociedade. Se for constatada a existência de prejuízos a terceiros, a responsabilidade pelo prejuízo apurado é atribuída aos controladores e ex-administradores identificados e qualificados no relatório, e esse, acompanhado dos autos do inquérito, será remetido ao Poder Judiciário, conforme determina o art. 45, caput, da Lei 6.024, de 1974:

Art. 45. Concluindo o inquérito pela existência de prejuízos será ele, com o respectivo relatório, remetido pelo Banco Central do Brasil ao Juiz da falência, ou ao que for competente para decretá-la, o qual o fará com vista ao órgão do Ministério Público, que, em oito dias, sob pena de responsabilidade, requererá o sequestro dos bens dos ex-administradores, que não tinham sido atingidos pela indisponibilidade prevista no artigo 36, quantos bastem para a efetivação da responsabilidade. (BRASIL, 1974)

4.1 Crimes financeiros sensu lato

Além da constatação de existência ou não de prejuízos a terceiros, a comissão pode se deparar, em tese, com indícios de cometimento de crimes contra o SFN, conforme definidos pela Lei 7.492, de 16 de junho de 1986. Como a investigação de crimes não é da alçada do BCB, nesses casos será feita comunicação e remessa de cópia do relatório ao Ministério Público (MP), para apuração e eventual denúncia.

Entre outros, são exemplos os indícios: de gestão fraudulenta; de utilização reiterada de recursos financeiros em finalidade diversa das previstas na legislação em vigor; de apresentação ao BCB de documentos fictícios e de registro contábil de valores inexistentes, de divulgação de informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira; de movimentação de recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação, de realização de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país, todos tipificados pela Lei 7.492, de 1986.

4.2 Crimes ligados à PLD/FT

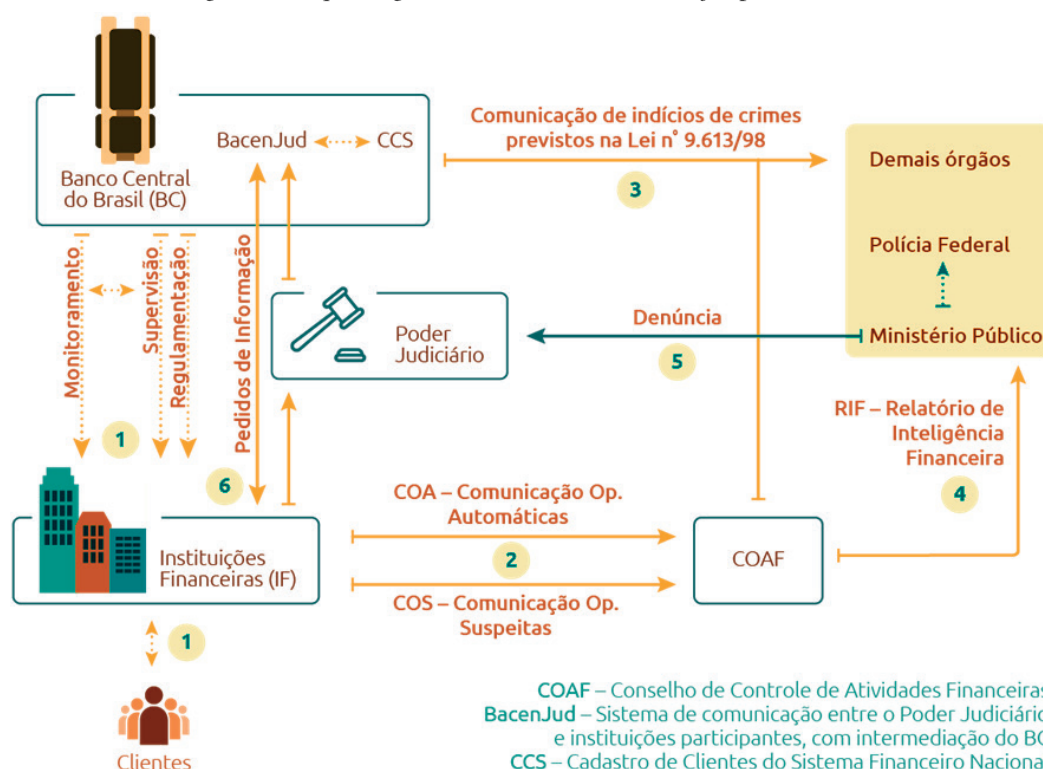
Também não é da alçada do BC comunicar diretamente ao Judiciário a existência de indícios de crimes ligados à prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo (PLD/FT), mas sim do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf). Esse é o órgão responsável por comunicar “às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito” (BRASIL, 1998), nos termos do art. 15 da Lei 9.613, de 3 de março de 1998. A lei dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, a prevenção da utilização do SFN para os ilícitos nela previstos e criou o Coaf.

Pedro Cordeiro (2016, p. 70) define lavar ativos como:

[...] ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou a propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime. Em primeiro lugar, o dinheiro objeto da lavagem deve obrigatoriamente ter-se originado de atividade ilícita. A Lei n. 9.613/1998 elencava expressamente quais seriam esses crimes: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, contrabando ou tráfico de armas, extorsão praticada no crime de sequestro; crimes contra a Administração Pública, contra o sistema financeiro ou os praticados por organização criminosa (quadrilha, máfias) ou por particular contra a administração pública estrangeira.

Portanto, ao se deparar com situações que, em tese, constituam indícios de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo, deve a Comissão de Inquérito sugerir ao BCB o envio do relatório do inquérito e da cópia integral dos autos do inquérito ao Coaf, para providências de alçada. Esse passo está ilustrado na relação 3 da Figurar.

Figura 1 – Esquema gráfico do fluxo de comunicação para PLD/FT



Fonte: Adaptado de Banco Central do Brasil (2020a)

Por sua vez, “O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito” (BRASIL, 1998), nos termos no art. 15 da Lei nº 9.613, de 1998. Isso é, em geral, feito por meio do Relatório de Inteligência Financeira (RIF), representado pela relação 4 da Figura 1. Se o MP entender que, de fato, existem indícios suficientes de autoria e materialidade, pode acionar a Polícia Federal para condução das investigações e oferecerá denúncia ao Poder Judiciário – relação 5 na Figura 1.

O Judiciário pode solicitar informações às instituições financeiras e ao BCB, que atenderá à solicitação por meio do BacenJud⁵ – sistema de comunicação entre o Poder Judiciário e as instituições participantes–, além de utilizar informações armazenadas no Cadastro de Clientes do SFN (CCS), o que está representado pela relação 6 da Figura 1.

A Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que criou o BCB, determina, em seu art. 10, IX, que “Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: [...] Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas” (BRASIL, 1964). Esse comando faz do BCB o responsável por monitorar, supervisionar e regulamentar as instituições financeiras, o que é representado pela relação 1 da Figura 1.

A Lei 9.613, de 1998 elenca, em seu art. 9º, quem são as pessoas físicas e jurídicas que devem se sujeitar às obrigações referidas nos artigos 10 e 11. Enquanto o art. 10 trata de questões de registro e cadastro de clientes, o art. 11 regulamenta as comunicações compulsórias ao Coaf, retratadas na relação 2 da Figura 1:

Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º:

I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se;

II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização:

de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e

das operações referidas no inciso I;

III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II. (BRASIL, 1998)

Conclusão

É possível perceber, portanto, que o inquérito conduzido pelo BCB nas instituições financeiras que tiveram sua liquidação extrajudicial decretada pode, a par de identificar as causas da queda, o montante de eventuais prejuízos a terceiros e os responsáveis por ele, apontar, em tese, para indícios de crimes contra o SFN porventura cometidos pela IF sob análise e, por meio de comunicação aos órgãos competentes, contribuir para seu combate.

⁵ Em 8 de setembro de 2020, foi sucedido pelo Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário (SisbaJud), operado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A necessidade de comunicação ao MP já existe há quase duas décadas, uma vez que a Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, determina ao BCB que comunique os indícios de crimes com os quais se deparar no exercício regular de suas atribuições como supervisor do SFN ao MP, e os indícios de outras espécies de irregularidades aos demais órgãos públicos competentes.

No caso de indícios de crimes ligados à PLD/FT, as comunicações dos indícios são feitas ao Coaf e, quando se trata de crime tributário, à Secretaria da Receita Federal. Em casos da espécie, não é feita comunicação ao MP, e sim a órgãos públicos que supervisionam esses assuntos. Indícios de outras irregularidades, que não sejam criminais, são levadas aos demais órgãos públicos competentes.

Inquéritos conduzidos pelo BCB em instituições financeiras em liquidação extraordinária, portanto, podem ser fontes importantes de informações para investigação de crimes financeiros. Apesar de não ser de sua alçada a tipificação e investigação de crimes, o papel do BCB dentro da estrutura concertada de combate aos crimes de colarinho branco, mormente aqueles contra o SFN e a economia popular, tem se mostrado relevante.

Referências

ALCOFORADO, Haroldo Mavignier Guedes. **Instrumentos de Defesa do Sistema Financeiro Nacional – Intervenção nas Instituições Financeiras**. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Gama Filho, 2006.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. 2020a. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/lavagemdinheiro>. Acesso em: jul. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Regimento Interno**. Atualizado pela Portaria nº 108.150, de 27 de agosto de 2020, publicada no Diário Oficial de 31 de agosto de 2020. 2020b. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/acessoinformacao/acesso_informacao_docs/RegimentoInterno.pdf. Acesso em: jul. 2021.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Portaria Bacen/Deorf nº 107.768**. 1º de julho de 2020, publicada no Diário Oficial de 3 de julho de 2020. 2020c. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=397992>. Acesso em: jul. 2021.

BARAK, Gregg. *The crimes of the powerful and the globalization of crime*. **Revista Brasileira de Direito**. V.II, N. 2, jul.-dez. 2015.

BARROS, Airton Florentino de. A Responsabilidade na Liquidação Extrajudicial. **Cadernos de Direito**, Piracicaba. V. 9(16-17), jan.-dez. 2009, p. 50.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6024.htm. Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: jul. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. Natureza Jurídica do Balanço. Ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 29, *apud* PEREIRA, Alexandre Demetrius. **A Auditoria Externa e as Demonstrações Contábeis no Direito Comercial**. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2010.

CORDEIRO, Pedro Ivo Velloso. Delitos econômicos e corrupção: marco legal e criminológico. *In*: COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina. **A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal**. Tomo I. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios. **Revista de Direito Penal e Criminologia**. N. 33. Rio de Janeiro: Forense. Jan.-jun. 1982.

LEVI, Michael. O processo criminal de graves crimes de colarinho branco. *In*: FRANÇA, Leandro Ayres; CARLEN, Pat (Orgs.). **Criminologias alternativas**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

MACHADO, Bruno Amaral; QUEZADO, Marina. Corrupção pública pelos olhos da Criminologia: dano social e violação dos direitos humanos. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 70, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTO, Antonio Augusto Cruz; GONÇALVES, Oksandro Osdival. O novo vetor axiológico no movimento de saneamento do Sistema Financeiro Nacional. **ARGUMENTUM – Revista de Direito**. N. 14, 2013.

SUTHERLAND, Edwin H. A criminalidade de colarinho branco. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**. V. 2, N.º 2, 2014.

Coaf e Controles internos: prevenção e combate à lavagem de dinheiro no sistema financeiro

Carolina Pinheiro Cespedes*

Introdução. 1 Lavagem de dinheiro: conceito, fases e noções gerais. 2 Indicadores e estatísticas. 3 Lavagem de dinheiro e o sistema financeiro. 4 A atuação do Coaf. 5 Controles internos na prevenção e combate à lavagem de dinheiro. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo visa estudar teorias e legislação sobre lavagem de dinheiro, contextualizando a relação existente entre esse crime e o sistema financeiro – em especial analisando a atuação do Conselho de Controle das Atividades Financeiras (Coaf) como órgão de inteligência financeira do governo brasileiro – e o papel dos controles internos no combate e prevenção à lavagem de dinheiro. Serão apresentados, também, indicadores e estatísticas sobre o que vem sendo realizado no Brasil para a implementação do combate à lavagem de dinheiro. A metodologia empregada consiste na pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. Conselho de Controle das Atividades Financeiras. Coaf. Controles internos.

* Auditora Fiscal da Receita Municipal de Teresina/PI. Especialista em Administração Financeira, Auditoria e Controladoria pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduada em Administração de Empresas pela Faculdade Ruy Barbosa. Acadêmica de Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Piauí (UFPI).

Coaf and Internal Controls: prevention and fight against money laundering in the financial system

Abstract

This article aims to study theories and legislation on money laundering, contextualizing the relationship between this crime and the financial system, especially analyzing the performance of Coaf, as a financial intelligence body of the Brazilian government, and the role of internal controls in the fight and prevention of money laundering. Indicators and statistics will also be presented on what has been done in Brazil for the implementation of the fight against money laundering. The methodology used consists of bibliographic research.

Keywords: *Money laundering. Financial Activities Control Council. Coaf. Internal controls.*

Introdução

O cenário político e econômico nacional e internacional vem sofrendo inúmeras transformações ao longo das últimas décadas, em razão das revoluções tecnológica, da informação e da comunicação experienciadas pelo mundo globalizado. Muitas dessas transformações foram positivas, como a aproximação dos mercados consumidores, das culturas e da produção de conhecimento. No entanto, seria ingênuo pensar que, no estágio atual de desenvolvimento da sociedade contemporânea, a criminalidade econômica não evoluiria no mesmo ritmo.

O crime de lavagem de dinheiro afeta, de alguma forma, todos os países do mundo. Sabendo que os Estados soberanos possuem distintos mecanismos de controles internos e externos, bem como sistemas jurídicos, financeiros, econômicos, mercadológicos, políticos e fiscais diferentes, é natural que o crime de lavagem de dinheiro se apresente com maior ou menor intensidade em variados lugares, ou sob diversas formas. O que se pode verificar de comum na lavagem de dinheiro em qualquer lugar do mundo é que esse crime se encontra intrinsecamente ligado ao crime organizado.

Não há consenso sobre a definição do que vem a ser lavagem de dinheiro, mas, em linhas gerais, consiste na tentativa de dotar de aspecto de licitude recursos provenientes de práticas de infração penal, ocultando sua origem, propriedade, localização e natureza com o ingresso desses recursos na economia dos países, de modo transitório ou permanente, para que os agentes criminosos possam se beneficiar do resultado das práticas delituosas previamente cometidas. Esse conceito é corroborado por Lima (2014, p. 282), para quem “A lavagem de capitais é o ato ou o conjunto de atos praticados por determinado agente com o objetivo de conferir aparência lícita a bens, direitos ou valores provenientes de uma infração penal”.

Sabe-se também que a lavagem de dinheiro é um crime plurifásico, possuindo, normalmente, três fases: *colocação*, *ocultação* e *integração*. Esse processo é considerado vulnerável pelas organizações criminosas, pois requer conhecimentos aprofundados em sistemas financeiros, fiscais e econômicos, além de, geralmente, necessitar da ajuda de pessoas que trabalham nessas áreas. Para ludibriar as autoridades reguladoras, policiais, fiscais e financeiras, os criminosos precisam realizar procedimentos cada vez mais elaborados e complexos, pois a tecnologia da informação, com o cruzamento de dados, tem dificultado a realização da lavagem de capitais.

Este trabalho abordará a lavagem de dinheiro, apresentando discussões doutrinárias, exame sobre a legislação em vigor, bem como expondo indicadores e estatísticas sobre o que tem sido feito no Brasil para prevenir e combater esse crime. Nossa análise enfatizará a relação desse crime com o setor financeiro, em especial a atuação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), devido à sua importância como responsável pela inteligência financeira no Brasil e por ser ele um órgão cuja função, entre outras, é a prevenção e o combate ao crime de lavagem de dinheiro.

Estaremos focados, também, no papel do controle interno para a prevenção e combate à lavagem de dinheiro, em especial, nas instituições financeiras. Acreditamos que o controle interno, como um conjunto de rotinas e métodos, pode ajudar no processo de prevenção e combate desse crime na medida em que avalia os procedimentos bancários com ênfase nas suas adequações às determinações da legislação (leis, decretos, resoluções, instruções normativas, portarias etc.). Dessa forma, minimizar-se-iam os riscos associados ao descumprimento das obrigações legislativas, reduzindo, em consequência, o risco de ocorrência do crime de lavagem de dinheiro.

1 Lavagem de dinheiro: conceito, fases e noções gerais

Diante da importância do tema da lavagem de dinheiro, as administrações públicas nacionais e internacionais vêm discutindo maneiras mais efetivas de prevenção e repressão desta prática ilícita que, segundo a Lei 9.613, de 3 de março de 1998, atualizada pela Lei 12.683, de 9 de julho de 2012, significa “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”. Assim, é possível perceber que a lavagem de dinheiro não representa continuidade de lesão a um bem jurídico anterior, nem tampouco apresenta-se vinculada a ele, logo o amparo penal do bem jurídico tutelado deve ser feito de maneira autônoma (GODINHO, 2001).

Um grande desafio do Direito Penal é a tipificação penal, e seu ponto de partida está na determinação do bem jurídico tutelado, que, nas palavras de Callegari (2004), é, dogmaticamente, a tarefa mais eminente e complicada para o legislador, pois este, ao estabelecer um tipo penal, busca proteger um bem jurídico, que por sua vez é discutido e elaborado pela doutrina.

Doutrinariamente, o conceito de lavagem de dinheiro está associado a um conjunto de operações comerciais e ou financeiras que tem a finalidade de incorporar bens, serviços ou recursos de origem ilícita à economia dos países, fazendo com que obtenham aparência de licitude, afastando-os de sua origem criminosa (BRAGA, 2013, p. 36). Em consequência disso:

Portanto, devemos assinalar que por este crime se entende, ou ao menos assim o entendemos aqui, todo aquele processo mediante o qual se esconde ou dissimula a existência, a fonte ilegal de procedência, o movimento, o destino ou o uso ilegal dos bens procedentes de atividades ilegais, com o fim de criar a aparência que de sua procedência é legítima, e para tanto os sistemas econômico-financeiro são utilizados. (BRAGA, 2013, p. 39)

O Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi), como entidade intergovernamental estabelecida em 1989, elaborou 40 recomendações para auxiliar os países na criação de normas que visem à prevenção e ao combate à lavagem de dinheiro. Mauro Salvo, em seu artigo “O Combate à Lavagem de Dinheiro como Inibidor da Corrupção no Brasil: custos e benefícios dos controles internos na fiscalização das pessoas politicamente expostas”, analisou as recomendações do Gafi, e assim as sintetizou:

[...] Basicamente, estas recomendações podem ser resumidas da seguinte maneira: - Definir lavagem de dinheiro como crime; - Determinar que as Instituições Financeiras identifiquem seus clientes; - Determinar que as Instituições Financeiras dediquem maior atenção a transações atípicas; - Fiscalizar controles internos das Instituições Financeiras. Além disso, recomenda-se que cada país institua Unidades de Inteligência Financeira FIU's que sejam as responsáveis nacionais por receber, requerer, analisar e distribuir às autoridades competentes as denúncias sobre as informações financeiras com respeito a procedimentos criminosos para impedir a lavagem de dinheiro. No caso do Brasil é o COAF. (SALVO, 2010, p. 13-14)

A lavagem de dinheiro, caracterizada como crime transfronteiriço, requer cooperação entre Estados soberanos e organismos internacionais para seu combate. Nesse sentido, o Gafi, por meio de sua atuação e recomendações, tornou-se um importante aliado na luta contra a lavagem de dinheiro, especialmente contra a utilização do setor financeiro para a realização dessa prática. Os mecanismos desenvolvidos pelo Gafi foram sendo aperfeiçoados ao longo do tempo. Esse processo de modificação foi uma resposta à evolução das práticas de lavagem de dinheiro, bem como por haver sistemas jurídicos e financeiros distintos entre os países membros do Gafi, o que impossibilita a adoção de políticas idênticas entre os participantes. Atualmente, mais de 130 países adotam as recomendações do Gafi (BRAGA, 2013, p. 57-58).

Existem divergências doutrinárias quanto ao modelo das etapas do processo de lavagem de dinheiro, mas, majoritariamente, entende-se que “a atividade de lavagem de dinheiro é normalmente subdividida em três estágios, sendo eles: colocação (*placement*), ocultação, acomodação ou estratificação (*layering*) e integração (*integration*)” (MENDRONI, 2015, p. 179-180). Para o detalhamento dessas fases, adotaremos a definição estabelecida pelo Gafi.

Segundo o Gafi, existem três fases para a realização da lavagem de dinheiro. A primeira fase, conhecida como *colocação* consiste no distanciamento dos recursos de sua origem, para dificultar a associação direta desses com o crime. Na segunda fase, chamada de *ocultação*, realiza-se o disfarce das inúmeras movimentações para impedir que sejam rastreadas. Por fim, é na terceira fase, a *integração*, que ocorre a disponibilização dos recursos “lavados” para os criminosos.

Na fase da *colocação*, os criminosos e seus auxiliares distribuem os recursos ilícitos por meio de depósitos em instituições financeiras tradicionais (bancos, cooperativas de crédito), instituições não tradicionais (cassinos, casas de câmbio), compra de bens, instrumentos negociáveis ou da economia com gastos em bares, restaurantes, passagens aéreas, hotéis etc. A repartição dos recursos pode ocorrer tanto no sistema financeiro quanto na economia do país. Essa fase tem por finalidade ocultar a origem do recurso e, para dificultar a identificação da procedência do dinheiro “sujo”, os criminosos fracionam os valores que circulam pelo sistema financeiro e se utilizam de estabelecimentos comerciais que usualmente trabalham com dinheiro em espécie (BRAGA, 2013, p. 28-29).

A fase da *ocultação* consiste em dotar de aparência legal, mediante fraude, o recurso lavado, dificultando o rastreamento contábil dos recursos ilícitos. Busca-se movimentar os recursos para distanciá-los de sua origem criminosa. Nessa fase, o dinheiro é transferido de forma eletrônica entre contas, normalmente anônimas, em nome de “laranjas”, ou em nome de empresas fictícias ou de fachada, localizadas quase sempre em paraísos fiscais ou países amparados por lei de sigilo bancário. Esses “territórios não cooperantes”, segundo o Gafi, caracterizam-se por possuir uma legislação fiscal que dispensa inúmeros documentos sobre os quais deveria haver um rigoroso controle fiscal ou por possuírem uma carga tributária muito baixa para atrair capitais de outros países (BRAGA, 2013, p. 31).

A última fase, denominada *integração*, consiste na inclusão dos recursos “lavados” no sistema econômico, tornando difícil a distinção do patrimônio legal do ilegal. Com isso, dá para se estabelecer o entendimento de que:

O agente lavador tem por objetivo fazer a remoção do capital de origem ilícita, através do sistema financeiro e comercial e devolvê-lo à economia, encobrindo-o, de maneira que seja impossível rastreá-lo, pondo-o fora do alcance das autoridades. O propósito do processo de lavagem de dinheiro é a integração dos capitais ilícitos na economia geral e sua transformação em bens e serviços lícitos. (BRAGA, 2013, p. 31)

O crime de lavagem de dinheiro se reveste de inúmeras roupagens. Uma delas se dá por meio do tráfico ilícito de bens culturais. Por se tratar de um problema global, transfronteiriço e que ameaça a memória e a cultura da humanidade, esse tema merece atenção das autoridades. “Ao serem roubados e comercializados ilegalmente, obras de arte, artigos religiosos, artefatos arqueológicos, acervos bibliográficos e documentos históricos, entre outros objetos, podem também ser usados em outros crimes, como lavagem de dinheiro e até mesmo financiamento do terrorismo” (ONUBR, 2018a).

Outra forma de manifestação do crime de lavagem de dinheiro é por meio do esporte. Organizações criminosas investem, por exemplo, em apostas esportivas para lavar seus recursos de procedência ilícita. Nesses casos, essas organizações corrompem os times, pagando para obter o resultado da partida conforme desejado. “O diretor-executivo do Escritório da ONU sobre Drogas e Crime (UNODC), Yury Fedotov, alertou que práticas ilícitas, como partidas arranjadas e apostas ilegais, ameaçam a credibilidade das competições e estão associadas a lavagem de dinheiro e outras formas de crime organizado” (ONUBR, 2017).

Muito dissemos a respeito do que é considerado lavagem de dinheiro, mas é importante frisar que o agente criminoso, ao utilizar diretamente os valores obtidos como resultado de infrações penais, não comete o supracitado crime, uma vez que não está ocultando ou dissimulando a origem ou natureza desse dinheiro. Nesse sentido, ensina Lima (2014):

Com as mudanças produzidas pela Lei 12.683/12, admitindo que, doravante, qualquer infração penal possa figurar como antecedente de lavagem de capitais, é extremamente importante ressaltar que a tipificação da figura delituosa prevista no caput do art. 1º da Lei 9.613/98, na modalidade de ocultação ou dissimulação, demanda a prática de mascaramento do produto direto ou indireto da infração antecedente. Isso significa dizer que o uso aberto do produto da infração antecedente não caracteriza a lavagem de capitais. Logo, se determinado criminoso utiliza o dinheiro obtido com a prática de crimes patrimoniais para comprar imóveis em seu próprio nome, ou se gasta o dinheiro obtido com o tráfico de drogas em viagens ou restaurantes, não há falar em lavagem de capitais. Em síntese, o simples usufruto do produto ou proveito da infração antecedente não tipifica o crime de lavagem de capitais. (LIMA, 2014, p. 313)

Como já mencionado anteriormente, a legislação tributária é um fator que influencia muito a ocorrência da lavagem de dinheiro, pois legislações fiscais que dispensam, por exemplo, documentos e informações sobre os quais deveria haver um rigoroso controle fiscal atraem interessados na prática de lavagem de dinheiro. Países com carga tributária excessivamente baixa também atraem os criminosos que, além de fraudar a licitude dos recursos, querem também fazê-lo com o menor custo possível, para obter maiores resultados.

Sabendo da importância do sistema de tributação internacional para o combate à prática do crime de lavagem de dinheiro, especialmente nos países em desenvolvimento, a Organização das Nações Unidas (ONU) envereda esforços para estabelecer, junto a todos os países, um sistema de tributação justo e eficiente, inclusive empenhando-se no combate à evasão e à elisão fiscal. Em conferência na ONU, sob o tema “Tributação e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável”, o secretário-geral da ONU, António Guterres, pediu à comunidade internacional que estabelecesse mecanismos eficazes para combater a evasão fiscal, a lavagem de dinheiro e os fluxos financeiros ilícitos, para que os países em desenvolvimento possam mobilizar melhor seus próprios recursos (ONUBR, 2018b).

A criminalidade e, em especial, o crime de lavagem de dinheiro se tornaram uma preocupação mundial. Essa preocupação tem se traduzido na configuração de objeto jurídico do Direito Penal Econômico, ramo do Direito em ascendente evidência nacional e internacional (SALVO, 2010, p. 11).

A Convenção de Viena de 1988 é considerada um marco histórico na luta contra o crime de lavagem de dinheiro, por impulsionar a criação de legislações internas que criminalizem a lavagem de dinheiro. As legislações elaboradas nos moldes do que foi sugerido por essa convenção são caracterizadas como de primeira geração, pois consideram exclusivamente como crime antecedente o tráfico de entorpecentes e afins. Nessa seara, “as primeiras leis que incriminaram a lavagem de capitais surgiram logo após a Convenção de Viena e possuía como crime antecedente apenas o tráfico ilícito de entorpecentes” (LIMA, 2014, p. 282).

Analisando a evolução das legislações que criminalizam a lavagem de dinheiro, podemos identificar mais duas gerações. A segunda geração, caracterizada pela ampliação do rol de crimes antecedentes e conexos aos de lavagem de dinheiro, cujo exemplo brasileiro é a Lei 9.613/1998. E a terceira geração, que possui como crime antecedente ao de lavagem de dinheiro qualquer infração penal. Atualmente, o Brasil adota a legislação de terceira geração, na medida em que a Lei 12.683/2012 alterou a Lei 9.613/1998, ampliando ainda mais o rol de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro para qualquer infração penal. Essa medida foi amplamente elogiada pela doutrina, pois “*facilita a criminalização e a persecução penal de lavadores profissionais, ou seja, de pessoas que se dedicam profissionalmente à lavagem de dinheiro*” (MORO, 2010, p. 36).

No âmbito penal, ao se analisar a efetividade do combate ao crime de lavagem de dinheiro, um fator que merece atenção se refere ao treinamento dos agentes envolvidos nesse enfrentamento. Sabendo disso, a ONU, em parceria com outras organizações internacionais, oferece informações sobre “mecanismos de proteção aos denunciadores e testemunhas de corrupção no âmbito penal, os instrumentos e normativa de análise patrimonial de funcionários públicos, entre outros”, além de “oferecer técnicas inovadoras de investigação, que permitam aos operadores judiciais incorporar uma metodologia nova às suas práticas de coleta e análise de elementos materiais, evidência física e informação com vocação probatória para o julgamento” (ONUBR, 2014).

Nesse contexto, é possível verificar que o crime de lavagem de dinheiro não é algo simples de se enfrentar, pois existem ilimitadas maneiras de o realizar e requer conhecimentos aprofundados em diversas áreas, como na econômica, na fiscal e na financeira para preveni-lo e combatê-lo.

2 Indicadores e estatísticas

O Brasil, por diversas razões, é apontado pela literatura jurídica como um país atrativo aos criminosos que buscam lavar recursos de origem ilícita. A internacionalização dessa prática criminosa atingiu seu auge no país nos anos 1980, a partir do tráfico de drogas, das crises fiscais

e institucionais e do processo inflacionário do período. Ainda hoje é possível verificar aspectos concretos que facilitam e atraem interessados em lavar dinheiro no Brasil, dentre os quais podemos destacar as altas taxas de juros, que despertam a atenção de investidores estrangeiros, um setor financeiro diversificado e dinâmico com expectativa de crescimento e desenvolvimento e instituições nacionais sólidas e competitivas (BRAGA, 2013, p. 60-61).

Embora haja uma percepção de facilidade de atuação de lavadores de dinheiro no Brasil em virtude, principalmente, de insuficientes mecanismos de controle do sistema financeiro e de práticas de corrupção, medidas destinadas a combater a lavagem de dinheiro foram implantadas. Segundo dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), a observação de que as investigações de casos de lavagem de dinheiro ou corrupção envolviam quebras de sigilo bancário de inúmeras contas, além de sigilos telefônico e fiscal, abrangendo grandes períodos, gerava uma grande massa de dados a ser analisada e, muitas vezes, as investigações e análises financeiras eram conduzidas sem a necessária especialização técnica. Diante dessa realidade, foram implantados laboratórios modelos, denominados Laboratórios de Tecnologia contra Lavagem de Dinheiro (LAB-LD). O objetivo precípua desses laboratórios, hoje presentes em todos os estados brasileiros, é a aplicação de soluções de análise tecnológica em grandes volumes de informações e para a difusão de estudos sobre as melhores práticas em *hardware*, *software* e a adequação de perfis profissionais no combate à lavagem de dinheiro (PORTAL DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, *on-line*).

De acordo com o relatório do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça do Governo Federal, de janeiro a novembro de 2018, havia no Brasil 58 LAB-LDs, o mesmo número de 2017. Destes, 43 estavam em atividade em 2018, mesma quantidade se comparada a 2017 (PORTAL DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2018, p. 2-3).

O primeiro LAB-LD foi criado em 2007; em 2008, havia 9; e, em 2009, 13. Em 2009, houve 56 casos analisados. De 2009 a 2018, há um total de 11.615 casos analisados. Desse total, 3.532 foram analisados em 2017 e 2.168 em 2018 (dados atualizados até novembro 2018), uma redução de 38,62%. No que se refere à produção de relatórios, em 2017 foram produzidos 3.730 relatórios e, até novembro de 2018, 1.714, redução de 54% (PORTAL DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2018, p. 4-5).

Em que pese ter havido redução no número de casos analisados e relatórios produzidos de 2017 para 2018, houve, no mesmo período, um aumento de 21,38% em ativos identificados com indícios de ilicitude. Em 2017, foram identificados R\$26,94 bilhões com indícios de ilicitude, enquanto em 2018, R\$32,7 bilhões (PORTAL DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2018, p. 8).

O relatório supra analisado apresenta apenas dados numéricos, de modo que não é possível identificar as razões que deram causa aos números.

Em suma, é possível perceber que as cifras envolvendo o crime de lavagem de dinheiro no Brasil são muito altas, na ordem de bilhões de reais, o que corrobora a necessidade de investimento em informação, tecnologia, treinamento e aparelhamento para a prevenção e combate desse ilícito que prejudica não apenas a justiça, mas também a economia do país.

3 Lavagem de dinheiro e o sistema financeiro

É consenso que as instituições financeiras podem servir como instrumento aos criminosos na prática do crime de lavagem de dinheiro, especialmente no que se refere a depósitos de recursos (em sua maioria de forma fracionada, para não chamar a atenção das autoridades), compra de produtos e serviços financeiros (como títulos de capitalização, previdência privada e seguros, aplicações em depósito a prazo, poupança), efetuação de transferências eletrônicas entre contas bancárias (para dificultar o rastreamento dos valores), concessão de empréstimos, efetivação de pagamentos de notas fiscais falsas, realização de investimentos (dos mais variados tipos, riscos, retornos e complexidade), entre outros mecanismos utilizados como forma de ocultação dos recursos ilícitos.

O Comitê de Supervisão Bancária da Basileia (*Basel Committee on Banking Supervision – BCBS*), ligado ao Banco de Compensações Internacionais (*Bank for International Settlements – BIS*), que funciona como um fórum mundial para discussão e cooperação em matéria de regulação bancária prudencial – embora não tenha sido criado com o objetivo precípuo de combater a lavagem de dinheiro, uma vez que seu objetivo consiste em reforçar a regulação, a supervisão e as melhores práticas no mercado financeiro –, recomendou por meio de seus Princípios Fundamentais para uma Supervisão Bancária Efetiva:

Princípio 17 – Controles internos e auditoria: Os supervisores devem se assegurar de que os bancos adotam controles internos adequados ao porte e complexidade de seus negócios. Isso deve incluir regras claras para delegação de autoridade e responsabilidade; separação das funções que envolvem decisões para a assunção de compromissos pelo banco, que dispõem de seus fundos, e que contabilizam seus ativos e passivos; reconciliação desses processos; proteção dos ativos do banco; e funções de auditoria interna independente e de verificação de conformidade apropriadas para testar a aderência a esses controles bem como a leis e regulamentos aplicáveis.

Princípio 18 –Integridade do setor bancário: Os supervisores devem se assegurar de que os bancos adotam políticas e processos adequados, incluindo regras rígidas do tipo “conheça seu cliente”, que promovem altos padrões éticos e profissionais no setor financeiro e evitam que o banco seja usado, intencionalmente ou não, para atividades criminosas. (PORTAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2006, p. 8)

Em se tratando do combate eficaz à lavagem de dinheiro, é fundamental que os clientes sejam identificados, seguindo os rígidos padrões estabelecidos do tipo “conheça seu cliente”, com o fim de dificultar e impossibilitar a atuação dos agentes lavadores, em especial no que se refere à ocultação de identificação dos clientes em práticas suspeitas. Os titulares das contas, bem como os usuários de caixas de segurança, devem ser sempre identificados. Isso asseguraria a não utilização do sistema financeiro como meio de canalização de recursos de origem criminosa. (BRAGA, 2013, p. 47)

Braga (2013, p. 46-47) reconhece que os Princípios Fundamentais da Basileia são orientações que visam fortalecer práticas bancárias usualmente utilizadas, principalmente no que se refere à vigilância contra o uso do sistema bancário para fins ilícitos, à promoção de sistemas preventivos e eficazes de segurança, bem como ao fortalecimento do intercâmbio de informações entre as autoridades encarregadas do cumprimento das respectivas leis, mas adverte:

[...] é ingênuo pensar que o sistema financeiro possui preocupações éticas com sua utilização para levar a cabo a prática da lavagem de dinheiro. A natureza do sistema financeiro é a busca incessante de lucros, de ganhos econômicos, o aumento cada vez maior do capital e, em geral, o poder econômico. Além disso, é ilógico depositar esperanças em que todos os bancos e instituições financeiras prestem auxílio às autoridades competentes quando forem conhecedoras de casos ou procedimentos envolvendo a prática de lavagem de dinheiro, apresentando as operações e identificando seus clientes, atentando assim, diretamente, contra a privacidade de sua clientela. (BRAGA, 2013, p. 49)

Para prevenir e combater a lavagem de dinheiro, em especial no setor financeiro, foram criados organismos nacionais e internacionais de regulação e fiscalização. No Brasil, consubstanciando a Convenção de Viena de 1988, a Lei 9.613/1998 criou o Coaf.

O Coaf, entre as inúmeras atividades que exerce na luta contra a lavagem de dinheiro, coordena a participação do Brasil em organismos internacionais com os mesmos objetivos. Nesse sentido, em sua atividade de coordenação da participação brasileira nos organismos internacionais de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e Combate ao Financiamento do Terrorismo (PLD/CFT), atuou, em 2018, em diversos debates sobre as mudanças no sistema financeiro internacional e os desafios em decorrência dos avanços tecnológicos nessa área, tais como ativos virtuais, *de-risking* e novas abordagens de inteligência financeira e supervisão. O resultado da atuação do Coaf pode ser visualizado pelo disposto na revisão das recomendações internacionais de PLD/CFT, no âmbito do Gafi (PORTAL DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018, *on-line*).

Em 2018, o Coaf também atuou com outros órgãos do Estado na negociação para o encaminhamento do Projeto de Lei 10.431, de 18 de junho de 2018, que visa aprimorar as medidas de congelamento de bens ligados a terroristas em cumprimento às resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. A atuação do órgão no aperfeiçoamento da legislação sobre o assunto é importante na medida em que ele possui informações de inteligência capazes de fazer diferença na formulação de medidas legislativas e judiciais mais efetivas no combate à lavagem de dinheiro. O PL 10.431/2018 se transformou na Lei 13.810, de 8 de março de 2019 (PORTAL DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018, *on-line*).

4 A atuação do Coaf

O Coaf é um órgão de inteligência financeira do Estado, cuja missão é, entre outras, “promover a proteção dos setores econômicos contra a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo”. É competente para regular, fiscalizar e punir administrativamente os setores econômicos para os quais não exista órgão regulador ou fiscalizador próprio (COAF, Ministério da Economia, *on-line*).

A atuação do Coaf é estratégica, pois ele recebe informações de diversos setores da economia, por meio dos comunicados de operações automáticas e suspeitas e, então, os analisa e produz Relatórios de Inteligência Financeira (RIF). Para fazer comunicação ao Coaf, as pessoas obrigadas pela Lei 9.613/1998 devem estar habilitadas no Sistema de Informação do Coaf (Siscoaf). O órgão, então, produz dois tipos de RIF: de intercâmbio, quando autoridade solicita informações ao órgão; e espontâneo ou de ofício, quando o próprio órgão, ao identificar indícios de lavagem de dinheiro, encaminha o relatório para as autoridades competentes.

Por ser um órgão de inteligência financeira, compõem-no diversos outros órgãos que produzem inteligência, no sentido de que exercem ações especializadas para a obtenção e análise de dados,

produção de conhecimentos e proteção de conhecimentos para o país. Essa atividade é fundamental à segurança do Estado brasileiro, uma vez que assegura ao poder decisório o conhecimento antecipado e confiável de assuntos relacionados ao interesse nacional, como são os casos dos crimes de lavagem de dinheiro (COAF, Ministério da Economia, *on-line*).

Segundo Salvo (2010, p. 12), houve muitas mudanças nos países, economias e mercados que facilitaram a difusão do crime de lavagem de dinheiro. Essas mudanças podem ser descritas como: redução dos controles cambiais; surgimento de mercados de capitais mais livres; aumento da competição por capitais pelos países e instituições financeiras; e “revolução da informática”, que facilitou a transferência de recursos *on-line*, dificultando rastrear o dinheiro. Esse autor conclui ainda:

Em resumo, os estudos disponíveis identificam pelo menos cinco fatores cruciais que favorecem a expansão da lavagem de dinheiro, a saber: um sistema bancário deficiente, um sistema financeiro subdesenvolvido, uma extensa economia clandestina, a má qualidade das instituições públicas e uma governança corporativa deficiente. (SALVO, 2010, p. 13)

Os mercados financeiros e sistemas bancários também são uma preocupação para as Nações Unidas. Especialistas da ONU alertam que todos os países devem se esforçar para desenvolverem seus sistemas bancários, em especial no que se refere ao aumento do monitoramento e supervisão do setor. Ainda há muito o que se fazer nessa área, mas já houve por parte dos Estados Unidos e outros países, após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, um fortalecimento de procedimentos para impedir a lavagem de dinheiro (ONUBR, 2016).

Segundo notícia publicada pelo Ministério da Fazenda, atual Ministério da Economia, a atuação do órgão em investigações de lavagem de dinheiro e outros crimes, em 2018, junto a autoridades policiais e ao Ministério Público, possibilitou o bloqueio judicial de aproximadamente R\$36 milhões no Brasil e no exterior (PORTAL DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018, *on-line*).

Vieira (2018, p. 267), em seu artigo “A atuação do Coaf na prevenção à lavagem de dinheiro à luz da Teoria da Regulação Responsiva”, afirma que a regulação da atividade econômica exercida pelo Coaf se baseia na teoria da regulação responsiva, formulada por Ayres e Braithwaite, a qual é diferente da tradicional estratégia de indução de comportamentos por meio de ameaça de sanção do modelo clássico de regra de comando e controle, de natureza repressiva, em que a resposta do Estado se dá pela subsunção dos fatos à norma: se o agente regulado cumpriu as determinações normativas, não é punido; se as descumpriu, deverá ser punido pelo agente regulador conforme previsto na legislação aplicável.

O modelo de regulação responsiva não se restringe a regras impostas unilateralmente. Ele estuda as motivações de os agentes agirem de uma ou outra maneira. A compreensão do comportamento dos agentes regulados possibilita a recomendação e a utilização de mecanismos autorregulatórios, com base na relação entre regulador e regulado, além de políticas mais categóricas, menos intervencionistas. O fundamento da teoria da regulação responsiva é o de que os agentes reguladores devem ser responsivos ao comportamento dos regulados, adotando medidas regulatórias adequadas a tais comportamentos (VIEIRA, 2018, p. 266).

A Lei de Lavagem de Dinheiro submete o setor financeiro e outras atividades, profissionais e setores não financeiros às regras de *compliance*, como a identificação de clientes, manutenção de cadastro atualizado, manutenção de registro de transações, adoção de políticas de controle interno, comunicação de operações ao Coaf, entre outras atribuições, que, se descumpridas podem ensejar punição de natureza administrativa.

O Coaf adere em muitos aspectos à teoria da regulação responsiva, mas não em todos, conforme verifica Vieira. É possível, portanto, estabelecer o entendimento de que:

[...] analisando o modelo regulatório do COAF, pode-se apontar, como um primeiro aspecto de sua aderência com a Teoria Responsiva, a adoção do princípio “Conheça Seu Supervisionado”. Com efeito, a referida Teoria preceitua a necessidade de o regulador compreender profundamente a estrutura do mercado regulado e as motivações que levam os sujeitos a adotar um ou outro comportamento, de modo a atuar responsivamente, adotando respostas regulatórias adequadas a cada diferente conduta. O COAF demonstra empenhar-se na aplicação desse princípio ao desenvolver forte atividade com vistas a ampliar o número de sujeitos obrigados cadastrados no órgão. (VIEIRA, 2018, p. 280)

Conforme verificado por Vieira (2018, p. 282) em sua pesquisa, embora o Coaf se coadune em muitas características à teoria da regulação responsiva, há uma dissonância quanto ao sequenciamento de instrumentos regulatórios. Essa teoria propõe uma modelagem regulatória que aplique medidas sucessivas de persuasão e dissuasão do agente regulado. Ou seja, o agente regulador deve iniciar o direcionamento dos agentes regulados com medidas educativas e cooperativas, mas se estas forem ineficazes, deve o agente regulador, necessariamente, adotar medidas cada vez mais intervencionistas, a fim de conseguir a conformidade da conduta desejada em relação ao agente regulado. Se assim não o fizer, o agente regulador poderá colocar em xeque seu poder de dissuasão.

Ao analisar o número de processos punitivos instaurados pelo Coaf desde a sua criação até novembro de 2017, Vieira (2018, p. 282) destaca a ínfima quantidade – 390 – quando comparado ao universo fiscalizável. Aponta também o reduzido número de 1.422 fiscalizações realizadas durante a existência do órgão. Em consequência disso:

Nesse sentido, os dados parecem apontar para uma possível incapacidade institucional da unidade de inteligência financeira brasileira de proceder ao devido escalonamento das medidas regulatórias, com aplicação gradativa de sanções que promovam a conformidade da conduta dos agentes regulados. (VIEIRA, 2018, p. 282-283)

A atuação do Coaf consubstancia-se de diversas formas, de modo que, embora haja críticas quanto a sua capacidade de escalonar medidas regulatórias com a aplicação de sanções capazes de promover a conformidade da conduta dos agentes regulados, é possível verificar dados positivos em relação às suas atividades em 2018. No que se refere às atividades de inteligência financeira, por exemplo, em 2018 foram produzidos e encaminhados às autoridades competentes 7.279 RIFs, os quais relacionaram mais de 370 mil pessoas físicas e jurídicas e cerca de 330 mil comunicações de operações suspeitas e em espécie. A produção de RIFs representou um aumento de 10% em relação ao ano de 2017 (PORTAL DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018, *online*).

Outra atividade importante do órgão é a que se refere aos pedidos de informação de autoridades brasileiras. Nesse sentido, em 2018, o Coaf recebeu 6.915 pedidos de informações de autoridades nacionais e realizou 297 trocas de informações com outras Unidades de Inteligência Financeira no exterior (PORTAL DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018, *on-line*).

O Coaf também aumentou a troca de informações com as Unidades de Inteligência Financeiras, assim como incrementou a parceria entre os setores público e privado (setores obrigados). Nesse contexto, foram recebidas, em 2018, aproximadamente 3 milhões de comunicações encaminhadas pelas pessoas obrigadas, de operações suspeitas e em espécie, representando crescimento da ordem

de 90% em relação ao ano anterior. O total histórico de comunicações recebidas pelo órgão é de 17 milhões. A atuação do Coaf nessas atividades auxilia concretamente em casos de combate à lavagem de dinheiro (PORTAL DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018, *on-line*).

5 Controles internos na prevenção e combate à lavagem de dinheiro

No Brasil, atendendo aos preceitos da Convenção de Viena de 1988, foi editada a Lei de prevenção à lavagem de dinheiro, Lei 9.613/1998. Essa lei, além de tipificar a lavagem de dinheiro como um crime, conforme determinação da Convenção de Viena de 1988, também dispôs sobre a prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática de lavagem de dinheiro.

Dentre as determinações impostas às instituições financeiras pela referida lei, podemos citar: identificação de clientes e manutenção de cadastro atualizado; manutenção de registro de todas as transações em moeda nacional ou estrangeira que ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente; adoção de políticas, procedimentos e controles internos compatíveis com seu porte e volume de operações; realização de cadastro e manutenção de seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Coaf; atendimento às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas. A lei determina ainda a manutenção, pelo Banco Central do Brasil, de um registro centralizado formando um cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras (BRASIL, 1998).

Dispõe a Lei 9.613/1998 que o descumprimento das obrigações nela previstas sujeitam as instituições financeiras, bem como seus administradores, a diversas sanções administrativas, entre as quais: advertência, multa (de até vinte milhões de reais), inabilitação temporária pelo prazo de até dez anos para o exercício do cargo de administrador nas referidas instituições, e a cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento. (BRASIL, 1998)

No entanto, é possível presumir que uma das maiores penalidades para uma instituição financeira seria a perda de sua credibilidade junto ao mercado em decorrência de um escândalo de crime de lavagem de dinheiro que envolvesse seu nome. O risco de imagem que pusesse em xeque a idoneidade de uma instituição financeira poderia ser impagável. Em outras palavras, um banco poderia ir à falência, a depender do tamanho do escândalo no qual estivesse envolvido.

Existem inúmeras formas de proceder o crime de lavagem de dinheiro, o que dificulta muito seu combate unicamente pelos Estados, representados pelos órgãos fiscalizadores/reguladores e repressivos. O engajamento do setor privado e, em especial das instituições financeiras, na prevenção e combate desse ilícito é de vital importância para se alcançarem resultados significativos. O legislador, sabendo da importância da cooperação entre os diversos agentes públicos e privados para inibir tal crime, estabeleceu responsabilidades para pessoas físicas e jurídicas sob pena de sanções. O artigo 10 da Lei 9.613/1998, alterada pela Lei 12.683/2012, por exemplo, determina que as pessoas regidas por aquela lei devem adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações.

Para que o controle interno em uma instituição financeira possa cumprir com seu propósito de assessoramento da administração para assegurar que os objetivos da companhia sejam alcançados, e partindo do pressuposto de que um desses objetivos institucionais seja a prevenção e combate à lavagem de dinheiro, é necessário que a área de controle interno, entre outras coisas: tenha domínio do assunto, estudando minuciosamente sobre a lavagem de dinheiro; conheça toda a legislação pertinente (leis, decretos, portarias, instruções normativas, resoluções etc.); faça um mapeamento

do processo de prevenção à lavagem de dinheiro naquela instituição, identificando os possíveis riscos e sugerindo controles capazes de minimizá-los; e estabeleça procedimentos capazes de assegurar que a legislação esteja sendo atendida ou, em caso de descumprimento, que a instituição consiga detectar e corrigir as falhas na maior brevidade possível.

Platt (2017) afirma que o favorecimento à lavagem de dinheiro pelas instituições financeiras é um dos males da nossa época. Embora seja pequeno o número de bancos que ajudem conscientemente os criminosos, uma vez que a maioria o faz por negligência, o resultado é o mesmo. Para o autor, tem havido melhorias significativas nos últimos anos quanto às exigências regulatórias das chamadas funções de controle, e isso é positivo para o setor, visto que os sistemas de controle interno possuem papel fundamental na prevenção e combate à lavagem de dinheiro.

O ponto de partida para a concepção de qualquer sistema de controle interno bancário deve ser o potencial risco que essas instituições oferecem ao beneficiamento de crimes e à lavagem de dinheiro, uma vez que mais produtos financeiros sofisticados são lançados no mercado, e os delitos financeiros se adaptam aos novos meios. Portanto, o sistema de controle interno dos bancos deve ser baseado em riscos, de modo a identificar clientes, produtos e operações mais propensos ao cometimento de crimes e submetê-los a um maior nível de controle. “O sistema precisa ser rígido o suficiente para suportar a pressão pela flexibilização do controle quando sua aplicação for considerada prejudicial aos relacionamentos com clientes valiosos” (PLATT, 2017, p. 273).

De acordo com Salvo (2013, p. 15), existem duas razões pelas quais empresas do setor privado se empenhariam na difícil missão de prevenir e combater crimes de lavagem de dinheiro. A primeira delas é porque a lei assim ordena, de modo que, se não o fizerem, poderiam ser punidas conforme determinação legal. A segunda se refere ao risco de imagem a que estariam sujeitas no caso da exposição dessas empresas em um escândalo de repercussão nacional. O ganho obtido com o crime não compensaria o prejuízo decorrente do risco de imagem.

Uma maneira eficaz de prevenir o crime de lavagem de dinheiro pelas organizações é pelo controle interno. Para Almeida (2017, p. 53), “O controle interno representa em uma organização o conjunto de procedimentos, métodos ou rotinas com os objetivos de proteger os ativos, produzir dados contábeis confiáveis e ajudar a administração na condução ordenada dos negócios da empresa”.

Partindo do conceito de que o controle interno, como procedimento, método ou rotina, deve ajudar a administração na condução dos negócios da empresa e ser um aliado para que as instituições financeiras sigam o estabelecido pela Lei 9.613/1998. A área de controle interno, portanto, deve avaliar se as medidas estabelecidas pela referida lei estão sendo aplicadas pelas instituições financeiras e se estão efetivamente prevenindo e combatendo a lavagem de dinheiro.

O papel do controle interno para prevenção e combate ao crime de lavagem de dinheiro em instituições financeiras é bastante abrangente, pois requer rotinas e métodos que permitam avaliar e monitorar desde procedimentos básicos em um banco, como a abertura de uma conta-corrente, até procedimentos complexos como investimentos estruturadas envolvendo derivativos.

Segundo Almeida (2017, p. 54), é de responsabilidade da administração da empresa o estabelecimento do sistema de controle interno e sua implementação pelos funcionários, ou seja, ela deverá verificar se esse controle está sendo feito pelos empregados de maneira efetiva. A administração deve adaptar o sistema de controle interno às novas circunstâncias, ou ainda, modificar no caso de inadequação à realidade da companhia ou do mercado. Com isso, dá para se estabelecer o entendimento de que:

A melhor maneira de prevenir [o crime de lavagem de dinheiro] é desenvolver controles internos que possibilitem a detecção de operações suspeitas ou atípicas. Os principais mecanismos de controles internos referem-se às políticas “conheça seu cliente” e “conheça seu funcionário”. No tocante aos clientes é muito importante que as instituições conheçam os tipos de negócios que eles realizam, assim como sua real capacidade econômico-financeira. Para isso é essencial manter seu cadastro informatizado, atualizado e com as informações relevantes verificadas, ou seja, o cadastro deve ser confiável. Em relação aos funcionários é importante conhecer e acompanhar sua evolução econômico-financeira e suas relações com os clientes. Outros mecanismos auxiliares são: treinamento, estabelecimentos de procedimentos formais e claros de prevenção, política institucional preocupada com o problema e desenvolvimento de ferramenta de detecção eficaz. (SALVO, 2010, p. 15-16)

Segundo Vieira (2018, p. 272), o Coaf, em consonância com as diretrizes estabelecidas pelo Gafi, editou resoluções específicas para diferentes setores da economia detalhando procedimentos e controles internos mínimos, as quais disciplinam a Política de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento ao Terrorismo.

No Relatório de Atividades do Coaf 2017 (2017, p. 23) é possível verificar que o órgão, em consonância com seu papel regulador, tem atuado na orientação e educação de seus supervisionados a respeito das exigências normativas a que estão sujeitos, tanto por meio de eventos presenciais quanto por meio de tecnologias de comunicação. O objetivo dessa atuação do órgão é esclarecer junto aos sujeitos-regulados suas obrigações quanto ao cadastramento que eles devem ter junto ao Coaf; a identificação e registro de seus clientes; o registro de transações; a adoção de procedimentos, políticas e controles internos; e a comunicação de operações financeiras ou de sua inoocorrência.

O estabelecimento, a implantação e a efetiva utilização dos controles internos pelas organizações geram um custo e, em regra, a política financeira das empresas é de redução dos custos. Com isso, quanto mais dinheiro tiver que ser investido em sistemas de controle interno, menos interesse terão os sujeitos-regulados em implantá-los, a menos que enxerguem benefícios compensatórios nisso ou a menos que sejam obrigados por lei a fazê-lo. Com isso, percebe-se que:

Outra dificuldade é desenvolver controles internos baratos, porém capazes de detectar, de forma eficiente, operações suspeitas em meio a milhões de transações diárias, para que sejam analisadas mais detalhadamente. Este problema decorre de fatores como a falta de preparo técnico e a dificuldade de se estabelecer critérios objetivos para a detecção de operações atípicas tornando imprescindível a intervenção humana qualificada na análise. É o caso da definição de quais seriam as pessoas politicamente expostas e como supervisionar suas transações. Também se faz necessário atentar para ativos cujos preços são naturalmente voláteis que facilitam a ação delituosa, como, gado, imóveis, ações, obras de arte, passes de atletas etc. Disto decorre que as instituições se detêm muito nos limites quantitativos monetários legais, objetivamente estabelecidos, porém os criminosos também conhecem as normas que são públicas e conseguem ludibriar facilmente tais parâmetros. A participação das pessoas é fundamental porque, quando e se se conseguir um sistema ótimo, os criminosos acharão novos meios de lavar dinheiro e consequentemente os sistemas de controles deverão ser readequados. (SALVO, 2010, p. 25)

Conclusão

Diversas atividades criminosas, como narcotráfico, terrorismo, falsificações, tráfico ilegal de petróleo, de vida selvagem, contrabando de armas, corrupção, extorsão mediante sequestro e tráfico humano têm em comum a busca por lucros. As organizações criminosas objetivam ganhar dinheiro. Uma vez alcançado esse objetivo, para que possam usufruir dos resultados do crime, precisam dar uma aparência de licitude a esse dinheiro “sujo”. É nesse momento que os criminosos recorrem a um conjunto de operações comumente conhecida como lavagem de dinheiro.

A lavagem de dinheiro é um crime que consiste em inúmeras operações comerciais e/ou financeiras, cujo objetivo é a incorporação, de modo transitório ou permanente, de recursos ilícitos, provenientes de qualquer infração penal, com aparência de licitude, na economia de diversos países através de bens, direitos ou valores.

Portanto, nas palavras de Mendroni (2015, p. 21), “lavagem de dinheiro poderia ser definida como o método pelo qual um indivíduo ou uma organização criminosa processa os ganhos financeiros obtidos com atividades ilegais, buscando trazer a sua aparência para obtidos licitamente”.

A operacionalização da lavagem de dinheiro ocorre em três fases. Quando o criminoso, ao cometer alguma infração penal, acumula dinheiro “sujo” proveniente de atividades ilícitas, normalmente com o apoio de outras pessoas, coloca esses recursos no sistema financeiro. Essa é a primeira fase, chamada de *colocação*. A segunda fase, conhecida como *ocultação*, ocorre com a transferência eletrônica desses recursos para diversas contas bancárias (empréstimos realizados a empresas de fachada, depósitos em contas de anônimos ou laranjas etc.). A *integração*, terceira fase da lavagem de dinheiro, dá-se, por exemplo, com a aquisição de bens de luxo (carros, casas, fazendas, obras de arte, joias, ouro, pedras preciosas etc.), e realização de investimentos financeiros, comerciais e industriais lícitos, nos diversos setores da economia.

Completadas as três etapas ou fases do crime de lavagem de dinheiro, o dinheiro “sujo”, integrado na economia com aparência de dinheiro “limpo”, fica distante da origem ilícita, o que dificulta muito para as autoridades fiscais, monetárias e policiais associarem esses recursos com as infrações penais que lhe deram origem ou com seus autores.

Diante desse cenário, devemos enfatizar a relevância do combate à lavagem de dinheiro, uma vez que este tem como objetivo averiguar, julgar e fazer cumprir a pena, quando aplicável. Acontece que a essência do crime de lavagem de dinheiro é justamente encobrir, mediante fraude, a natureza dos recursos ilícitos provenientes das infrações penais, dando uma aparência de licitude a esses recursos, o que leva à destruição ou à ocultação de elementos probatórios das infrações penais antecedentes. Em suma, a lavagem de dinheiro prejudica o descobrimento dessas infrações antecedentes (seus julgamentos e aplicação de sanções), bem como a recuperação dos recursos obtidos por meio dessas infrações.

O exame do crime de lavagem de dinheiro permite verificar, ainda, sua expressividade no sistema econômico, em especial por envolver quantias vultosas, bilhões de reais, as quais desvirtuam a economia de países na medida em que proporcionam uma concorrência desleal entre aqueles que operam legalmente, usando recursos lícitos (próprios ou pagando altas taxas de juros em empréstimos bancários) e recolhendo uma elevada carga tributária aos cofres públicos quando comparados aos que se utilizam de recursos de origem ilícita e não pagam impostos.

A análise realizada por este artigo científico permite concluir que um dos setores essenciais para a realização da lavagem de dinheiro é o financeiro, motivo pelo qual as autoridades nacionais e internacionais detêm especial atenção nesses setores, no sentido de desenvolver medidas e ferramentas capazes de prevenir e combater este crime.

Organismos internacionais, como o Gafi, têm desenvolvido políticas e recomendações, muitas delas relacionadas a controles internos, destinadas à prevenção e combate à lavagem de dinheiro, além de avaliar e auxiliar os países quanto às medidas tomadas por eles nesse mister.

Por fim, o Brasil também tem atuado intensamente na prevenção e combate à lavagem de dinheiro. Nesse sentido, podemos citar a atuação do Coaf, que, ao regular e fiscalizar os setores econômicos que não possuam órgão regulador e fiscalizador próprio, ao aplicar sanções administrativas, ao receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas de atividade ilícita e ao comunicar às autoridades competentes para instauração de procedimentos, auxilia para evitar a utilização do sistema financeiro, pelos criminosos, para a prática do crime de lavagem de dinheiro.

Referências

- ALMEIDA, Marcelo Cavalcanti. **Auditoria: um curso moderno e completo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.
- BRAGA, Rômulo R. P. **Lavagem de dinheiro: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- BRASIL. **Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.
- CALLEGARI, André Luís. **Dinheiro penal econômico e lavagem de dinheiro. Aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. **Do crime de “branqueamento de capitais”**. Coimbra: Almedina, 2001.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. JusPodivm. 2. ed. 2014.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. Atlas S.A. 3. ed. 2015.
- MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SALVO, Mauro. (2010). **O Combate à Lavagem de Dinheiro como Inibidor da Corrupção no Brasil: custos e benefícios dos controles internos na fiscalização das pessoas politicamente expostas**. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/01q5s3np>. Acesso em: 18 jun. 2020
- VIEIRA, Vania Lucia Ribeiro. **The Performance of the Brazilian Financial Intelligence Unit in the Prevention of Money Laundering in View of the Theory of Responsive Regulation**. *Journal of Law and Regulation / Revista de Direito Setorial e Regulatório*, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 263-288, may 2018. ISSN 2446-5259. Disponível em: <http://www.ndsr.org/SEER/index.php?journal=rdsr&page=article&op=view&path%5B%5D=348>. Acesso em: 18 jun. 2020.
- PLATT, Stephen. **Capitalismo criminoso: como as instituições financeiras facilitam o crime**. Tradução Celso Roberto Paschoa. São Paulo: Cultrix, 2017.

PORTAL DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Em São Paulo, governo realiza seminário sobre tráfico de bens culturais com participação da UNESCO.** Brasília, 1 de junho de 2018a. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/em-sao-paulo-governo-realiza-seminario-sobre-traffic-de-bens-culturais-com-participacao-da-unesco/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

PORTAL DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **ONU chama países em desenvolvimento a combater a evasão fiscal em prol dos objetivos globais.** Brasília, 19 de fevereiro de 2018b. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-chama-paises-em-desenvolvimento-a-combater-a-evasao-fiscal-em-prol-dos-objetivos-globais/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

PORTAL DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Sediar eventos esportivos pode abrir brechas para corrupção em larga escala, diz UNODC.** Brasília, 22 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/sediar-eventos-esportivos-pode-abrir-brechas-para-corrupcao-em-larga-escala-diz-unodc/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

PORTAL DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Medidas de combate ao terrorismo ameaçam remessas enviadas por diáspora somali, afirma ONU.** Brasília, 19 de janeiro de 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/medidas-de-combate-ao-terrorismo-ameacam-remessas-enviadas-por-diaspora-somali-afirma-onu/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

PORTAL DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Representantes do UNODC Brasil participam de oficina sobre lavagem de dinheiro e corrupção no Paraguai.** Brasília, 17 de novembro de 2014. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/representantes-do-unodc-brasil-participam-de-oficina-sobre-lavagem-de-dinheiro-e-corrupcao-no-paraguai/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

PORTAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Princípios Fundamentais para uma Supervisão Bancária Efetiva.** Título original: *Core Principles for Effective Banking Supervision*. Tradução livre efetuada por Thais Scattolini Lorena Lungov. Disponível em https://www.bcb.gov.br/fis/supervisao/docs/core_principles_traducao2006.pdf. Acesso em 11 abr. 2020.

PORTAL DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. **COAF divulga balanço das atividades de inteligência financeira realizadas em 2018.** Brasília, 27 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2018/dezembro/coaf-divulga-balanco-das-atividades-de-inteligencia-financeira-realizadas-em-2018>. Acesso em: 14 abr. 2020.

PORTAL DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Coaf. Relatório de Atividades 2017.** Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/relatorio-de-atividades/arquivos/relatorio-de-atividades-coaf-2017.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.

PORTAL DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Fases da Lavagem de Dinheiro.** Disponível em: <https://www.fazenda.gov.br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro#fases-da-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 7 mai. 2020.

PORTAL DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. **40 Recomendações do GAFI.** Tradução feita por Deborah Salles e revisada por Aline Bispo sob a coordenação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Disponível em: <https://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>. Acesso em: 7 mai. 2020.

PORTAL DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF.** Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf>. Acesso em 8 abr. 2020.

PORTAL DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Secretaria Nacional de Justiça. **Indicadores DRCI/SNJ-2018 janeiro–novembro. Combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.** Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/estatisticas/indicadores-drci-2018-novembro-combate-a-corrupcao-e-a-lavagem-de-dinheiro.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2020.

PORTAL DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Laboratório de Tecnologia contra Lavagem de Dinheiro (LAB-LD).** Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/LAB-LD>. Acesso em: 12 abr. 2020.

Processo Administrativo Sancionador do Banco Central: avanços e controvérsias

André Lipp Pinto Basto Lupi*
Silvana Fátima Mezaroba Bonsere**

Introdução. 1 O Processo Administrativo Sancionador no âmbito do BCB: importantes alterações do regime da Lei 13.506/2017. 1.1 O Processo Administrativo Sancionador. 1.2 Penalidades previstas para o Processo Administrativo Sancionador. 1.3 Termo de compromisso. 1.4 Medidas cautelares. 1.5 Do rito do processo. 1.6 Acordo administrativo em processo de supervisão. 2 Modernização do Processo Administrativo Sancionador: principais avanços. 3 Novo marco legal punitivo: principais controvérsias sobre o Processo Administrativo Sancionador na esfera de atuação do BCB. Considerações finais. Referências.

Resumo

O presente estudo busca analisar os principais avanços trazidos pela Lei 13.506, de 13 de novembro de 2017, no âmbito do Processo Administrativo Sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil (BCB), bem como investigar quais as principais controvérsias que ainda perduram acerca dessa temática após três anos de vigência da Lei 13.506/2017. A metodologia utilizada é dedutiva, por intermédio de uma abordagem qualitativa; quanto ao procedimento, é uma pesquisa bibliográfica, com ênfase para dados e decisões que envolvem o BCB, bem como artigos científicos publicados e demais estudos e críticas de profissionais da área de Direito Bancário sobre o tema. Como resultado do presente estudo, concluiu-se que o poder de sanção do BCB foi ampliado, conferindo-lhe um maior poder de decisão e discricionariedade com essa alteração legislativa, enquanto também privilegiou a adoção de meios consensuais de solução de conflitos, a representar importante inovação. Por outro lado, esse poder exige da autarquia uma observação redobrada com fundamentação nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando-se que o contrário poderia implicar em mera arbitrariedade. Ademais, o mercado financeiro exige um sistema hígido, equilibrado e que garanta a segurança dos consumidores e investidores, motivo pelo qual se justifica o advento da Lei 13.506/2017.

Palavras-chave: Processo Administrativo Sancionador. Banco Central do Brasil. Penalidades. Regulação. Supervisão.

* Pós-doutor em Direito Empresarial pela Universidade de Lisboa, doutor em Direito pela USP, com estágio doutoral no IUHEI, Genebra. Mestre e bacharel em Direito pela UFSC. Professor permanente do curso de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UniCuritiba. Professor de Direito Empresarial da UFSC. Professor da Especialização em Direito Empresarial e Negócios da Univali. Ex-presidente da Comissão do Qualis para periódicos na Área do Direito na Capes (2011-2014). Presidente da Comissão de Direito Empresarial da OAB/SC. Advogado, sócio de Menezes Niebuhr Advogados Associados. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5574-1736>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5701804991675349>. E-mail: andre@mnadvocacia.com.br.

** Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus de Erechim-RS. Possui especialização em Direito Civil e Processual Civil pela URI, campus de Erechim-RS, e em Direito Empresarial (LLM), pela Fundação Getúlio Vargas. Assessora Jurídica da Sicredi UniEstados – Erechim-RS. Juíza leiga do Juizado Especial Cível na Comarca de Erechim-RS. Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba (UniCuritiba) – PR. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8017-4518>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7921257258279952>. E-mail: silvanamezaroba@gmail.com.

Central Bank Sanctioning Administrative Process: advances and controversies

Abstract

The objective of this article is to analyze the main advances brought by Law Nr. 13,506, issued on November 13th, 2017 in the context of the sanctioning administrative process in the sphere of action of the Central Bank of Brazil. It also aims to investigate what are the main open questions that remain about this theme after three years of the enforceability of Law Nr. 13,506/2017. The methodology used is deductive, through a qualitative approach; as for the procedure, it is a bibliographic search with emphasis on data and decisions involving the Central Bank of Brazil, as well as published scientific articles and other studies and criticisms of professionals in the area of Banking Law on the subject. As a result of the present study, we concluded that the sanction power of the Central Bank of Brazil was enlarged and it was given greater power to decision and discretion with this legislative change. At the same token, the Law included consensual approaches to settle disputes, which was a relevant innovation. On the other hand, this requires from the autarchy redoubled observation based on the principles of reasonableness and proportionality, considering that the opposite could imply mere arbitrariness. In addition, the financial market requires a healthy, balanced system that guarantees the safety of consumers and investors, which is why the advent of Law Nr. 13,506/2017 is justified.

Key-words: *Sanctioning Administrative Process. Central Bank of Brazil. Penalties. Regulation. Supervision.*

Introdução

O estudo em questão tem por objetivo analisar os principais avanços trazidos pela Lei 13.506, de 13 de novembro de 2017, no âmbito do Processo Administrativo Sancionador (PAS) na esfera de atuação do Banco Central do Brasil (BCB), bem como investigar quais as principais controvérsias que ainda perduram acerca dessa temática após três anos de vigência da referida lei.

Nesse aspecto, é importante afirmar que, em 13 de novembro de 2017, foi sancionada a Lei 13.506/2017, que, entre outros temas, dispôs sobre o Processo Administrativo Sancionador nos âmbitos do BCB e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e vem regulada pelas Circulares 3.857 e 3.858, ambas de 14 de novembro de 2017, de edição do BCB. Trata-se de matéria que originalmente fora submetida pelo governo por meio da Medida Provisória 784, que passou pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, mas acabou perdendo sua vigência antes que houvesse a sua aprovação final e conversão em lei. Depois desse evento, o tema voltou à cena por meio do Projeto de Lei 8.843, de autoria do deputado Pauderney Avelino, apresentado ao Plenário da Câmara em 17 de outubro de 2017, muito criticado em razão dos inúmeros pedidos de emendas e porque praticamente replica o texto da Medida Provisória 784 (BRASIL, 2017).

Por conseguinte, passados três anos de vigência da Lei 13.506/2017, torna-se oportuno analisar seus principais impactos e avanços em matérias da esfera de atuação do Banco Central do Brasil, bem como investigar as principais controvérsias ainda presentes no texto legislativo. Cinge-se, este estudo, portanto, em analisar o Processo Administrativo Sancionador apenas na esfera de atuação do BCB.

Espera-se dessa forma contribuir com assuntos relevantes sobre o mercado supervisionado pelo BCB, ressaltando quais são as principais iniciativas trazidas pela legislação, bem como os principais pontos controversos e que exigem atenção do Estado e do supervisionado.

Para cumprir com o objetivo proposto, a análise e a exploração serão feitas por meio de abordagem teórica, e a metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, com ênfase para dados e decisões que envolvem o BCB, bem como artigos científicos publicados e demais estudos e críticas de profissionais da área de Direito Bancário sobre o tema.

Inicia-se o estudo apresentando-se as importantes introduções do texto legislativo, para então evoluir-se para os avanços mais significativos sobre o tema, e, por fim, explorarem-se os principais pontos controversos da aplicação da Lei 13.506/2017, bem como as principais evidências que demonstram as abordagens trazidas.

I O Processo Administrativo Sancionador no âmbito do BCB: importantes alterações do regime da Lei 13.506/2017

I.1 O Processo Administrativo Sancionador

O BCB exerce importante função no exercício de vigilância e fiscalização do mercado financeiro, bem como no controle das operações bancárias (ABRÃO, 2018, p. 76-77). Nesse cenário, é oportuno destacar que a Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que instituiu o Conselho Monetário Nacional (CMN) e dispôs sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, trazia em seu bojo um único artigo que tratava das penalidades no âmbito das instituições financeiras (art. 44), o qual foi revogado pela nova legislação em vigor. Ainda, o art. 34 da mencionada lei, que dispunha sobre algumas vedações para contratação de operações de crédito com partes correlacionadas com as instituições financeiras, também foi revogado parcialmente (ABRÃO; SANTOS; SZTAJN; VERÇOSA, 2018, p. 33).

Entre as principais mudanças impactantes do PAS na esfera de atuação do BCB, nota-se a extensão do rol de infrações, inclusive graves; a dosimetria das penas, que serão calculadas considerando principalmente, a consequência da infração e o porte das instituições; a criação da pena de admoestação pública; a criação da pena de proibição de realizar determinadas atividades e serviços, sem prejuízo da continuidade dos demais negócios; a extinção da pena de advertência; a possibilidade de aplicação cumulativa das penalidades; o aumento substancial do teto da multa – de até R\$250.000,00 para até R\$2.000.000,00 ou 0,5% da receita de serviços e produtos financeiros; as medidas coercitivas (relatórios adicionais, por exemplo); as medidas acautelatórias (afastamento temporário de um diretor, por exemplo); a criação do termo de compromisso, sem confissão, para infrações não graves, firmado antes da instauração do processo administrativo e até a sua decisão de primeira instância; a criação do acordo administrativo, firmado no decorrer do processo administrativo, em qualquer fase, com confissão – exemplar ao acordo de leniência, que não elide o processo penal; e a ausência de efeito suspensivo nos recursos.

Nesse cenário, é possível aferir que anteriormente à vigência da Lei 13.506/2017, o panorama que se apresentava não garantia eficiência ao poder administrativo sancionador de caráter punitivo do BCB. Logo, as justificativas da legislação em vigor apresentam-se pela tipificação legal adequada de ocorrências irregulares e abrangência de bens jurídicos relevantes para a manutenção da estabilidade, da integridade e do regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional (SFN) e do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB). Como principais objetivos das mudanças, cita-se o de

promover o enfrentamento de um cenário de *undercompliance*, bem como tornar o SFN mais estável e eficiente. Esclarece-se, portanto, como soluções propostas pela Lei 13.506/2017, o aumento do poder punitivo do BCB e da CVM, a tipificação de condutas em termos vagos e a criação de novos instrumentos coercitivos (BARBOSA; ROCHA, 2018, p. 3).

Além dos objetivos acima mencionados, compete reforçar que a Lei 13.506/2017 vem regulada pela Circular 3.857/2017, que dispôs sobre o rito do PAS, a aplicação de penalidades, o termo de compromisso, as medidas acautelatórias, a multa cominatória e o acordo administrativo no processo de supervisão previstos na lei em comento e na Circular 3.858, também de 14 de novembro de 2017, que regulamentou os parâmetros para a aplicação das penalidades administrativas previstas na Lei 9.613, de 3 de março de 1998, legislação esta que dispôs sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores.

Quanto aos sujeitos passivos, a legislação em tela (BRASIL, 2017) estabelece que o procedimento se aplica em casos de infrações cometidas por instituições financeiras, demais instituições supervisionadas pelo BCB e integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) e ainda esclarece que também poderão configurar como sujeitos passivos as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, sem a devida autorização, atividade sujeita à supervisão ou à vigilância do BCB, prestem serviço de auditoria independente para instituições financeiras e aquelas supervisionadas pela autarquia federal ou serviço de auditoria cooperativa, atuem como administradores, membros da diretoria, do conselho de administração, do conselho fiscal, do comitê de auditoria e de outros órgãos,¹ ou, ainda, sejam administradores ou responsáveis técnicos das pessoas jurídicas que prestem serviço de auditoria independente para as instituições financeiras e aquelas supervisionadas pelo Banco Central ou serviço de auditoria cooperativa. (GUIMARRÃES; SPERCEL, 2018, p. 5).

Torna-se importante esclarecer que, embora enfatizado que o art. 34 da Lei 4.595/1964 não tenha sido revogado na sua totalidade, tal artigo foi objeto de algumas alterações e vedações ali impostas – realização de operação de crédito com parte relacionada – continuam vigentes e, caso não atendidas, configuram crime contra o SFN, nos termos do art. 17 da Lei 7.492/1986.² A nova legislação traz um rol extenso de infrações, consideradas como infrações e infrações graves, respectivamente, sujeitas às penalidades previstas. Algumas condutas, no entanto, têm conotação aberta, cujo preenchimento depende do contexto da atividade bancária (ABRÃO; SANTOS; SZTAJN; VERÇOSA, 2018, p. 33) e deverão ser analisadas pelo BCB quando houver a verificação do contexto fático no processo investigativo.

1.2 Penalidades previstas para o Processo Administrativo Sancionador

Quanto às sanções, há de se asseverar que a função do BCB em disciplinar as penalidades, as medidas coercitivas e os meios alternativos, tal como previstos na norma, é suportada em razão do seu poder regulamentar, respeitado o princípio da reserva legal, obviamente, e em razão do seu poder discricionário. (ABRÃO; SANTOS; SZTAJN; VERÇOSA, 2018, p. 72). Considerando as inovações trazidas, não se pode olvidar que a Lei 13.506/2017 estabeleceu que as penas previstas podem ser aplicadas individual ou cumulativamente, terminando assim com a controvérsia sobre a possibilidade de aplicação de mais de uma pena sobre o mesmo acontecimento fático.

¹ Órgãos mencionados no inciso II, do art. 2º, da Lei 13.506/2017.

² O artigo 34 da Lei 4.595/1964 aborda a vedação às instituições financeiras para realizar operação de crédito com a parte relacionada. Esse artigo traz também quem são as partes relacionadas, e o que se excetua das referidas vedações. Note-se que a não observância desse dispositivo implica crime contra o SFN, punível nos termos da Lei 7.492/1986.

A grande novidade que veio substituir a pena de advertência é a penalidade de admoestação pública, trazida pelo artigo 6º da lei, esclarecendo que esta nova modalidade de penalidade causa um impacto reputacional à instituição financeira no mercado e tem por objetivo causar uma reação negativa diante da infração cometida (GUIMARRÃES; SPERCEL, 2018, p. 9), traduzindo-se em meio punitivo destacado para sancionar pessoas jurídicas com o *shaming* (SCANDELARI; POZZOBON, 2019).

Acrescente-se que a pena de multa não excederá a 0,5% da receita de serviços e de produtos financeiros apurada no ano anterior ao da consumação da infração ou, no caso de ilícito continuado, da consumação da última infração, ou R\$2.000.000.000,00. É importante observar que, em caso de multa com valor superior a R\$50.000.000,00, esta será automaticamente submetida a reexame por órgão colegiado do BCB.³

Rachel Sztajn e Haroldo Verçosa (2018, p. 73) ponderam sobre a penalidade da multa que a fixação dessa pena deverá ser dosada pelo BCB para não levar a perdas patrimoniais que possam acarretar, inclusive, a liquidação das instituições reguladas, haja vista que dois bilhões de reais podem não significar muito para algumas instituições, mas, para outras instituições de menor porte, poderá traduzir-se no seu fim.

Outra penalidade de suma importância a se observar diz respeito à proibição de prestar determinados serviços para as instituições-alvo e a proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação. Trata-se de sanções que impactam diretamente a receita da instituição financeira. Significa dizer que, para a instituição financeira punida, o mercado será restringido, logo, a possibilidade de realizar novos negócios também.

Por sua vez, a penalidade de inabilitação para atuar como administrador e para exercer um cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social da instituições-alvo afasta o administrador do mercado financeiro, mas, segundo a doutrina sobre a matéria, essa penalidade já estava incorporada ao SFN (ABRÃO; SANTOS; SZTAJN; VERÇOSA, 2018, p. 76). Quanto à cassação de autorização para funcionamento, a instituição apenas permanecerá sob a supervisão do BCB enquanto mantiver em seu patrimônio operações passivas, e o órgão regulador poderá determinar a adoção das medidas que entender necessárias para a retirada da instituição do SFN, do Sistema de Consórcios ou do SPB.⁴ (BRASIL, 2017).

Sobre todas essas penalidades mencionadas, alguns apontamentos trazidos nos arts. 9º e 10 da Lei 13.560/2017 merecem destaque. O primeiro diz respeito ao fato de que somente serão aplicadas em caso de ocorrência de falta grave as penalidades de proibição de prestar determinados serviços para as instituições-alvo, de proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação, de inabilitação para atuar como administrador e a cassação de autorização.

Ademais, quanto ao prazo das penalidades de proibição e inabilitação,⁵ estas não poderão exceder o período de vinte anos. Quanto à fixação de lapso temporal, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido neste sentido, ainda em 1999:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENA DE INABILITAÇÃO PERMANENTE PARA O EXERCÍCIO DE CARGOS DE ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INADMISSIBILIDADE: ART. 5º, XLVI, “e”, XLVII, “b”, E § 2º, DA C.F. REPRESENTAÇÃO DA

3 Previsão constante do artigo 7º da Lei 13.506/2017.

4 Artigo 9º, § 2º da Lei 13.506/2017.

5 Artigo 5º, incisos III, IV e V, da Lei 13.506/2017.

UNIÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE PARA INTERPOSIÇÃO DO R.E. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. [...] 2. No mérito, é de se manter o aresto, no ponto em que afastou o caráter permanente da pena de inabilitação imposta aos impetrantes, ora recorridos, em face do que dispõem o art. 5º, XLVI, “e”, XLVII, “b”, e § 2 da C.F. 3. Não é caso, porém, de se anular a imposição de qualquer sanção, como resulta dos termos do pedido inicial e do próprio julgado que assim o deferiu. 4. **Na verdade, o Mandado de Segurança é de ser deferido, apenas para se afastar o caráter permanente da pena de inabilitação, devendo, então, o Conselho Monetário Nacional prosseguir no julgamento do pedido de revisão, convertendo-a em inabilitação temporária ou noutra, menos grave, que lhe parecer adequada.** [...] (BRASIL, 1999) (grifo nosso).

Outro apontamento refere-se à evidente obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que devem ser atendidos mesmo diante do poder discricionário do BCB, haja vista que, do contrário, poderia implicar completa arbitrariedade.⁶

1.3 Termo de compromisso

Quanto às inovações, a primeira trazida pela nova legislação é o termo de compromisso, motivada pelo “interesse na efetividade da supervisão; na proteção ao bem jurídico tutelado; e no cumprimento voluntário de obrigações pelas entidades reguladas” (COZER, 2019).

O termo de compromisso poderá ser firmado por proposta sigilosa da parte e não suspende o PAS; poderá ser apresentado a qualquer momento, desde que até a prolação da decisão de primeiro grau no âmbito do BCB, e não se aplica aos casos de lavagem de dinheiro e infrações graves.

Além disso, os efeitos ficam restritos ao âmbito de competência na esfera de atuação do BCB, e exige-se da instituição a declaração de cessação da prática sob investigação, a descrição das medidas reparatórias que serão adotadas e em que prazo, a descrição e a quantificação dos prejuízos porventura causados e, ainda, o valor da contribuição pecuniária.

Ademais, a apresentação ou assinatura de termo de compromisso não importa em confissão de fatos nem o reconhecimento de ilicitude, mas constitui título executivo extrajudicial e, em caso de descumprimento total ou parcial implicará sua revogação, cabendo ao órgão regulador exercer as medidas administrativas e judiciais necessárias para a execução das obrigações assumidas (BARBOSA; ROCHA, 2018, p. 16).

Por outro lado, o termo de compromisso não será impedimento para que o BCB comunique as infrações ao Ministério Público e/ou aos demais órgãos públicos competentes, de forma que, depois de firmado, suspenderá o processo administrativo apenas no âmbito do próprio BCB (GUIMARRÃES; SPERCEL, 2018, p. 12).

Em arremate, vale colacionar a avaliação de Cozer (2019) acerca do novo mecanismo:

Nesse contexto, a possibilidade de a autarquia firmar TC com pessoas sujeitas a sua fiscalização é um dos avanços que melhor representam os ganhos em matéria de racionalidade e eficiência advindos da nova disciplina legal. Ao dar ensejo à negociação do poder persecutório do supervisor do sistema financeiro, o instrumento permite poderoso alinhamento entre os

6 O art. 10 da Lei 13.506/2017 estabelece que, na aplicação das penalidades, será considerada a gravidade e a duração da infração; o grau de lesão ou o perigo de lesão ao SFN, ao Sistema de Consórcios, ao SPB, à instituição ou a terceiros, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a capacidade econômica do infrator; o valor da operação; a reincidência; e a colaboração do infrator com o BCB para a apuração da infração. E, além disso, a Circular 3.857, do BCB, também adentra nesse ponto para atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

incentivos dos agentes econômicos e os bens jurídicos tutelados pela legislação, no interesse da resolução imediata e abrangente de fragilidades e deficiências detectadas na prática empresarial de entidades reguladas.

Vê-se, portanto, que o termo de compromisso, em linha com uma tendência geral do Direito brasileiro de valorização de meios consensuais de solução de conflitos, deve contribuir para uma inserção colaborativa dos agentes regulados no âmbito desse procedimento.

1.4 Medidas cautelares

Buscando maior eficácia na coerção e fiscalização, a Lei 13.506/2017 reproduziu, também, algumas medidas coercitivas e acautelatórias de competência do BCB⁷ e, se presentes os requisitos de verossimilhança das alegações e do perigo de mora, a legislação permite ao BCB determinar o afastamento de quaisquer dos membros da administração, conselhos, comitê de auditoria e/ou outros órgãos previstos no estatuto social da instituição financeira, bem como impedir que o investigado atue como administrador, conselheiro, auditor ou em outro órgão previsto no estatuto social da respectiva instituição. Além disso, poderá o Banco Central, ainda, impor restrições para a realização de determinadas atividades ou operações e/ou determinar que a instituição supervisionada substitua o auditor independente ou a sociedade responsável pela auditoria contábil; ou, ainda, a entidade responsável pela auditoria cooperativa. (GUIMARRÃES; SPERCEL, 2018, p. 13). Por fim, sendo o caso de descumprimento das medidas previstas na mencionada lei, o infrator ficará sujeito às disposições do art. 8º.⁸

1.5 Do rito do processo

O rito processual do PAS previsto na legislação em comento e ainda na Circular 3.857/2017 do BCB inicia-se por meio de citação, e há previsão de que poderá o BCB deixar de instaurar o processo administrativo se considerar baixa a lesão ao bem jurídico tutelado, devendo, nesse caso, utilizar outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência. Vale dizer que normalmente o Banco Central utiliza-se de meio eletrônico para a comunicação dos atos, chamado de “BC Correios”, e as decisões são publicadas em sítio do Banco Central em forma de resumo. Das decisões caberão recursos com efeito suspensivo ou devolutivo, a depender da penalidade aplicada (BACEN, 2017a).

Outros pontos importantes relativos ao rito processual do PAS no BCB referem-se à vedação expressa de agravamento da penalidade em razão do recurso ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional e, ainda, à disposição na Circular 3.857/2-017 de que, em caso de sucessão, o PAS não será instaurado em relação à pessoa jurídica sucessora quando se tratar de irregularidade anterior à reorganização, salvo se verificada a ocorrência de fraude ou simulação (BACEN, 2017a).⁹

Por fim, nota-se que na aplicação das penalidades deverá ocorrer a observância do art. 10 da Lei 13.560 e na gradação das penas deverão ser ponderadas as agravantes e atenuantes, bem como as causas de aumento previstas na Circular 3.857/2017.

7 Art. 16 da Lei 13.506/2017.

8 Art. 18 da Lei 13.506/2017.

9 Artigo 4º da Circular 3.857.

1.6 Acordo administrativo em processo de supervisão

O acordo administrativo em processo de supervisão trata-se de uma figura muito próxima aos acordos de leniência, utilizados no âmbito da investigação da prática de atos contra a Administração Pública, e pode ser admitido como uma espécie de delação premiada, pois quem colabora recebe uma espécie de premiação que importa na redução ou extinção de sua punição em contrapartida ao auxílio prestado ao Banco Central (GUIMARRÃES; SPERCEL, 2018, p. 17) (CUNHA; NEVES, 2019, p. 48).

Verçosa e Sztajn (2018, p. 99) esclarecem que o legislador aplicou a estratégia de Teoria dos Jogos – Dilema do Prisioneiro – às previsões de acordo administrativo em processo de supervisão, e apontam que em casos ainda sob investigação, a delação premiada facilita o processo investigatório do BCB.

É importante destacar também que a proposta de acordo administrativo em processo de supervisão permanecerá sob sigilo e, diferentemente do termo de compromisso, implica confissão quanto à infração cometida na esfera de competência de atuação do BCB (ABRÃO; SANTOS; SZTAJN; VERÇOSA, 2018, p. 99).

Entre as regras legais gerais e regulamentares, nota-se que o acordo administrativo em processo de supervisão¹⁰ (BRASIL, 2017) poderá ser firmado por proposta sigilosa da parte e não suspende o PAS; o momento de apresentação pode variar desde antes da instauração do PAS até antes da decisão de primeira instância, mas exige-se confissão e resultado útil para a ação sancionadora.

Além disso, exige-se em sede de acordo administrativo em processo de supervisão o atendimento às condições especiais, mas a proposta rejeitada não importa em confissão de fatos ou reconhecimento de ilicitude. Por sua vez, a decisão pela assinatura do acordo administrativo pelo BCB será tomada por órgão colegiado e o acordo administrativo poderá ensejar a redução de 1/3 a 2/3 da sanção ou a extinção da punibilidade (BARBOSA; ROCHA, 2018, p. 19).

Por conseguinte, feitas as considerações acerca das importantes variações trazidas com o regime da Lei 13.506/2017, continua-se a análise com ênfase nos principais avanços implantados com essa modernização ao PAS do Banco Central, que passa a ser objeto de estudo do próximo capítulo.

2 Modernização do Processo Administrativo Sancionador: principais avanços

Tratando-se do PAS na esfera de atuação do Banco Central, pode-se afirmar que esse processo passou por profunda modernização, atendidos os princípios informadores do processo administrativo no âmbito da Administração Pública, e propõe soluções rápidas para o atual cenário econômico-financeiro que o Banco Central fiscaliza.

Para o BCB (2019), a Lei 13.506/2017 fortalece a punição de atos ilícitos. O processo tornou-se mais moderno, as penalidades são mais efetivas, o termo de compromisso apresenta-se como um meio alternativo para solução de conflitos, o acordo administrativo em processo de supervisão incentiva a colaboração dos investigados e as medidas coercitivas e acautelatórias auxiliam no cumprimento das determinações da Autarquia.

Sobre o fortalecimento e a efetividade das punições, pode-se afirmar que a extensão do rol das infrações e a aplicação das penalidades previstas na Lei 13.506/2017, em caso de descumprimento de quaisquer normas legais e regulamentares, quer seja do SFN, do Sistema de Consórcios ou do

10 Artigos 30 a 32 da Lei 13.506/2017.

SPB, já resolve uma questão de técnica legislativa (BRASIL, 2017). Anteriormente à sua vigência, o antigo art. 44 da Lei 4.595/1964 dispunha que “as infrações aos dispositivos desta lei [...]” sujeitavam os agentes às penalidades ali previstas (BRASIL, 1964). No entanto, essa normatização tornava impraticável a sua aplicação a atos que não estivessem dispostos na própria Lei 4.595/1964, tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido neste sentido:

ADMINISTRATIVO. MERCADO DE CÂMBIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CONDUTA TIPIFICADA EM CIRCULARES DO BACEN. SANÇÃO PREVISTA NO ART. 44 DA LEI 4.595/1964. INAPLICABILIDADE. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO. (BRASIL, 2015).

ADMINISTRATIVO. MERCADO DE CÂMBIO. CONDUTA TIPIFICADA EM CIRCULARES DO BACEN. SANÇÃO PREVISTA NO ART. 44 DA LEI 4.595/1964. INAPLICABILIDADE. **1. As sanções previstas no art. 44 da Lei 4.595/1964 aplicam-se exclusivamente às condutas tipificadas naquele mesmo ato normativo, referindo-se expressamente às “infrações aos dispositivos desta lei”.** Inviável cobrança dessas multas pecuniárias por condutas descritas em normas infralegais. Precedentes do STJ. 2. Recurso Especial provido. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Destarte, a ampliação do rol de infrações e a aplicação das penalidades da Lei 13.506/2017, em caso de descumprimento de quaisquer normas legais e regulamentares, são mecanismos que viabilizam a atuação do Banco Central e aumentam o seu poder punitivo. Por outro lado, também fortalecem as atividades de *compliance* das instituições reguladas pelo Banco Central; os programas de integridade assumem papéis importantes na mitigação de riscos, elevando assim o nível de confiança dos investidores.

Embora a regulação e a supervisão sejam atividades distintas, porque aquela dita as regras do jogo – formula e normatiza –, enquanto que esta exerce a função de acompanhamento do comportamento dos agentes, muitas vezes fundem-se na operação prática (MIRAGEM, 2019, p. 148) e os programas de integridade das instituições financeiras têm um papel fundamental nessa correlação e, mais ainda, na mitigação de riscos, que passa a ser um objetivo da legislação de 2017. (ALVES; SOUZA LIMA, 2019, p. 175).

A crise de 2007/2008 ensinou ao mundo que é necessário conhecer os riscos e manter as atividades bancárias controladas, porque a má gestão pode trazer problemas sociais incalculáveis. O Brasil passou por aquele momento de maneira mais confortável porque já havia enfrentado uma crise anterior em 1994 e vinha mantendo um sistema financeiro hígido, com a regulação de capital rigorosa. Não foi o objetivo da Lei 13.506/2017 flexibilizar processo algum de regulação ou supervisão, mas, pelo contrário, intensificar o compromisso do Brasil com a solidez e estabilidade do SFN (ALVES; SOUZA LIMA, 2019, p. 175-185).

Para tanto, o legislador previu a tipificação das condutas de forma mais aberta, adequou as tipificações legais às ocorrências irregulares e protegeu bens jurídicos relevantes para garantir um adequado tratamento às condutas ilícitas no SFN. Por outro lado, visando dar maior efetividade ao processo administrativo, trouxe à cena novos institutos de solução alternativa de conflitos.

O termo de compromisso e o acordo administrativo em processo de supervisão são as modernizações mais revolucionárias do PAS na esfera de atuação do Banco Central. Ambos os instrumentos são mecanismos alternativos para solução de conflitos e despontam como uma forma de cooperação e busca por consenso entre o regulado e o regulador. (SADDI, 2019, p. 30).

Embora haja teses em defesa do princípio da indisponibilidade do interesse público, o termo de compromisso e o acordo administrativo em processo de supervisão justificam-se porque a consensualidade tem custado menos e interessado mais ao Poder Público (ROMAN; PORTUGUEZ, 2019, p. 89-90), constituindo uma tendência de valorização de meios consensuais, inclusive em matérias de Direito Público (SANTOS; MAILLART, 2019, p. 219-234).

Além disso, o termo de compromisso já era uma prática consolidada na Comissão de Valores Mobiliários desde 1997, em razão da introdução trazida pela Lei 9.457/1997 e agora consolidada-se também no processo administrativo na esfera de atuação do BCB.

O termo de compromisso é um acordo firmado entre o regulado (instituição sob supervisão no processo administrativo) e o órgão regulador (BCB), mediante concordância de assumir determinadas obrigações por parte do administrado e o preenchimento dos demais requisitos previstos no capítulo anterior. Desde a publicação da Lei 13.506/2017 até o final de janeiro de 2020, o BCB já havia publicado 24 termos de compromisso firmados com instituições reguladas ou pessoas físicas relacionadas, esclarecendo-se que em 2018 havia publicação de apenas um termo, e em 2019 foram publicados vinte casos, o que significa que o processo vem sendo disseminado e utilizado como uma alternativa para solução de conflitos (BCB, 2020a).¹¹

Lorraine de Paiva Cunha e Rubia Carneiro Neves (2019, p. 47) asseveram que o termo de compromisso é um mecanismo que tem o propósito de cessar a prática ilícita e restaurar o equilíbrio do SFN. Além desse propósito, por apresentar um caráter reparatório, considera mais a cessação da prática ilícita e o retorno à legalidade do que a punição ao infrator porque, sendo cumprido o compromisso, o processo administrativo será arquivado, e a aplicação da pena não persistirá em razão da perda de objeto.

O acordo administrativo em processo de supervisão, também denominado de acordo de leniência ou leniência financeira, em razão da redação inicial da Medida Provisória 784, que tratou expressamente “Do acordo de leniência”, é uma previsão importante para solução de controvérsias por meio da colaboração dos investigados com a autoridade reguladora, e torna o esclarecimento de ilícitos mais efetivo. É o terceiro Programa de Acordo de Leniência do Brasil, sendo que os dois primeiros tratam do Programa de Leniência Antitruste do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Programa de Leniência Anticorrupção (BONAMIN; FERREIRA, 2019, p. 150-156).

Ressalta-se que o acordo administrativo em processo de supervisão do BCB, assim como o termo de compromisso, não afetam a atuação do Ministério Público ou dos demais órgãos públicos. Além disso, a celebração de acordo administrativo não confere imunidade penal às pessoas físicas e nem mesmo imunidade na esfera cível, quer seja para pessoas físicas ou jurídicas (BONAMIN; FERREIRA, 2019, p. 156). Diante disso, poderá a instituição supervisionada pelo BCB firmar um acordo administrativo beneficiando-se na esfera administrativa, mas o seu diretor, exemplificativamente, sofrer uma sanção penal ou a instituição e os conselheiros e diretores serem demandados a reparar o dano na esfera cível.

Nesse aspecto, a crítica feita à legislação vigente refere-se à ausência de benefícios na esfera penal, que diminui o estímulo à negociação com o Banco Central, pois, para celebrar o acordo, faz-se necessária a confissão de participação no ilícito por parte da pessoa física ou jurídica; diversamente, o termo de compromisso, que não importa em reconhecimento da ilicitude, não se aplica a infrações administrativas consideradas graves. Assim, para a maior parte das infrações que poderiam ser solucionadas por intermédio de acordo administrativo, essa pode não ser a melhor

11 Dados extraídos do site do BCB.

alternativa para solução de conflito, por haver potencial autoincriminação ou simplesmente incriminação das pessoas físicas (a depender do caso) que, por sua vez, não têm imunidade penal ou nem mesmo benefícios nesse sentido (NISHIOKA; RAMOS, p. 125-137).

Nesse mesmo sentido, Lorraine de Paiva Cunha e Rubia Carneiro Neves (2019, p. 53) assim explicam sobre a vantagem do termo de compromisso:

[...] o que se observa a partir das disposições da Lei nº 13.506/2017 é que pode haver uma grande vantagem ao investigado em se celebrar o Termo de Compromisso de Cessação em detrimento do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão, haja vista que naquele não há a exigência de reconhecimento de culpa pela prática da conduta ilícita, o que reduz substancialmente o risco de responsabilização civil ou criminal do agente infrator. Ao passo que no Acordo Administrativo em Processo de Supervisão, além de o investigado ter que assumir sua culpa, ficando vulnerável à reparação de danos a terceiros, ele não obtém a imunidade penal e ainda deve colaborar com as investigações, apresentando informações e documentos que identifiquem os demais envolvidos. Destarte, mostra-se muito mais interessante para o agente infrator correr o risco de ser descoberto pela autoridade e, nesse momento, celebrar o Termo de Compromisso de Cessação, do que se apresentar a ela confessando a prática da conduta ilícita para celebrar o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão e se ver vulnerável a sanções criminais e civis.

Embora sem essa atratividade, ou mesmo diante dessa “falha legislativa” com relação ao acordo administrativo em processo de supervisão *versus* o termo de compromisso, trata-se de institutos necessários para a solução alternativa de conflitos e, sob uma perspectiva econômica, tendem a estimular a cooperação, aumentam a perspectiva de apuração das infrações, desestimulam as infrações e diminuem as despesas com o andamento do PAS (SADDI, 2019, p. 67).

A efetividade e a análise econômicas não se restringiram apenas ao termo de compromisso e ao acordo administrativo em processo de supervisão, uma vez que o legislador também previu a possibilidade de o Banco Central deixar de instaurar o processo administrativo quando “considerada baixa a lesão ao bem jurídico tutelado, devendo utilizar outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência”¹² (BRASIL, 2017). Note-se que, nesse contexto, o BCB poderá usar o seu poder de discricionariedade, dentro desses balizadores, para adotar outros meios, e não apenas a instauração do processo administrativo quando identificar qualquer instabilidade nas atividades por ele reguladas. Essa medida deve significar economia aos cofres públicos e, ainda, gerar mais valor – eficiência – à atividade de supervisão do BCB.

Por fim, cumpre destacar que a Lei 13.506/2017 inaugura um novo marco legal na cultura sancionadora do SFN, e os principais avanços percebidos no PAS na esfera de atuação do BCB dizem respeito ao fortalecimento e à ampliação do rol de infrações, à modernização do processo com meios alternativos para solução de conflitos, mas principalmente porque apresenta um convite à solidificação dos processos de *compliance* bancário. Destarte, feita a análise dos principais avanços, torna-se oportuno analisar as principais controvérsias do mesmo diploma legal, que é a matéria que se apresenta a seguir.

¹² Art. 19, § 1º, da Lei 13.506/2017.

3 Novo marco legal punitivo: principais controvérsias sobre o Processo Administrativo Sancionador na esfera de atuação do BCB

Se, por um lado, a Lei 13.506/2017 inaugura um novo marco legal na cultura sancionadora do SFN, na esfera de atuação do BCB, de igual maneira, também encontra inúmeros juízos controversos ou duvidosos quanto à sua aplicação ou até mesmo quanto à sua forma de origem.

Inicia-se, pois, pelas controvérsias sobre a sua concepção. Oriunda da Medida Provisória 784, de 7 de junho de 2017, entrou em vigor no dia seguinte em razão da sua publicação e revogou dispositivos da Lei 4.595/1964, considerada de caráter complementar. A MP 784 perdeu a sua eficácia em 19 de outubro de 2017 porque não foi votado o projeto de conversão nos termos do art. 62, §§ 3º e 4º da Constituição de 1988. A nova lei – 13.506/2017 – por sua vez, foi promulgada em 13 de novembro de 2017, fruto de um novo projeto de lei – PL 8.843, de 17 de outubro de 2017, que praticamente repetiu o texto da mencionada Medida Provisória e foi aprovado rapidamente nas duas casas do Congresso Nacional em outubro de 2017 (SARAI; SENGER, 2019, p. 29).

Nesse contexto, dois questionamentos surgem, um deles com relação à matéria de direito intertemporal e outro com relação ao processo legislativo. Quanto ao direito intertemporal, questiona-se principalmente qual a lei que estaria vigendo no período vago entre a perda de vigência da MP 784 e a promulgação da Lei 13.506/2017 e, além disso, como seriam punidos os ilícitos praticados entre um e outro normativo. Leandro Sarai e Oswaldo Senger (2019, p. 39) assim explicam sobre a não ilicitude:

Os fatos praticados sob a vigência da MP784, que não são considerados ilícitos para ela, mas que seriam sob a lei anterior, não poderão vir a ser considerados ilícitos no futuro, nem com a perda de eficácia da MP, nem com a previsão de tais fatos como ilícito em lei posterior. Não é possível a atribuição de caráter ilícito superveniente, seja pela vedação da retroatividade em matéria penal, aplicável na esfera punitiva em geral, seja pelo princípio da segurança jurídica.

Com a Lei nº 13.506, de 2017, a situação não se altera: a) um fato ilícito previsto em norma anterior, cuja redação é reproduzida em norma posterior, continua sendo considerado ilícito; b) um fato ilícito previsto em norma anterior, que é revogada, deixa de ser ilícito, não podendo o infrator ser punido por tal fato, salvo se houver norma em sentido contrário.

Após a perda da eficácia da MP784, volta a valer a Lei nº 4.595, de 1964, para os fatos ocorridos a partir de então.

Observe-se, no entanto, que esses questionamentos não interferem na vigência da Lei 13.506/2017 a partir da sua promulgação e publicação,¹³ que, por sinal, está produzindo seus efeitos. Mas, quanto ao ponto do processo legislativo, os autores Rachel Sztajn e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2018, p. 33-35) anunciam que não poderiam ter sido revogados os arts. 42 a 44 da Lei 4.595/1964¹⁴ porque esta lei havia sido recepcionada pela Constituição de 1988 como lei complementar e, nesse ponto, não poderia a Medida Provisória 784/2017, que depois caducou, nem mesmo a Lei 13.560/2017 (lei ordinária), revogar uma lei complementar, e explicam da seguinte forma:

13 A Lei 13.506, de 2017, entrou em vigor na data de sua publicação.

14 Os artigos 42 a 45 da Lei 4.595, de 1964, tratavam das penalidades.

Tenha-se em vista que é notório haver a Lei 4.595/1964 sido recebida pela Constituição Federal de 1988 na categoria de Lei Complementar que, evidentemente, não poderia ser revogada por lei ordinária, no caso precisamente de que trata este texto, instituidora de Processo Administrativo Sancionador. O organizador do *site* do Palácio do Planalto se esqueceu desta particularidade e, sem mais nem menos, eliminou os dispositivos [...] reconhecendo que sua revogação teria ocorrido. [...]

Portanto, diante desta situação jurídica, a sua interpretação nos leva inevitavelmente às seguintes conclusões: (i) os tipos penais da Lei 4.595/1964 mantêm-se em vigor; (ii) foram criados novos tipos penais pela Lei 13.506/2017; e (iii) os tipos penais desta última lei, coincidentes com os da primeira não entraram em vigor porque é vedado configurar como dois crimes diversos a mesma conduta ilícita. (2018, p. 33-35).

No entanto, não é esse o entendimento dos autores Leandro Sarai e Oswaldo Senger ao explicar que, muito embora o art. 192 da Constituição de 1988¹⁵ preveja que o SFN será regulado por lei complementar, essa previsão não se estende ao processo de supervisão, e que, se a Lei 4.595/1964 foi recepcionada como lei complementar, isso ocorreu somente com relação às matérias contidas na referida lei que exigiam tratamento diferenciado desse processo legislativo. Além disso, argumentam os autores que até mesmo os crimes contra o SFN são regulados por lei ordinária, e que seria muito despropositado exigir lei complementar para sanções administrativas (SARAI; SENGER, 2019, p. 33-34).

Note-se, portanto, que se trata de matéria controversa, principalmente nos debates de cunho mais acadêmico, mas as razões trazidas por Leandro Sarai e Oswaldo Senger têm um lastro de razoabilidade significativo para a sustentação do processo legislativo na forma como foi concebido, bem como para aplicação efetiva da lei.

Outro debate diz respeito às tipificações das infrações. Para Fabiano Jantália Barbosa e Pedro Henrique Pessanha Rocha (2018, p. 6), a tipificação aberta das infrações contidas nos arts. 3º e 4º da Lei 13.506/2017 pode significar uma indefinição. Como exemplos, citam-se as seguintes infrações: “opor embaraço à fiscalização do Banco Central do Brasil”; “contribuir para gerar indisciplina no mercado financeiro”; “realizar operações em desacordo com princípios previstos em normas legais e regulamentares”; “afetar severamente a finalidade e a continuidade das atividades ou das operações no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios, ou do Sistema de Pagamentos Brasileiro” (BRASIL, 2017). Para esses especialistas, a indefinição das infrações em razão da sua tipificação aberta poderá gerar consequências indesejadas e, entre elas, o “aumento de custos regulatórios desnecessários, desestímulo à inovação, desestímulo à assunção responsável de risco e inobservância de garantias fundamentais” (2018, p. 7).

Luana Miranda de Oliveira Guimarães e Thiago Spercel (2018, p. 6-7) entendem que os incisos VIII e IX do art. 3º¹⁶ da lei em comento são os alvos do maior número de críticas. Percebe-se que o inciso VIII, ao estabelecer como infração as negociações em preços destoantes dos praticados no mercado, ignorou o fato de que a atuação do mercado financeiro se dá em regime de liberdade,

15 Art. 192. “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”

16 Art. 3º “Constitui infração punível com base neste Capítulo:
VIII - negociar títulos, instrumentos financeiros e outros ativos, ou realizar operações de crédito ou de arrendamento mercantil, em preços destoantes dos praticados pelo mercado, em prejuízo próprio ou de terceiros;
IX - Simular ou estruturar operações sem fundamentação econômica, com o objetivo de propiciar ou obter, para si ou para terceiros, vantagem indevida.”

inclusive com relação às taxas de juros das operações, ficando difícil definir o que poderia ser essa “prática destoante”. Da mesma forma, explicam os autores que o inciso IX – “simular ou estruturar operações sem fundamentação econômica” – adota uma terminologia muito ampla, “que pode se referir tanto a uma operação gratuita quanto a uma operação realizada a preço vil, dificultando assim a definição do alcance da norma”.

Continuando, para os juristas Luana Miranda de Oliveira Guimarães e Thiago Spercel (2018), a previsão do art. 2º, § 2º, combinado com o art. 2º, inciso II da Lei 13.560/2017, que aplica as mesmas regras do PAS na esfera de atuação do BCB aos administradores e aos responsáveis técnicos das pessoas jurídicas que prestem os serviços de auditoria independente ou de auditoria cooperativa, a imprecisão da expressão “responsáveis técnicos” permite certa discricionariedade do BCB que, na prática, pode alargar indevidamente o conceito da norma (GUIMARÃES;SPERCEL, 2018, p. 5).

No entanto, ainda em 2015, o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), em processo do BCB, já havia decidido pela condenação de empresa de auditoria independente, bem como de responsável técnico de empresa de auditoria em razão de emissão de parecer sem ressalvas referentes a demonstrações financeiras e contabilização irregular. O fato gerou reflexo inadequado no mercado da situação econômico-financeira de uma instituição financeira, e a condenação do responsável técnico deu-se com fundamento na Lei 6.385/1976, nas Normas Brasileiras de Contabilidade e na Norma de Procedimentos de Auditoria, entre outras resoluções e deliberações esparsas, o que reflete que a aplicação de penalidades aos responsáveis técnicos de empresas de auditoria não é criação da Lei 13.506/2017 (BRASIL, 2015, p. 1).

Ao analisar a aplicação das penalidades às pessoas físicas, Márcio Valadares e Paulo Portuguez alertam que o BCB deverá atentar para o princípio da proporcionalidade e da capacidade econômica das pessoas supervisionadas, e provocam o seguinte questionamento: “Deve haver alguma associação entre as penalidades pecuniárias impostas às pessoas jurídicas e seus respectivos dirigentes? Se houver, a multa aplicada às pessoas jurídicas deve ser maior, menor ou igual à imposta às pessoas naturais?” (VALADARES e PORTUGUEZ, 2019, p. 2). Nessa indagação, os juristas chamam especial atenção para a limitação da penalidade de multa aplicada aos administradores, diretores e membros de conselhos em razão da dissociação dos critérios do art. 59 da Circular 3.857/2017,¹⁷ que prevê a limitação da penalidade de multa para as instituições financeiras por um percentual sobre o capital ou patrimônio líquido; para as pessoas físicas, a limitação ocorre por um critério de valor fixo (2019, p. 3-5). A dissociação ocorre porque o método deveria ser de percentual ou de valor fixo para ambas as pessoas, físicas e jurídicas. Analisando-se o simples cálculo matemático sem aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, poderá ocorrer a condenação de uma pessoa física à penalidade pecuniária em quantia superior à instituição financeira, o que não parece uma afronta ao considerar a medida de capacidade econômica. Por outro lado, no entanto, o Anexo I da mesma Circular prevê que haverá fatores distintos de ponderação para penas-base de multa às pessoas físicas e jurídicas, devendo ser em grau menor para aquelas.

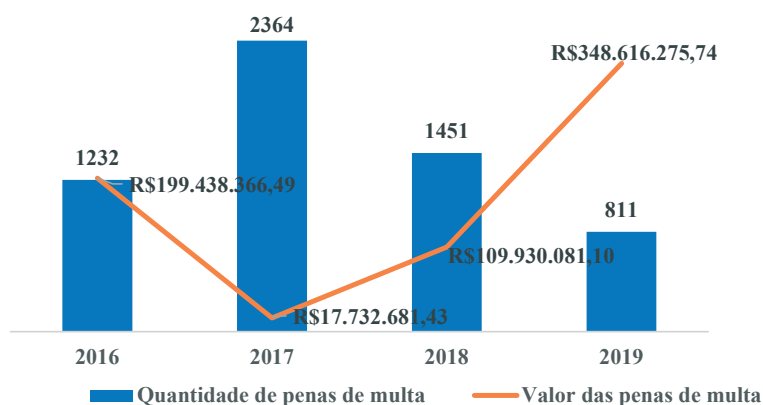
No mesmo sentido, as instituições de menor porte, como corretoras, sociedades de crédito, cooperativas de crédito e administradoras de consórcios, entre outras, poderão ser levadas à liquidação caso não ocorra uma adequada aplicação da penalidade de multa com base nos princípios

17 Art. 59. “A soma das penalidades de multa aplicadas em um único Processo Administrativo Sancionador será limitada: I - para as instituições referidas no caput do art. 2º da Lei nº 13.506, de 2017, ao maior valor entre os seguintes: a) 25% (vinte e cinco por cento) do capital social, quando aplicável, apurado no último balanço disponível no Banco Central do Brasil; b) 50% (cinquenta por cento) do capital mínimo exigido, quando aplicável; ou c) 25% (vinte e cinco por cento) do Patrimônio Líquido (PL), apurado no último balanço disponível no Banco Central do Brasil; [...] III - para as pessoas físicas referidas no inciso III do § 1º do art. 2º da Lei nº 13.506, de 2017, para os administradores das pessoas jurídicas prestadoras de serviço de auditoria independente e de auditoria cooperativa e para os responsáveis técnicos pelo serviço de auditoria independente e de auditoria cooperativa, ao valor de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais) [...]”

da razoabilidade e proporcionalidade. Outrossim, o volume das multas é algo que poderá causar insegurança jurídica e aumento das discussões judiciais acerca dos processos administrativos, caso não atentado claramente para a extensão da infração.

De fato, com base nos dados extraídos do sítio do BCB, os valores das multas aplicadas pela autarquia aumentaram exponencialmente em 2019 se comparado com os três exercícios anteriores, mesmo apresentando diminuição da quantidade de penalidade de multas aplicadas neste mesmo ano. O Gráfico 1 demonstra esse paralelo entre os valores das multas aplicadas pelo BCB de 2016 a 2019 e o histórico da quantidade de penas de multa empregadas no mesmo período.

Gráfico 1 – Valor das multas aplicadas x histórico de quantidade de penas de multa



Fonte: BCB (2020)

Esses dados demonstram o expressivo aumento do montante do valor das multas aplicadas entre 2017 e 2019, mesmo com a diminuição da quantidade das penas aplicadas. Isso pode ser reflexo da alteração legislativa de 2017, tendo em vista o aumento substancial do valor da pena de multa na lei nova; mas, por outro viés, pode demonstrar uma visão mais arrecadatória do que educativa por parte do órgão regulador, sendo um aspecto de merecida atenção. Por outro lado, há de se considerar que a legislação em tela merecia uma alteração quanto à penalidade de multa, pois a Lei 4.595/1964 já se encontrava defasada nesse sentido.

Finalizando as principais controvérsias, há quem defenda que a Lei 13.506/2017 perdeu a oportunidade de trabalhar mais efetivamente o *compliance*, elencando como medida atenuante das sanções a apresentação dos programas de conformidade, que estimulam as recomendações internacionais e as regras do Banco Central, mas vão além das exigências da regulamentação (ALVES; SOUZA LIMA, 2019, p. 191).

Vencidas as explicações acerca das principais controvérsias do PAS na esfera de atuação do BCB, pode-se afirmar que o processo legislativo nasceu conturbado, e que há dúvidas sobre muitos pontos ou até mesmo receio de como poderá o órgão regulador decidir frente a essa nova normatização. No entanto, tendo o Brasil um sistema financeiro maduro e em constante evolução, espera-se do próprio Banco Central uma atuação próxima e em consonância com os princípios norteadores da sua competência sancionadora.

Considerações finais

Ao se tratar do PAS, não se pode olvidar que a Administração Pública desempenha o poder de sanção administrativa e, por isso, competem-lhe os atos de fiscalizar e impor sanções aos particulares. O mercado financeiro, por sua vez, exige um sistema hígido, equilibrado e que garanta a segurança dos consumidores e investidores, motivo pelo qual se justifica a ampliação do poder geral de caráter punitivo do BCB com o advento da Lei 13.506/2017.

Na esfera das punições e medidas alternativas, o que se retrata com a nova cultura sancionadora é uma lei que concede alto poder discricionário ao BCB, como os juízos de conveniência e de oportunidade para firmar termo de compromisso, instituir medidas coercitivas e meios alternativos de controvérsias, punir operações em desacordo com princípios, punir operações vedadas não autorizadas ou em desacordo com autorização concedida ou, ainda, operações sem fundamentação econômica, sem prejuízo das demais penalidades por descumprimento de normas legais ou regulamentares. Além disso, a lei concede ao BCB poder para a dosimetria da pena, penalidades adequadas à gravidade das infrações e medidas cautelares.

O termo de compromisso e o acordo administrativo em processo de supervisão demonstram uma preocupação com a solução alternativa de conflitos, evitando-se, assim, demasiados recursos administrativos e, por inúmeras vezes, demandas judiciais intermináveis. Por outro lado, tendo em vista que a lei não confere imunidade penal e não prevê a participação do Ministério Público, principalmente com relação ao acordo administrativo, poderá não se tornar um mecanismo eficaz ao objetivo inicial a que se propôs atender.

Quanto às demais controvérsias apresentadas, denota atenção às tipificações abertas, que podem causar insegurança ao regulado e o aumento considerável dos valores monetários das penalidades de multa. Trata-se de assuntos que merecerão aprofundamentos e atenção por parte do órgão regulador, porque, afinal, a diferença entre o remédio e o veneno poderá estar na sua dosagem, remetendo novamente aos conceitos de proporcionalidade e razoabilidade.

Em contrapartida, caberá acompanhar as interpretações dadas principalmente quanto aos pontos controversos, mas sabendo-se que parte das justificativas da nova legislação foi a de atualizar o arcabouço regulatório do PAS do BCB, bem como atuar de acordo com as melhores práticas internacionais, fortalecendo a hígidez do SFN. Quanto a essa premissa, não cabe descuido algum frente aos fatos históricos já vivenciados.

Por fim, cabe lembrar que um mercado mais ou menos regulado tem suas justificativas e consequências, mas, ao se tratar de supervisão do sistema financeiro, está-se diante de um setor que impacta diretamente na política econômica do país e, por esse motivo, merece todo o zelo e a garantia de estabilidade possível.

Referências

- ABRÃO, Carlos H. et al. **Processo Sancionador: Banco Central e CVM – Lei nº. 13.506/2017**. 1. ed. São Paulo: Iasp, 2018.
- ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ALVES, Rui Fernando Ramos; DE SOUZA LIMA, Bernardo Krueel. Panorama atual do regime de *compliance* em instituições financeiras brasileiras: análise à luz do processo sancionador estabelecido pela Lei nº. 13. 506/2017. In: ALVES, Rui Fernando Ramos; ROCHA, Pedro Henrique Pessanha; BARBOSA, Fabiano Jantália (Coord.). **O novo regime sancionador nos mercados financeiro e de capitais: uma análise da Lei 13.506/17**. São Paulo: Iasp, 2019.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular nº. 3.857, de 14 de novembro de 2017a. Dispõe sobre o rito do Processo Administrativo Sancionador, a aplicação de penalidades, o termo de compromisso, as medidas acautelatórias, a multa cominatória e o acordo administrativo em processo de supervisão previstos na Lei nº. 13.506, de 13 de novembro de 2017. **Diretoria de Organização do Sistema Financeiro e de Resolução**. Brasília, DF, 14 nov. 2017. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/normativ/Circular3857.pdf?r=1>. Acesso em: 8 set. 2019.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular nº. 3.858, de 14 de novembro de 2017b. Regulamenta os parâmetros para a aplicação das penalidades administrativas previstas na Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998. **Diretoria de Organização do Sistema Financeiro e de Resolução**. Brasília, DF, 14 nov. 2017. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50462/Circ_3858_v1_O.pdf. Acesso em: 8 set. 2019.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Processo Administrativo Sancionador e Termo de Compromisso**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/processossfn>. Acesso em: 28 jan. 2020a.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Valor das Multas Aplicadas. Histórico das Penalidades Aplicadas**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/processossfn>. Acesso em: 31 jan. 2020b.
- BARBOSA, Fabiano Jantália; ROCHA, Pedro Henrique Pessanha. **Processo Administrativo Sancionador no Banco Central: principais inovações**. Porto Alegre: Asbancos-RS, 2018. 22 diapositivos (slides), color.
- BONAMIN, Alexei; FERREIRA, Kenneth. Acordo Administrativo de Supervisão (Leniência Financeira) e Termo de Compromisso. In: ALVES, Rui Fernando Ramos; ROCHA, Pedro Henrique Pessanha; BARBOSA, Fabiano Jantália (Coord.). **O novo regime sancionador nos mercados financeiro e de capitais: uma análise da Lei 13.506/17**. São Paulo: Iasp, 2019.
- BRASIL. Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. 385ª Sessão. Recurso Voluntário nº 13405. Recorrente: Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes e Outro. Recorrido: Banco Central do Brasil. Relator: Antonio Augusto De Sá Freire Filho. Brasília, 24 de novembro de 2015. **Lex: jurisprudência do CRSFN**, Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/crsfn/ementasacordaos.html>. Acesso em: 31 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 nov. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. Lei nº. 13.506, de 13 de novembro de 2017. Dispõe sobre o Processo Administrativo Sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários; entre outros assuntos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 nov. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº. 1255987. Recorrente: Transcorp Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda e Outros. Recorrido: Banco Central do Brasil. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 13 de abril de 2012. **Lex**: jurisprudência do STF, Brasília, 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100613071&dt_publicacao=13/04/2012. Acesso em: 26 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. Recurso Especial nº 1560441. Recorrente: Banco Central do Brasil. Recorrido: Ademir Guimaraes Adur e Outros. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 03 de dezembro de 2015. **Lex**: jurisprudência do STF, Brasília, 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201502540976&dt_publicacao=03/12/2015. Acesso em: 26 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 154134, Decisão Unânime. Relator Ministro Sydney Sanches, Brasília, DF, 29 de outubro de 1999. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370256>. Acesso em 8 set. 2019.

COZER, Cristiano. O Termo de Compromisso na Esfera de Atuação do Banco Central do Brasil. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, v. 13/2019, jul/set. 2019.

CUNHA, Lorraine de Paiva; NEVES, Rubia Carneiro. O Termo de Compromisso de Cessação e o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão na Esfera de Atuação do Banco Central do Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, [S.l.], v. 12, n. 2, p. 43-56, mar. 2019. ISSN 1982-9965. Disponível em: <https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/article/view/976>. Acesso em: 8 set. 2019.

GUIMARÃES, Luana Miranda de Oliveira; SPERCEL, Thiago. **A Lei 13.506 e a atuação do Banco Central e da CVM**. Machado, Meyer, Sendacz Opice Advogados, 2018, jan.2019. Disponível em: https://www.machadomeyer.com.br/images/publicacoes/PDFs/Lei_13.506_Atuacao_do_Banco_Central_e_CVM_21-12-17.pdf. Acesso em 7 set. 2019.

MIRAGEM, Bruno. **Direito bancário**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NISHIOKA, Alexandre Naoki; RAMOS, Giulia. Nova Lei, velho impasse: o Acordo Administrativo no âmbito da Lei 13. 506/17 e a ausência de efeitos penais. In: ALVES, Rui Fernando Ramos; ROCHA, Pedro Henrique Pessanha; BARBOSA, Fabiano Jantália. **O novo regime sancionador nos mercados financeiro e de capitais: uma análise da Lei 13.506/17**. São Paulo: Iasp, 2019.

PORTUGUEZ, Paulo; VALADARES, Márcio. Limites das penalidades impostas pelo Banco Central. Administradores, diretores e conselheiros podem receber multas maiores do que as aplicadas à pessoa jurídica? **Jota**, 2019, ago.2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/limites-das-penalidades-impostas-pelo-banco-central-15082019. Acesso em: 9 set. 2019.

ROMAN, Flávio José; PORTUGUEZ, Paulo Rafael Borges. Aspectos estruturais do acordo administrativo e em processo de supervisão: morte prematura do instituto negocial. In: ALVES, Rui Fernando Ramos; ROCHA, Pedro Henrique Pessanha; BARBOSA, Fabiano Jantália (Coord.). **O novo regime sancionador nos mercados financeiro e de capitais: uma análise da Lei 13.506/17**. São Paulo: Iasp, 2019.

SADDI, Jairo. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias na Lei 13.506/17: uma análise econômica. In: ALVES, Rui Fernando Ramos; ROCHA, Pedro Henrique Pessanha; BARBOSA, Fabiano Jantália (Coord.). **O novo regime sancionador nos mercados financeiro e de capitais: uma análise da Lei 13.506/17**. São Paulo: Iasp, 2019.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos; MAILLART, Adriana Silva. Access to justice and administration of legal conflicts: from the sentence culture to a consensual culture. **Brazilian Journal of Law**, v. 22, ed. 9, p. 219-234.

SARAI, Leandro; SENGER, Oswaldo Luis Caetano. Medida Provisória nº 784/2017 e Lei nº 13.506/2017: controvérsias sobre a necessidade de lei complementar e questões de direito intertemporal. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 12, n. 2, p. 27-42, mar. 2019. Disponível em: <https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/article/view/964/18>. Acesso em: 29 jan. 2020.

SCANDELARI, Gustavo; POZZOBON, Roberto. Shaming como uma via para a sanção criminal de pessoas jurídicas no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 151, p. 75 – 114, jan. 2019.

SZTAJN, Rachel; VERÇOSA, Harildo Malheiros Duclerc. Processo Administrativo Sancionador: Banco Central do Brasil (BCB) e instituições financeiras. In: ABRÃO, Carlos H. et al. **Processo Sancionador: Banco Central e CVM – Lei nº 13.506/2017**. São Paulo: Iasp, 2018.

Estado Regulador de Exceção: uma reflexão sobre a atribuição de poderes emergenciais aos bancos centrais

Bruno Felipe de Oliveira e Miranda*

Introdução. 1 Bancos centrais, instituições por excelência do Estado regulador. 2 Os poderes atribuídos ao Banco Central do Brasil pela Emenda Constitucional 106/2020. 3 Estado Regulador de Exceção: a atribuição de poderes emergenciais a agências reguladoras. 4 Limites à atribuição e delegação de poderes in extremis: um necessário olhar constitucional. Conclusão. Referências.

Resumo

A tese do artigo é a de que a atribuição de competências e poderes emergenciais a agências reguladoras, em contextos de exceção ou de necessidade, não pode ser empreendida exclusivamente no âmbito da agência. Na ordem jurídica brasileira, o desenho do respectivo processo deliberativo deve, de regra, integrar o corpo político dos poderes Executivo e Legislativo, como decorrência da separação funcional dos poderes e do sistema de governo presidencialista. O artigo tem como objetivo analisar criticamente a Emenda Constitucional 106/2020, especialmente no que atribui ao Banco Central do Brasil poderes excepcionais para atuação no mercado não bancário, no cenário do combate da crise provocada pela pandemia do novo coronavírus. Após examinar o contexto da Emenda 106 e o conteúdo de suas principais normas, empreende-se reflexão sobre a atribuição de poderes de quase-exceção a agências reguladoras e sobre seus limites, lançando à consideração a hipótese de que o teor da Emenda 106 desafia teste de constitucionalidade.

Palavras-chave: Estado regulador. Regulação. Banco Central. Separação dos poderes.

* Mestrando em Direito da Regulação pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

Regulatory State of Exception: a reflection on the allocation of emergency powers to central banks

Abstract

The claim of the article is that the attribution of emergency powers to regulatory agencies, in exception contexts, cannot be undertaken directly and exclusively within the scope of the agency. In the Brazilian legal system, the design of the respective deliberative process must necessarily integrate the Executive and Legislative powers, as a result of the functional separation of powers and the presidential system of government. The article aims to critically analyze Constitutional Amendment n. 106/2020, especially in what attributes to the Central Bank of Brazil exceptional powers to act in the non-banking market, in the context of combating the crisis caused by the pandemic of the new coronavirus. Finally, after reflecting on the attribution of quasi-exception powers to regulatory agencies and its limits, the hypothesis that rules of Amendment n. 106 challenge the test of constitutionality is considered.

Keywords: *Regulatory State. Regulation. Central Bank. Separation of powers.*

Introdução

“O guardião da moeda sou eu.” Foi com essa incisiva afirmação que o presidente da República Costa e Silva respondeu à sugestão que lhe foi feita de conferir independência ao Banco Central do Brasil (BCB). Por volta do ano de 1967, um integrante da área econômica do governo tentava persuadi-lo de que, tornado independente, o banco seria o garante da estabilidade da moeda – ao que o presidente, mais do que de depressa, encerrou o diálogo, objetando-lhe, de modo rabugento, com a frase tornada famosa desde então.

A recordação do repto de Costa e Silva – episódio bastante conhecido e inscrito nas páginas do anedotário nacional – é usual porque resume diversas facetas da política e da administração pública brasileira. É simbólico de um conjunto de atitudes personalistas e autoritárias, de crenças pouco republicanas e da adesão a um modelo de governo centralista – em suma, de um estatismo avesso a avanços institucionais, que tornou o padrão de governança nacional refém das vontades e dos humores do político de ocasião.

Especificamente no campo da moeda e da regulação financeira, o episódio serve como lembrança do calvário do aprimoramento das instituições nacionais, e de como a criação e o desenvolvimento do BCB – e em paralelo a conquista da estabilidade da moeda pública – foi um processo atritado, resistido e invariavelmente sujeito a contramarchas e retrocessos.

Desde então, e especialmente nas últimas décadas, assistiu-se no Brasil à construção de um modelo diverso de governança administrativa, sintetizado na chave compreensiva do chamado Estado regulador. Desde a resposta de Costa e Silva até os nossos tempos, a compreensão do modelo de governo presidencialista, o desenho projetado para o Executivo e o modo de atuação do Estado foram estruturados em novas bases, ganhando cada vez mais corpo o modelo de administração por agências reguladoras independentes – um desenho policêntrico, projetado em rede, ancorando no emergir da função regulatória seu fator de proeminência jurídica e institucional.

Nos domínios da governança da moeda nacional, observou-se, após décadas de luta dramática contra a inflação crônica e episódios críticos de hiperinflação, o despontar de um banco central sólido, assim como de instituições monetárias e fiscais mais bem capacitadas e aparelhadas a bem da garantia da estabilidade da moeda – malgrado ainda haja uma longa marcha à frente.

Mas há outra faceta desse curso institucional. A transição para o modelo de governança descentralizado tem assistido, episodicamente, ao processo de atribuição de poderes excepcionais diretamente a agências independentes. Em contextos extremos, de emergência e configuradores daquele estado de coisas que, ultrapassando a calamidade, beira as raias da exceção, a história recente exhibe casos em que poderes e competências de emergência, que tradicionalmente seriam atribuídos circunstancial e temporariamente à chefia do Executivo e a ministros de Estado, tem sido alocados diretamente em agências reguladoras.

Elementos dessa tendência podem ser divisados em um episódio da ordem do dia no Brasil. Trata-se do caso da Emenda Constitucional 106, de 7 de maio de 2020 – mais conhecida como Emenda do “Orçamento de Guerra” –, que atribuiu, no contexto dos esforços de combate à crise gerada pela pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2, causador da Covid-19), poderes emergenciais ao BCB.

Como se verá, embora haja previsão de supervisão parlamentar e importantes condicionantes para atuação da instituição, as competências extraordinárias para atuação excepcional no mercado de créditos foram alocadas diretamente no BCB, sem desenho de atuação ou engajamento mais incisivo da presidência da República nem de ministérios de Estado na iniciativa.

Sustenta-se neste trabalho que esse desenho institucional é delicado e recomenda, no mínimo, uma reflexão mais aprofundada, de tipo constitucional.

Defende-se que a atribuição de poderes excepcionais em contextos extremos exige, de regra – talvez necessariamente –, a integração do corpo central e político do Poder Executivo no respectivo processo deliberativo. A previsão de mera supervisão parlamentar, via controle posterior dos atos da agência, parece não atender às exigências constitucionais que decorrem do modelo de separação funcional dos poderes e do sistema de governo presidencialista.

Pretende-se colocar em discussão os limites à outorga de competências excepcionais, sugerindo uma moldura de esquema institucional que seja útil e possa contribuir para o aperfeiçoamento do desenho de distribuição de competências emergenciais em cenários extremos e de exceção. Sim, porque se é possível cogitar de uma espécie de “Estado regulador de exceção”, é imperioso reconhecer que esse quadro normativo excepcional se encontra submetido a inescapáveis balizamentos, parâmetros e imposições, decorrentes diretamente de uma interpretação coerente e harmônica da Constituição.

I Bancos centrais, instituições por excelência do Estado regulador

A discussão em torno da atribuição de poderes emergenciais e excepcionais a agências reguladoras recomenda – na verdade, exige –, como uma espécie de preliminar ou antessala epistêmica, que a análise se mova ao nível da compreensão mais ampla e genérica do tipo de modelo de governança pública a que essas instituições aludem.

Em outras palavras, é dizer: revela-se necessário compreender as agências reguladoras – e o BCB incluso – no horizonte mais abrangente em que o processo de descentralização administrativa por meio desse tipo de entidades se insere.

Dentro desse propósito, convém observar que o modelo de agências reguladoras construído no Brasil exibe clara inspiração na experiência americana. Como enfatizado pela doutrina (GUERRA, 2015, p. 14), o modelo de agencificação, especialmente aquele surgido na década de 1990, durante o governo Fernando Henrique Cardoso, é uma reprodução parcial do padrão burocrático existente nos Estados Unidos.

Para efeitos históricos, esse novo padrão tem como marco a criação da *Interstate Commerce Commission* (ICC), em 1887. Como aponta Guerra (2015, p. 15), em que pese já se poder rastrear a existência de intervenção estatal indireta sobre outras atividades ao menos desde meados do século XIX, a criação da ICC marca o início da implantação de uma nova estrutura de governança pública e de uma nova lógica de regulação de atividades econômicas.

O movimento de implantação desse novo desenho de governança decisivamente não foi um movimento isolado. O século XX assistiu, em campos variados como o dos bancos centrais, da regulação ambiental, sanitária, do trabalho e da proteção ao consumidor, à criação de um conjunto de agências pretensamente livres do controle político partidário, em um esforço coordenado para guiar as políticas públicas com base em imperativos marcadamente técnicos – e não por interesses baseados em resultados partidários e de política majoritária (MORAN, 2003, p. 12).

Esse amplo processo foi importante para descentralizar a governança estatal, especialmente sobre temas complexos e preponderantemente técnicos, que não teriam na arena política tradicional o adequado tratamento. É este então o propósito que anima a forja do novo modelo: garantir o insulamento de certas estruturas administrativas fundamentais da intervenção *ad hoc* de agentes políticos eleitos, de modo a preservar o desempenho de funções precipuamente técnicas (CYRINO, 2010, p. 235).

Assistiu-se, então, a um amplo programa de reconfiguração dos aparelhos do Estado, que consubstancia também, deve-se pontuar, uma clara resposta à crise da arquitetura e das funções estatais.

Como assinala com precisão Chevallier (2009, p. 23), os múltiplos desafios com os quais o Estado foi confrontado ao longo do século XX, embora não tenham chegado a colocar em questionamento a pertinência da esfera estatal, foram acompanhados de um conjunto de transformações que, longe de serem superficiais, são de ordem estrutural e contribuem para redesenhar a figura do Estado.

Observou-se então a expansão e a estruturação da burocracia em novas bases, alterando-se a forma da atuação governamental – surgindo o modelo que ficou conhecido como Estado Administrativo (*administrative state*).

Como pontua James Landis (*apud* CUÉLLAR, 2015, p. 1330), um dos arquitetos do novo padrão de governança nos Estados Unidos, o modelo de Estado Administrativo surgiu pela inadequação da forma tripartite clássica de exercício do poder do Estado para lidar com os complexos problemas modernos, em um cenário de intensa mudança econômica.

No Brasil, o modelo de administração gerencial tentou seguir modelo próximo ao sistema norte-americano de agências, visando a esvaziar a forte centralização de poder nas mãos da administração direta (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 24). Mas o propósito não foi inteiramente alcançado. Sem embargo de avanços que merecem ser reconhecidos, o sistema em vigor no Brasil ainda propicia uma forte concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo, com atuação voltada para as alianças políticas.

Apenas uma pequena fração do modelo de agencificação norte-americano chegou à administração brasileira – o componente de prestígio de interesse políticos ou partidários em detrimento do fortalecimento institucional perdura –, de modo que ainda há uma longa marcha e uma ampla agenda em aberto voltada para o desenvolvimento de autarquias especiais verdadeiramente

independentes, com autonomia decisória e proteção dos dirigentes contra demissões imotivadas, entre outros predicados institucionais de relevo (CAVALCANTI, 2000, p. 253).

A despeito dessa constatação, consequências estruturais claras da mudança para esse novo modo regulador de governança fazem-se sentir em maior ou menor grau. Entre essas consequências, a ascensão de uma nova classe de agências especializadas e de comissões que operam autonomamente em relação ao governo central é a mais evidente.

Naturalmente que, e como sublinha Aragão (2002, p. 208), nenhum modelo administrativo é integralmente descentralizado ou pluricêntrico em detrimento de uma necessária centralização. A adoção completa de uma estrutura descentralizada levaria à desintegração da organização administrativa e à sua inviabilização prática. O que se verifica é uma fragmentação harmônica do aparato administrativo, por meio de instrumentos de integração e de coordenação, do reconhecimento de novos graus do exercício autônomo da discricionariedade, e da emergência de mecanismos de controle mais finalísticos do que hierárquicos.

Além disso, e de modo consorciado à ascensão desse novo desenho institucional descentralizado e em rede, a função regulatória ganha uma posição de destaque no cenário da atuação governamental.

O caso central da atuação pública e governamental muda, pois, de orientação. Do Estado operador passa-se a um perfil diverso – o do Estado regulador (CHEVALLIER, 2009, p. 76). A regulação, talvez até mais do que uma forma ou estrutura de governança, torna-se uma chave compreensiva de síntese para o próprio direito público.

A lógica de delegação de funções públicas para agências independentes, e de aposta no modelo ancorado no desempenho de atribuições regulatórias, lastreia-se em larga medida na complexidade crescente da sociedade contemporânea. Sociedades e dinâmicas cada vez mais complexas reclamam engenharias institucionais de poderes integrados, demandando a articulação das funções estatais em outra clave, apta a resolver de modo satisfatório as novas e peculiares questões colocadas.

Trata-se, portanto, de uma questão que vai muito além da mera *expertise* técnica. Cuida-se de desenhar instituições e criar interfaces, mecanismos e ferramentas que credenciem as instituições para melhor lidar com a complexidade crescente dos sistemas econômicos e financeiros.

E todo esse quadro de mudança do modelo de burocracia centralizada para o de agências reguladoras, com missões e responsabilidades regulatórias, tem nos bancos centrais um dos seus principais expoentes, precisamente uma de suas ilustrações mais marcantes.

Especialmente no campo monetário e financeiro, as agências independentes gozam de duas vantagens significativas: conhecimento e experiência específicos e a possibilidade de assumir comprometerimentos dotados de credibilidade política (MAJONE, 1999, p. 19). No caso específico dos bancos centrais, essas duas vantagens ficam muito evidentes. A lógica de delegação que preside a criação das instituições opera precisamente dentro dessa dupla clave – de um lado, representa uma fórmula de solução para o problema do comprometimento político, ao mesmo tempo em que endereça a importante questão da credibilidade técnica (MAJONE, 1999, p. 20).

Se o que distingue o modelo de agências do modelo burocrático generalista tradicional é a combinação de conhecimentos e experiência específicos e independência juntamente com especialização, os bancos centrais podem ser considerados entidades *par excellence* desse novo desenho de governança pública.

Essa qualidade especial dos bancos centrais dentro do marco do Estado regulador faz com que desfrute de uma posição diferenciada inclusive em nível constitucional (FRIEDMAN e GOODHART, 2003, p. 91). Embora por questões de surgimento histórico tardio, os bancos centrais não integrem muitas vezes os chamados elementos canônicos do direito constitucional, ou não

façam parte do direito constitucional formal, integram seguramente o direito constitucional material. No caso brasileiro, com mais razão ainda, considerada a consagração e o assento formal da instituição no art. 164 da Carta de 1988.

Diga-se mais: a importância qualificada dos bancos centrais no marco de governança do Estado administrativo decorre não apenas de sua posição singular, e dos predicados institucionais (e mesmo constitucionais) em geral atribuídos à entidade, mas especialmente do alcance das funções que lhes são atribuídas.

Essas instituições, de maneira geral, detêm uma ampla capacidade de influenciar indivíduos, empresas, instituições e governos que interajam no âmbito da economia de mercado globalizada. Sobre qualquer financiamento imobiliário, qualquer hipoteca, qualquer contrato de cartão de crédito, há de ser reconhecida a atuação do banco central sobre os seus termos. Os bancos privados – engrenagem fundamental da economia capitalista – encontram-se profundamente conectados com o sistema do banco central. O mesmo se diga de entes públicos e mesmo governos estrangeiros – como o caso recente da crise financeira de 2007-2008 parece haver definitivamente demonstrado (CONTI-BROWN, 2016, p. xviii).

Até mesmo por isso, os bancos centrais são habitualmente mencionados como exemplo indicativo da fratura do modelo clássico de tripartição de poderes (ACKERMAN, 2012, p. 130). A mudança significativa de direção na segunda década do século XX, em favor de bancos centrais independentes, para além de todas as implicações de desenho institucional que avoca, sugere que o que está em jogo – mormente quando considerados os poderes da instituição – é o próprio redesenho do esquema funcional de separação dos poderes.

Com isso não se pretende dizer que exista um modelo institucional único, e que a posição especial a que essas instituições foram guindadas indique um desenho jurídico uniforme.

Conquanto os objetivos gerais de regulação financeira sistêmica sejam mundialmente compartilhados por diversos países, a experiência internacional evidencia a inexistência de um modelo de desenho institucional regulatório único – modelos domésticos para o mercado financeiro têm sido moldados historicamente, segundo trajetórias distintas ligadas às respectivas particularidades econômicas (ERLING, 2015, p. 343).

Mas fato é que, embora não haja modelo ou desenho regulatório ideal e atemporal, existe uma espécie de consenso regulatório razoavelmente estabelecido – uma sabedoria sedimentada ao longo dos anos e da experiência histórica – no sentido da consagração da estratégia regulatória de centralização dos objetivos institucionais de estabilidade monetária em um banco central.

No caso brasileiro, a despeito da não subscrição do padrão puro de Estado administrativo, verificando-se um Estado regulador em vias de desenvolvimento, pode-se dizer que o texto do *caput* do art. 174 da Constituição de 1988 legitima a atribuição de poderes normativos pelo legislador a entidades administrativas. E isso efetivamente ocorre nas leis 4.595, de 31 de dezembro de 1964 e 9.069, de 29 de junho de 1995, que atribuem competência administrativa normativa ao Conselho Monetário Nacional (CMN) e ao BCB para tratar de temas de regulação financeira sistêmica.

Assim é que, no sistema brasileiro, o CMN – a instituição que é verdadeiramente depositária do mandato de autoridade monetária – afigura-se como instituição mais importante no esquadro da regulação financeira sistêmica (ERLING, 2015, p. 350).

A seu turno, o BCB é a autarquia que executa a política monetária e financeira, segundo as diretrizes normativas estabelecidas pelo CMN. As competências da instituição abrangem a: (i) execução da política monetária; (ii) prestação do serviço de meio circulante; (iii) tutela sistêmica das infraestruturas financeiras de mercado; (iv) gestão da política cambial; (v) assessoria financeira do

governo; e (vi) regulação sistêmica de entrada, funcionamento e saída das instituições autorizadas – tudo com foco no controle do risco sistêmico e atento ao ideal de estabilidade financeira sustentável ao longo do tempo (SADDI, 1997, p. 198).

As duas entidades apresentam grande proximidade com o conceito, a estrutura e o modo de atuação das agências independentes – entretanto, como assinalado pela doutrina, lapsos conceituais impedem que sejam caracterizadas como autênticas agências reguladoras independentes (ARAGÃO, 2002, p. 300).

Não obstante, no caso do BCB, embora se cuide de banco central vinculado ao seu Poder Executivo, sem autonomia *de jure*, não seria exagerado assinalar que há uma independência operacional *de facto* – nomeadamente a partir da introdução do sistema de metas de inflação pelo Decreto Presidencial 3.088, de 21 de junho de 1999.

Daí se dizer que o desenvolvimento do Estado regulador tem na figura dos bancos centrais uma de suas entidades de proa – e o modelo brasileiro exemplifica essa trajetória. O movimento progressivo de delegação de poderes, sobretudo de perfil regulatório, para entidades descentralizadas e independentes assiste, ao longo de pelo menos um século, a uma versão robustecida nessas instituições. Poderes cada vez mais fortalecidos de supervisionar e definir os termos de troca para os bancos privados e outras partes do sistema financeiro os tornam, mais do que parte do Estado regulador, uma figura de destaque do aparato estatal moderno – situação que coloca claros desafios para a teoria e para a prática do direito público (TUCKER, 2018, p. 8).

2 Os poderes atribuídos ao Banco Central do Brasil pela Emenda Constitucional 106/2020

Como já sinalizado, o presente trabalho desenvolve-se como reflexão constitucional sobre uma iniciativa regulatória recente no Brasil, e que fere diretamente o tema dos poderes e das atribuições do banco central brasileiro: trata-se das medidas emergenciais introduzidas pela Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 10/2020, batizada e mais conhecida como PEC do “Orçamento de Guerra”, promulgada em maio de 2020 como Emenda Constitucional (EC) 106 (BRASIL, 2020).

Entre outras previsões, a EC atribui ao BCB ferramentas importantes para atuação no mercado financeiro e introduz, no cenário regulatório brasileiro, novas possibilidades de atuação da instituição, ampliando o seu “poder de fogo” no combate e prevenção a crises.

A PEC, gestada no momento de concentração de esforços para enfrentamento da crise causada pelo novo coronavírus, conferiu ao BCB – de modo excepcional e em caráter emergencial – poderes para atuação no mercado de crédito que já vinham sendo discutidos e cobrados por atores econômicos e políticos, alinhando o ferramental da instituição com o detido por outros bancos centrais do mundo.

A teor do que se contém nos arts. 7º e 8º da EC 106, ampliam-se temporariamente os instrumentos de atuação do BCB, municiando a autoridade monetária com novo ferramental, incrementando aqueles de que já dispõe para atuação em situações críticas, permitindo à instituição alcançar segmentos importantes do mercado de capitais que dão sustentação ao financiamento da atividade econômica.

Daí por que, objetivamente, dois importantes instrumentos guarnecerão o arsenal do BCB: (i) permissão de compra de ativos privados nos mercados financeiros, de capitais e de pagamentos, no âmbito mercados secundários nacionais; e (ii) possibilidade de compra de títulos de emissão do Tesouro Nacional, no mercado secundário local ou internacional.

A proposta fortalece a capacidade de resposta do BCB e, em alguma medida, supre – ainda que temporariamente – lacuna importante no sistema normativo brasileiro. Estudos já apontavam problemas nas ferramentas técnicas de que a instituição dispunha para conter crises de solvência, como decorrência de constrangimentos legais que findavam por engessar as ações e limitar as opções na gestão de crises (DURAN; BORGES, 2018, p. 450).

Diversos bancos centrais pelo mundo dispõem desse instrumental, permitindo, em situações de grande instabilidade, que o banco central crie rede de segurança para além do sistema bancário. No contexto da crise financeira de 2007-2008, por exemplo, o reestabelecimento das operações nos mercados financeiros, assim como a retomada do crescimento e do emprego, não ocorreu pelo tão só recurso às forças de mercado: um amplo conjunto de políticas monetárias não convencionais, representadas por políticas de crédito (emprestador de última instância) e de quase débito (expansão quantitativa) foram empregadas, com especial engajamento dos bancos centrais (CARVALHO, SOUZA, SICSÚ, PAULA, STUDART, 2015, p. 168).

A compra direta de títulos públicos em mercados secundários dá ao BCB, além da possibilidade de estabilização do mercado, a capacidade de absorver dívida do governo em momento que, porque de emergência, tem exigido grande endividamento público, sobretudo via medidas fiscais e de crédito.

Quanto à possibilidade de aquisição de títulos privados, objetiva garantir que as empresas consigam se capitalizar para enfrentar a crise, se for o caso sem intermediação bancária, destravando-se assim o crédito privado.

Uma das justificativas principais para iniciativa repousa na circunstância de que, se a liquidez fosse injetada apenas no setor financeiro, poderia permanecer entesourada, ficando “empoçada”, como se advertiu amplamente.

A proposta legislativa, nesse sentido, seria fundamental para ampliar a capilaridade do BCB, intensificando os esforços para que recursos cheguem efetivamente na ponta, no setor não financeiro, já que a janela de liquidez, neste caso, precisa comportar todos.

Além de atacar, objetivamente, uma lacuna e um impedimento inequívoco verificados na atual redação do art. 164 da Constituição de 1988, a EC o fez com alguma dose de comedimento, circunscrevendo o emprego de poderes não usuais a um contexto bem delimitado. Não se conferiu autonomia ampla ou qualquer tipo de cheque em branco ao banco central para comprar títulos públicos e privados no mercado.

A técnica empregada alinha-se ainda com estratégia regulatória importante para momentos de crise financeira, ao veicular uma modalidade de *sunset regulation* em nível constitucional, baseada na estimação de horizonte de expiração para as iniciativas e medidas estipuladas em caráter de emergência (art. 11 da EC).

Além da delimitação de poderes e da definição de um esquadro temporal, há clara previsão de supervisão parlamentar – original e permanente. Original porque o poder para reconhecer a vigência do estado de calamidade, que habilita a atuação excepcional do BCB, é privativo do Congresso Nacional. Permanente, pois o montante total de compras de cada operação precisa ser informado ao Parlamento (o que vai ao encontro dos reclamos de transparência), além do que se atribuiu ao Legislativo a prerrogativa de sustar qualquer decisão que represente ofensa ao interesse público ou extrapolação dos limites constitucionais.

Um debate importante, travado no curso da tramitação da PEC no Congresso, disse respeito à questão da introdução de condicionantes para usufruir do resgate do BCB. Na versão original, o texto não continha vedações ou contrapartidas explícitas aos destinatários do programa de compra de ativos.

Receios de que a iniciativa pudesse ser enxergada como ampla discricionariedade, ou ainda a percepção de que caberia ao Congresso densificar minimamente o ponto, geraram pressões por previsão expressa de *standards* veiculando contrapartidas para a compra de ativos de instituições financeiras.

E foi assim que, no Senado, construiu-se a moldura contida nos incisos I e II do art. 8º da EC, que preveem caber ao BCB editar regulamentação sobre as exigências, estabelecendo em especial as vedações de: (i) pagar juros sobre o capital próprio e dividendos acima do mínimo obrigatório estabelecido em lei ou no estatuto social (art. 8º, inciso I); e de (ii) aumentar a remuneração, fixa ou variável, de diretores e membros do conselho de administração e dos administradores (art. 8º, inciso II).

Também nesse contexto, e com vistas a afastar o viés de beneficiamento de grandes *players* e empresas, foi inserido o §1º no art. 7º, determinando seja dada preferência à aquisição de títulos emitidos por micro, pequenas e médias empresas.

Não apenas coerente com as particularidades do momento e dessa crise específica, a normativa parece traduzir esforço para que a ampliação da janela de liquidez não seja interpretada, e muito menos usada, de maneira restrita e direcionada às corporações de maior porte.

Uma das grandes críticas à atuação dos bancos centrais por ocasião dos eventos de 2007-2008 diz com o problema do *Too big to fail*, cuja aporia reside no direcionamento de que, com base em razões sistêmicas, o governo não deve deixar as grandes companhias (particularmente bancos e instituições financeiras) quebrarem, pela razão especial de que são grandes demais para isso (MOOSA, 2010, p. 1).

Dito isto, parece claro que a EC 106 apresenta evidentes méritos, habilitando o BCB a, se realmente necessário, realizar operações extraordinárias, diante do cenário de enfrentamento de crise que poderá exigir da instituição o emprego de suas melhores ferramentas. Existe, no programa regulatório em questão, claro escopo de aprimorar os instrumentos de intervenção do BCB, com ênfase no combate ao quadro de grave turbulência nos mercados, justamente para fins de combate a uma falha no mercado de crédito. Há nítido fim – qualificável como de interesse público – de normalização da liquidez nos diferentes segmentos dos mercados financeiros e de capitais, notadamente no mercado de títulos, referência importante para a taxa de juros da economia brasileira.

Em quadros de emergência como o que a crise da pandemia da Covid-19 apresenta, é esperado que os bancos centrais deem um passo à frente, fazendo valer sua grande capacidade econômica para estabilizar os mercados. De fato, uma das principais missões da autoridade monetária em momentos de crise é a manutenção da funcionalidade do sistema financeiro, desempenhando aquela que ficou conhecida como função de prestamista de última instância (BAGEHOT, 1917, p. 187).

No caso da Emenda 106/2020, portanto, o respectivo genoma intelectual pode ser mapeado a partir das concepções de que o banco central deve atuar incisivamente para dissolver a ansiedade do mercado, disponibilizando liquidez em momentos nos quais agentes privados se recusam a fazê-lo. O protocolo de crises, gestado em especial a partir das reflexões sobre a atuação do banco central americano no contexto da crise de 1929, incorporou a diretriz de que compete à instituição drenar oferta de moeda em meio à debacle (FRIEDMAN e SCHWARTZ, 1993, p. 407).

A crise financeira de 2007-2008 deixou à mostra uma versão recente – e mais robusta – dessa estratégia. Os bancos centrais reagiram às consequências da turbulência com uma enorme expansão dos seus balanços – o *Federal Reserve* (Fed), por exemplo, mais que triplicou o tamanho de seus ativos entre o final de 2008 e meados de 2013, em operação financiada essencialmente pela criação de moeda (GREENSPAN, 2013, p. 255).

O sucesso no combate ao incêndio nos anos de 2007-2008 fortaleceu a compreensão de que essa é uma tarefa fundamental a cargo dos bancos centrais, cuja missão abrange a adoção de medidas e políticas não convencionais, com vistas à estabilização dos mercados e à garantia do fluxo do dinheiro.

O quadro atual pode não ser equivalente ao enfrentando há pouco mais de dez anos, mas seguramente não se revela menos dramático. O crédito é o grande problema da vez, há um choque duplo de oferta e de demanda, e a preocupação central é a do *Too-many-to-fail* – inúmeras empresas que, pegadas de surpresa, com poucas reservas e na ponta das linhas de liquidez, enfrentarão dias difíceis até restabelecimento da ordem regular dos mercados.

No mais, é preciso ter em linha de conta um aspecto importante. A possibilidade de compra de títulos privados pelo BCB, introduzidas pela EC 106/2020, não configuraria capricho, extravagância ou mais um exotismo brasileiro. E tampouco as inibições, dúvidas e receios com o uso da ferramenta representariam mera idiosincrasia nacional.

O caso americano permite entrever diferentes dimensões da questão. Uma é a importância da existência de uma base normativa explícita conferindo à instituição o poder de emprestar diretamente para o setor real da economia (SASTRY, 2018, p. 19).

Nos Estados Unidos, trata-se da norma da Seção 13(3) do *Federal Reserve Act*, que em alguma medida inspira a previsão da EC 106/2020. Foi sob os auspícios dessa regra que o Fed fundamentou os empréstimos para instituições financeiras não bancárias no ano de 2008.

Outra importante lição do caso americano é que a expansão da autoridade dos bancos centrais para realizar empréstimos de emergência, nomeadamente para além do setor bancário, afigura-se sempre tema delicado.

O testemunho de importantes protagonistas no combate à crise do *suprime* permite afiançar. No livro *“Firefighting: the financial crisis and its lessons”*, Bernanke, Geithner e Paulson Jr. (2019, p. 46) dão um relato em primeira pessoa desse constrangimento. Quando, em março de 2008, no contexto do colapso do banco de investimentos Bear Stearns, invocaram-se as disposições da referida Seção 13(3), que propiciam ao Fed emprestar dinheiro a qualquer “pessoa física, sociedade ou corporação”, em “circunstâncias incomuns”, a situação foi assumidamente percebida como um ponto de inflexão e, mais do que isso, como o mais duro teste para o arsenal de emergência da instituição desde a Grande Depressão. Apesar de os estatutos do banco central americano contemplarem enunciado amparando a iniciativa, e malgrado a percepção de que os mercados estavam operando em choque anafilático (o que justificava a intervenção extrema), o acionamento do protocolo excepcional ocorreu em clima de declarado desconforto.

Tampouco se pode deixar de observar que a iniciativa em questão se harmoniza com subscrição de programas semelhantes por vários bancos centrais pelo mundo. Em diversos países, assistiu-se ao engajamento imediato, direto e incisivo dos bancos centrais em prol do combate aos efeitos econômicos da crise do coronavírus.

Como se atuassem coordenadamente, as instituições atuaram pronta e agressivamente, em ampla e versátil frente de mobilização financeira, que envolveu o anúncio e execução de programas bilionários de compras de ativos e disponibilização massiva de liquidez. Como resumiu Jerome Powell, presidente do banco central americano, em constatação extensível a vários bancos centrais ao redor do mundo, a instituição *“crossed a lot of red lines that had not been crossed before”* (apud SMIALEK e EWING, 2020).

A Emenda 106/2020 é a expressão mais recente, no Brasil, de como os bancos centrais podem ser convocados a cruzar as linhas demarcadas para os seus mandatos constitucionais e para os seus instrumentos de atuação. Cuida-se também de um reconhecimento implícito, mas claro, de que a instituição é uma peça-chave do Estado regulador brasileiro, assumindo protagonismo progressivo não apenas no quadro geral e regular da governança pública da atividade econômica, mas também como agente avançado de resposta governamental a quadros críticos.

Uma sinalização, por parte do Congresso, de que o BCB é candidato mais forte a guardião da moeda, bem como de que, em situações extremas, encontra-se habilitado a empregar largo arsenal em favor da estabilidade monetária, financeira e dos mercados.

3 Estado regulador de exceção: a atribuição de poderes emergenciais a agências reguladoras

Mas, em todo esse contexto, há uma questão que talvez não tenha sido enunciada adequadamente: a atribuição de poderes excepcionais ao banco central encontra que tipo de limites jurídicos?

O debate em torno da atribuição episódica de competências extraordinárias aos bancos centrais de maneira especial (ou a agências reguladoras de modo geral) nem sempre parece atento às importantes implicações jurídicas – em alguns casos, implicações constitucionais – da adjudicação de competências e instrumentos não convencionais a essas instituições.

Se o que se discute em quadros de emergência é a possibilidade de as agências avançarem além dos seus mandatos legais, e de empregarem medidas fora do repertório institucional tradicional, parece evidente que a questão em torno da identificação e demarcação de limites afigura-se decisiva.

Seguramente não se cuida de uma questão nova, surgida tão somente agora, no contexto do esforço mundial dos bancos centrais para o combate aos efeitos da crise do coronavírus. Durante a gestão da crise econômica de 2008, indagações semelhantes foram lançadas. Naquela ocasião, foi possível observar que, a fim de estabilizar os mercados de crédito e monetário, houve notável expansão dos poderes conferidos a bancos centrais para interferir no sistema financeiro. As autoridades monetárias inovaram em instrumentos de política, à medida que a fixação de meta para a taxa de juros básica da economia exibiu suas limitações em um ambiente de elevada incerteza (DURAN, 2012, p. 23).

Especificamente no caso da Emenda 106/2020, percepção análoga se apresenta. É que, também neste caso, trata-se objetivamente de cruzar a linha – a linha dos mandatos tradicionais do BCB e dos seus instrumentos de atuação.

Cuida-se de franquear a intervenção direta da instituição no mercado de crédito, expandindo a janela de liquidez para além do mercado bancário – em uma assunção de tarefas que ultrapassa a missão institucional de salvaguarda da estabilidade da moeda e do sistema financeiro. Daí por que, mais do que conveniente, é necessário perquirir a que tipo de limites e condicionantes jurídicos – especialmente constitucionais – esse extravasamento de atribuições se subordina (BLACK, 2010, p. 94).

A relação entre legalidade (chave compreensiva mais ampla a que a noção de limites se vincula) e emergências é inerentemente problemática. É nomeadamente nos quadros extremos e de crise que a legalidade, enquanto padrão de conformidade da atuação administrativa, afigura-se mais desafiadora. É que desses contextos excepcionais pode resultar uma habilitação para a Administração desempenhar certas tarefas, ou praticar determinado tipo de atos, com um conteúdo específico que, em circunstâncias normais, não lhe competiria ou, mesmo que lhe pertencesse, nunca teria essa substância, forma ou procedimento.

A declaração de estados de exceção ou de calamidade pode assim comportar autêntica licença para diferentes estruturas e atuações administrativas, admitindo todo um conjunto de providências que, em situações normais, seriam consideradas ilegais (OTERO, 2011, p. 993).

Vermeule (2009, p. 1097) resume essa tensão, ilustrando-a nas figuras dos *legal black and gray holes*. Parte da premissa de que aspiração de estender a legalidade a todos os âmbitos da juridicidade

administrativa, eliminando por completo os elementos schmittianos do direito administrativo, parece irremediavelmente utópica. “Buracos negros legais” então surgem quando estatutos ou regras legais isentam explicitamente o Executivo dos requisitos do Estado de Direito ou excluem explicitamente a supervisão judicial da ação executiva. “Buracos cinzas”, autênticos “buracos negros disfarçados”, aparecem quando existem algumas restrições legais à ação executiva – não se tratando propriamente de um vazio sem lei –, mas as restrições são tão sutis a ponto de permitirem que o governo faça o que bem entender. Trata-se mais de uma fachada de Estado de Direito, do que de autênticas proteções jurídico-substantivas.

A discussão remonta ao conhecido desafio de Carl Schmitt: a tese de que a resposta a emergências tem, por natureza, que ser parcial ou totalmente isenta do cumprimento dos requisitos normativos associados com a legalidade em tempos de normalidade.

Daí a defesa de Schmitt – que, no interlúdio da República de Weimar, argumentou que o direito e a lei não são capazes de governar o estado de emergência – de que o Estado de Direito não tem lugar no estado de exceção.

É na abertura da obra “Teologia Política” que o autor lança a frase célebre de que “Soberano é quem decide o estado de exceção”. Da afirmação extrai-se que, em tempos anormais, o soberano é legalmente descontrolado (SCHMITT, 1988, p. 5).

O pensamento de Schmitt, é claro, vai além. Não é apenas o soberano legalmente descontrolado no estado de emergência: a qualidade de ser soberano é que verdadeiramente se revela na resposta à pergunta de quem decide sobre o estado de emergência.

Sem pretensão de solver o desafio, talvez seja o caso de reconhecer que todo regime administrativo irá tolerar algum nível previsível de desvio, talvez até mesmo de abuso de poder, como um subproduto inevitável de atingir outros fins que são desejados de maneira geral. Sob essa ótica, o abuso de poder governamental seria algo não a se eliminar, mas a se otimizar, como decorrência de *tradeoffs* inescapáveis com que a governança pública precisa lidar (VERMEULE, 2019, p. 15).

Seja como for, pressupõe-se e argumenta-se aqui que uma resposta a emergências, reais ou alegadas, e mesmo em cenários extremos, deve ser governada e parametrizada pelo Estado de Direito e pela constituição. Trata-se de adesão a uma concepção substantiva de juridicidade, e não meramente procedimental: o *rule of law* é um arranjo normativo de princípios constitucionais fundamentais que protegem os indivíduos de ações arbitrárias, inclusive (e sobretudo) em quadros de exceção (DYZENHAUS, 2006, p. 2).

É com base nessa premissa que, avalia-se, o tema deve ser analisado. Limites substanciais importam. O balanço entre liberdade, de um lado, e segurança e estabilidade (ou outros valores caros em situações extremas), de outro, não pode ser dar às custas das liberdades e dos direitos fundamentais, e tampouco em detrimento ou mediante erosão do arranjo institucional que informa o esquema constitucional positivo de harmonia entre os poderes.

A questão fundamental – central a esse debate centenário – reside então em como projetar o mecanismo da exceção ou de emergência em termos constitucionais, permitindo uma singradura segura entre Cila e Caríbdis. Mesmo que se considere que o estado de exceção se afigura um caso de extra legalidade, é fundamental que não se mergulhe na total anomia, bem como que dimensões importantes de juridicidade sejam preservadas.

Além desse vetor fundamental (repise-se: aspectos substanciais da juridicidade devem ser tutelados), não se pode descurar que o julgamento prudencial das autoridades políticas é um elemento igualmente decisivo.

Não importa quão específica e detalhada seja uma constituição em relação ao estado de emergência – é o julgamento e o subsequente comportamento da autoridade pública principal

que definirá o caráter de seu regime de poder de emergência: se constitucional ou meramente abusivo, ditatorial.

Talvez por isso, de forma geral, nos diferentes sistemas jurídicos e em diferentes contextos emergenciais, o julgamento prudencial sobre a exceção e os poderes correspondentes e dela derivados encontram-se alocados na chefia do Executivo e nos Parlamentos – politicamente responsáveis (especialmente ao eleitorado e às urnas) como são.

Entretanto – e a constatação que segue é fundamental para o presente estudo –, com a especialização da administração, os poderes de emergência passam a residir, cada vez mais, nas mãos dos dirigentes das várias agências administrativas – em vez de concentradamente no gabinete do chefe do Executivo.

Levinson e Balkin (2010, p. 1840) chamam esse fenômeno de “ditadura distribuída” (*distributed dictatorship*): cada vez mais poderes excepcionais são atribuídos diretamente a agências – de maneira que, se antes o problema de um *Executive unbound* era essencialmente uma dificuldade com a chefia do Executivo, presentemente os arranjos emergenciais ou de exceção geram pressões em outros territórios da estrutura de governo.

Como encarecem os autores, o foco no Poder Executivo como mecanismo principal da exceção constitucional naturalmente leva as pessoas a identificar o soberano com um único indivíduo – em geral, o chefe de governo. Ocorre que essa percepção se revela incorreta. O poder de exceção é quase que inevitavelmente disperso no moderno Estado administrativo. As questões políticas atuais exigem cada vez mais conhecimento especializado, ao passo que mesmo os presidentes mais capazes provavelmente não têm o conhecimento detalhado necessário para uma ação rápida e decisiva (LEVINSON e BALKIN, 2010, p. 1.841).

Não é difícil rastrear as causas desse fenômeno. Quando as emergências ocorrem, o padrão legislativo de resposta é o da delegação – pelas mesmas razões que fazem da delegação um padrão legislativo em tempos de normalidade, só que com ênfase acrescida (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 32). É que as delegações – e especialmente as “deslegalizações” – são a ferramenta legislativa primeira para lidar com problemas complexos e que demandam respostas imediatas e em larga escala; a dificuldade dos parlamentos de prover ajustes e medidas de política pública no ritmo adequado e necessário, que é agudizada em tempos de crise, faz do recurso à delegação, mais do que uma conveniência, um imperativo.

É natural, nesse cenário, que as agências reguladoras – o Executivo estendido – sejam recrutadas a agir. Algumas instituições são candidatas naturais a essa convocação. Os bancos centrais são uma delas, enquanto naturalmente vocacionados para atuar em crises e, portanto, para navegar nas águas da excepcionalidade.

A história recente exhibe exemplos claros desse fenômeno. Uma nova referência aos eventos da crise financeira de 2008 é inevitável. Há pouco mais de dez anos, quando o mundo assistia ao derretimento do mercado de crédito a partir dos Estados Unidos, ameaçando as principais instituições financeiras de Wall Street, ao mesmo tempo em que uma grave recessão parecia inevitável, aspectos da política monetária foram construídos e desenvolvidos em pleno voo.

E um dado importante dessa história, nem sempre lembrado, é que larga margem de discricionariedade repousava nas mãos não do presidente dos Estados Unidos, mas nas do *chairman* do banco central americano, Ben Bernanke, que muitas vezes operava como verdadeiro agente decisor – em uma espécie de exercício *de facto* de poderes de exceção (LEVINSON; BALKIN, 2010, p. 1841).

À primeira vista, isso parece ser uma descrição schmittiana do papel desempenhado pela diretoria do Fed, mais particularmente, por seu presidente. O soberano de Schmitt é justamente a

pessoa que pode definir algo como uma crise e, em seguida, basicamente fazer o que achar necessário para enfrentá-la.

Mas o detalhe daquele caso – que em alguma medida guarda semelhanças com a crise atual – é que o presidente do banco central não é um soberano. Ele é um agente comissionado, ainda que com prerrogativas de proteção e estabilidade no exercício do cargo.

Aqui, como em tantos outros casos, o Estado regulador solapa as noções convencionais do soberano como uma figura centralista isolada no topo da pirâmide burocrática, que toma solitariamente decisões políticas fundamentais em caráter de exceção. Pelo contrário, assiste-se, cada vez mais, a delegações e atribuições de poderes a diferentes soberanos em suas diferentes áreas de *expertise* (sistema financeiro, segurança pública, proteção sanitária etc.) – como o se o moderno Estado regulador fosse uma soberania distribuída, pulverizando átrios de poderes de quase-exceção entre diferentes agências e burocratas (LEVINSON e BALKIN, 2010, p. 1841).

Em parte, isso constitui uma necessidade prática diante da complexidade e magnitude da administração pública contemporânea. Decisivamente não se pretende aqui reabilitar a retórica do Executivo unitário – a realidade de formas e poderes cada vez mais desagregados no poder executivo moderno, em que o poder de tomada de decisão unilateral é (e precisa ser) cada vez mais distribuído, é um dado que atende a reclamos pragmáticos inescapáveis.

Entretanto, divisar limites e condicionantes deste processo afigura-se primordial. Se o Estado regulador não chega a ser o pesadelo de Tocqueville, não se pode perder de mira o risco de desgovernos e muito menos enganar-se por uma visão apolítica da *expertise* técnica (ERNST, 2014, p. 146). Daí a relevância de o problema ser pensado em termos constitucionais – e, mais do que constitucionais, democráticos.

O risco de que burocracias auto perpetuantes insulem-se da competição popular e política, em formas não competitivas de governo, é não menos indesejado do que o verificado em ditaduras, regimes políticos de vanguardas partidárias, de pequenos grupos sociais dominantes ou em teocracias.

Por isso, a relevância e a posição constitucionais das agências reguladoras exige a observância de certos princípios de *design* ou preceitos de arquitetura, nomeadamente em cenários extremos. As crises e situações de exceção são, por definição, condições adversas a que o aparelho de Estado não se encontra formalmente preparado para solver, forçando o governo a inovar: assumindo novos poderes, usando criativamente os já existentes ou despertando possibilidades latentes (BLACK, 2010, p. 94). Mas, em uma democracia constitucional, deve-se necessária e preliminarmente indagar quem pode fazê-lo, de que maneira e até que ponto, a fim de que não se transgridam valores-base – donde a importância de que o exame seja feito com olhos na lei fundamental (TUCKER, 2018, p. 382).

4 Limites à atribuição e delegação de poderes *in extremis*: um necessário olhar constitucional

Como observado, episodicamente às agências reguladoras são atribuídos ou reconhecidos poderes de quase-exceção. Esse exercício de poderes emergenciais por agências independentes, fenômeno que aqui denominamos Estado regulador de exceção, desafia pressuposições habituais sobre o regime constitucional das crises – em especial, aquela de que, em regimes democráticos, são os representantes eleitos e politicamente responsivos, sujeitos a restrições e amarras constitucionais mais sólidas, que definem e operam poderes de exceção. E mais do que desfazer essa imagem, é importante discutir a que balizamentos jurídicos esse processo encontra-se vinculado.

Em linhas gerais, as previsões e mecanismos constitucionais relativos ao controle de poderes emergenciais apresentam uma estrutura básica, haurida a partir da experiência histórica e de diferentes modelos e padrões constitucionais (FEREJOHN e PASQUINO, 2004, p. 210). Nesse sentido, a matriz de previsão e controle da emergência envolve a definição de pelo menos quatro elementos centrais: (i) como se declara; (ii) como se exercita; (iii) como se restabelece a normalidade; e (iv) como se controlam efeitos das medidas de emergência (FEREJOHN e PASQUINO, 2004, p. 230).

O argumento aqui desenvolvido – ou antes, a hipótese formulada – repousa na percepção de que o de/senho veiculado pela EC 106/2020 revela-se constitucionalmente falho, quanto aos mecanismos de exercício e de controle dos efeitos das medidas emergenciais. Avalia-se que o erro capital contido na normativa dos arts. 7º e 8º da EC reside no alheamento da chefia do Poder Executivo do processo deliberativo que envolve o exercício de atribuições emergenciais pelo banco central.

Nessa perspectiva, mais do que uma potencial transgressão à principiologia básica veiculada na Constituição de 1988 para a disciplina do estado de exceção – e esse é um aspecto fulcral que não pode ser desconsiderado, visto que da Constituição brasileira de 1988 extrai-se uma opção explícita de disciplina jurídica das crises, desenhando e conferindo instrumentos ao Estado para, pelos meios julgados aptos, debelar conflitos em situações de emergência com o mínimo sacrifício às liberdades públicas inerentes ao nosso regime político (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 1274) –, é possível rastrear virtual ofensa ao conteúdo jurídico da separação funcional dos poderes e do regime presidencialista.

Uma preliminar necessária envolve a clareza de que os poderes e competências atribuídos pela EC ao BCB revelam natureza emergencial e de exceção (ou, ao menos, de quase-exceção). Há vários elementos demonstrativos dessa percepção: (i) atuação do BCB é credenciada por um decreto de calamidade, emitido pelo Congresso Nacional (art. 1º da Emenda); (ii) os poderes elencados nos incisos I e II do art. 7º extravasam competências e missões institucionais usuais da Autarquia (tanto assim que uma emenda constitucional precisou ser editada, para franquear expressamente esses poderes, antes não contemplados, e que colidiam com as previsões do art. 164 da Constituição); (iii) a autorização para o BCB atuar no mercado de crédito, a teor do que revela o *caput* do art. 7º, é textualmente limitada ao enfrentamento da calamidade pública, e com vigência e efeitos restritos à sua duração; (iv) finalmente, a previsão de uma *sunset clause* (art. 11) denota clara intenção de restabelecimento da normalidade institucional, em que esses poderes não serão exercidos.

A EC adota um modelo legislativo de emergência, com delegação ampla do exercício de poderes extraordinários para o banco central – sem previsão expressa de qualquer tipo de recurso à autoridade presidencial ou de seu gabinete.

Nesse contexto, é interessante notar que na versão original da PEC 10/2020, cuja tramitação iniciou-se pela Câmara dos Deputados, havia previsão de autorização das operações pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN). Ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) seria incluído o art. 115, cujo §11, inciso I, conteria a enunciação expressa de que o montante total de compras de cada operação do BCB deveria ser autorizado pela STN.

Além dessa previsão específica e direcionada à questão da atuação emergencial do BCB, a proposta original da PEC previa a criação de um Comitê de Gestão da Crise (art. 115, §1º do ADCT), com competência de fixar a orientação geral e aprovar ações que integrariam o escopo do regime emergencial – comitê esse que seria não só dirigido pelo presidente da República (inciso I), como também admitiria, em sua composição, ministros de Estado integrantes do Executivo (inciso II).

Não foi essa, porém, a versão final que restou promulgada – razão por que, na redação vigente e corporificada na EC 106/2020, não se verifica contemplação expressa de integração da chefia do Executivo federal ou de ministros de Estado na cadeia deliberativa do programa

extraordinário de compra de ativos. A versão final confia exclusivamente ao Congresso e ao BCB – o primeiro no campo da declaração de emergência e da fiscalização *ex post*; o segundo, para a execução do programa – a missão de conduzir a resposta de emergência na arena financeira, alheando do processo a estrutura central e política do Executivo federal – e, em especial, a presidência da República.

O modelo pode ser objeto de críticas em algumas perspectivas. Em um nível mais superficial, poder-se-ia objetar que a Emenda cria um arranjo de adjudicação de poderes de emergência com uma rede de *accountability* pouco redundante e de baixa densidade (SCOTT, 2000, p. 38). Pode-se reputar excessivamente generosa a delegação de atribuições ao BCB, além do que o mecanismo de deliberação e fiscalização envolve poucas entidades – situação preocupante para uma competência a ser exercida *in extremis*. Se as constituições são, em larga medida, mecanismos de gerenciamento de riscos políticos, o desenho da estrutura deliberativa contida na EC 106/2020 parece endereçar mal riscos deliberativos (não refinando mecanismos de segunda opinião) e riscos de *expertise* (VERMEULE, 2014, p. 141).

Acredita-se, porém, que o modelo admite uma censura mais profunda – e adrede já insinuada. Avalia-se que o não compartilhamento da responsabilidade deliberativa com a presidência da República ou, no mínimo, com pastas ministeriais (tal como se previa na redação original) revela-se potencialmente inconstitucional, ante a transgressão de certos limites de *design*.

Depositar inteiramente no BCB – a despeito de toda a credibilidade que a instituição merecidamente desfruta – a responsabilidade deliberativa, sem compartilhamento decisório (ainda que em um nível elementar de integração no procedimento de tomada de decisões) com outros órgãos políticos é uma postura que não apenas desafia o protagonismo da política e de agentes democraticamente eleitos em cenários de exceção, como parece ignorar os riscos políticos e jurídicos que esse tipo de arquitetura inevitavelmente pode gerar (TUCKER, 2018, p. 380).

A EC despreza a primazia do Executivo eleito para lidar com emergências, eliminando um mínimo de controle presidencial sobre o programa regulatório. Longe de defender um modelo de Executivo unitário, e tendo o cuidado de enxergar a separação de poderes sem idolatrias, a opção legislativa de excluir expressamente um mínimo de supervisão presidencial, confiando exclusivamente na primazia do Congresso para decretar o estado de calamidade e fiscalizar *ex post* as decisões do BCB não parece encontrar na Constituição de 1988 um esquema de desenho institucional análogo.

O gerenciamento de crises constitucionais, tal como esquadrihado pelo constituinte originário (especialmente entre os arts. 136 e 139 da Carta de 1988), pressupõe uma articulação entre diferentes autoridades políticas, características de um emaranhamento ou *overlapping* decisório intencional – “como uma espécie de pesos e contrapesos internos” (BLACK, 2010, p. 113). E, embora seja fora de dúvidas que não estamos propriamente em estado de sítio nem em estado de defesa, o inequívoco contexto emergencial (repita-se: inaugurado por reconhecimento parlamentar de estado de calamidade pública nacional) recomenda cautelas institucionais análogas – que estavam previstas na versão original da PEC, e que parecem ter sido posteriormente descartadas.

Uma filtragem constitucional da normativa dos arts. 7º e 8º da EC 106/2020 inevitavelmente esbarra na dificuldade de que as linhas-mestras do regime jurídico da defesa do Estado e da disciplina das crises constitucionais, definidas na Constituição de 1988, não foram observadas na EC, especialmente quanto ao papel fundamental desempenhado pela chefia do Executivo e por seus ministérios (em especial, no caso, o ministério da Economia e a STN). Demais disso, parece desconsiderar a opção política fundamental pelo sistema de governo presidencialista – opção essa que tem importantes consequências de desenho institucional, queira-se ou não.

O exercício de poderes emergenciais por autoridades políticas deve ser sempre encarado com alto grau de cautela e intenso escrutínio. Exercidos por governos eleitos, o controle deve ser forte. Exercidos por agências independentes, mais ainda. Para as agências, as regras do jogo da emergência e da exceção aplicam-se mais rigorosamente, precisamente porque não carregam a sanção do batismo eleitoral (TUCKER, 2018, p. 504). E independentemente do debate em torno da intensidade do controle *vis-à-vis* o lastro eleitoral da atuação institucional, parece no mínimo conveniente – nomeadamente em termos de ganho de transparência e *accountability* – que diferentes instâncias políticas de atuação sejam chamadas a integrar o átrio deliberativo de respostas emergenciais.

Uma solução juridicamente possível envolveria a exigência, calcada em uma interpretação conforme a constituição, de que as operações do art. 7º da EC 106/2020 sejam empreendidas com participação de órgão da administração direta do Executivo federal, atribuindo-lhe no mínimo um poder de veto sobre as operações. Ou, ainda, o reconhecimento de que o dever de prestar contas (art. 7º, §3º) dirige-se não apenas ao Congresso, mas também à presidência da República, que também teria poderes de sustar iniciativas consideradas indevidas.

Mas, independentemente da solução específica, a mensagem principal é de que, em democracias saudáveis, comprometidas em assim permanecerem, estruturas institucionais e arranjos deliberativos não só importam, como ajudam (TUCKER, 2018, p. 520). Ansiedades com desenhos constitucionais, especialmente diante de contextos extremos e de crise, podem ser bem resolvidas com mecanismos de *second* ou *multiple opinion* (VERMEULE, 2014, p. 146). Nesse propósito, a credibilidade da autoridade presidencial apresenta-se como um fator importante – e que, inclusive, por imperativos constitucionais, não pode ser desprezada.

Conclusão

Pretendeu-se neste estudo apresentar uma objeção, de fundo constitucional, ao desenho institucional veiculado na EC 106/2020 para atribuição de competências excepcionais ao BCB. Procurou-se entender de que maneira a atribuição de poderes emergenciais à instituição, nos moldes articulados na Emenda, representa um desafio ao arranjo constitucional de separação funcional de poderes e ao sistema de governo presidencialista.

A compreensão do desafio posto pela normativa recém editada partiu de um foco mais abrangente, desenvolvendo-se inicialmente uma análise do encaixe institucional dos bancos centrais dentro do marco de governança consubstanciado pela chave compreensiva do Estado Regulador. Foram desenvolvidos argumentos com o propósito de demonstrar como os bancos centrais afiguram-se entidades de proa – instituições por excelência – desse novo padrão burocrático, circunstância que atrai implicações não apenas nos domínios do direito administrativo e regulatório, mas também no campo do direito constitucional.

Na sequência, buscou-se entender concretamente de que maneira os poderes do BCB foram temporariamente fortalecidos pela EC 106/2020, e qual o conteúdo específico das previsões normativas introduzidas pelo constituinte derivado. Avaliou-se, dentro de um horizonte mais abrangente, de que maneira a iniciativa legislativa se harmoniza com as medidas previstas em outras ordens jurídicas, e de como não se trata de um caso ou episódio isolado, nem de uma atribuição exótica ou *ad hoc* de competências excepcionais, mas sim de uma tendência geral e progressiva à convocação da instituição para capitanear a resposta governamental em quadros financeiramente críticos, considerados os mandatos institucionais que lhe competem.

Foram então destacados, como contraponto, os problemas que a atribuição de poderes excepcionais – de quase-exceção – a agências reguladoras (em geral) e aos bancos centrais (em especial) avocam. Há objeções arguíveis ao arranjo institucional de concentração da escolha e deliberação administrativas excepcionais direta e exclusivamente no âmbito dessas instituições. Argumentou-se que o estabelecimento de poderes excepcionais a agências, sem engajamento decisório por parte da chefia do Executivo, de braço político da administração direta ou do Congresso afigura-se delicado e merece ser encarado com maiores cautelas.

É que não apenas os tipos de poderes excepcionais a serem estabelecidos e franqueados devem submeter-se a um escrutínio qualificado – também se revela fundamental definir e controlar quem vai decidir sobre o seu manejo, e como se encontra desenhada a respectiva arquitetura deliberativa.

Sustentou-se que a alocação de competências extraordinárias com forte carga discricionária, exorbitantes da juridicidade vigente em quadros de normalidade, exclusivamente na alçada decisória de agências reguladoras independentes, sem integração da chefia ou de braços delegados de poderes democraticamente eleitos, não parece satisfazer as exigências que decorrem do modelo constitucional de separação funcional dos poderes nem do arranjo de governo presidencialista.

Pretendeu-se argumentar que poderes excepcionais – enquanto excepcionais e porque excepcionais – merecem tratamento diferenciado e cautelas adicionais, sendo, mais do que conveniente, constitucionalmente exigível que o desenho distributivo e adjudicatório seja projetado sob a forma de arranjos compartilhados. Esse compartilhamento, tanto quanto operacionalmente possível, recomenda que sejam integrados e tenham assento os poderes políticos. Observou-se, ademais, que a mera previsão de supervisão *ex post* – no caso da Emenda 106/2020, supervisão meramente parlamentar – não parece atender às exigências de uma repartição constitucionalmente adequada das atribuições decisórias, cuja hospedagem concentrada na diretoria do BCB revela-se – sob a ótica da validade – normativamente vulnerável.

Com a presente análise, procurou-se demonstrar que há objeções arguíveis, constitucionalmente calçadas, a este aspecto do desenho introduzido na EC. Com isso não se pretende defender nem repriminar um modelo presidencialmente centralista de governança executiva, nem um arquétipo napoleônico de desenho e práticas administrativas. Tampouco se argumenta contrariamente ao modelo de agências reguladoras independentes e muito menos à importância qualificada dos bancos centrais enquanto instituições vocacionadas à defesa da estabilidade da moeda.

O que se pretendeu aqui argumentar é que também o modelo de agencificação tem limites constitucionais. A moeda pública e a estabilidade do seu valor podem ter suas sentinelas avançadas – mas se espera que nenhuma delas reivindique a condição de defensora exclusiva da sua guarda. É que todos os monopólios de força – todos aqueles que exclamam “o guardião sou eu” – devem ser vistos com desconfiança.

Referências

ACKERMAN, Bruce. Good-bye Montesquieu. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org.). **Comparative Administrative Law**. Chentelham: Edward Elgar Publishing, 2012, p. 128-133.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BAGEHOT, Walter. **Lombard Street: a description of the money market**. London: John Murray, 1917.

BERNANKE, Ben S.; GEITHNER, Timothy F; PAULSON JR., Henry M. **Firefighting**: the financial crisis and its lessons. New York: Penguin Books, 2019.

BLACK, Julia. The Credit Crisis and the Constitution. In: OLIVER, Dawn; PROSSER, Tony; RAWLINGS, Richard (Ed.) **The Regulatory State**: Constitutional Implications. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 92-128.

BRASIL. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020**. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 de maio de 2020. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.in.gov.br>. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 120, n. 1, ano 47, p. 7-40, Jan.-Abr./1996.

CARVALHO, Fernando J. Cardim de; SOUZA, Francisco Eduardo Pires de; SICSÚ, João; PAULA, Luiz Fernando Rodrigues de; STUDART, Rogério. **Economia monetária e financeira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 219, p. 253-270, jan./mar. 2000.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CONTI-BROWN, Peter. **The power and independence of the Federal Reserve**. New Jersey: Princeton University Press, 2016.

CUÉLLAR, Mariano-Florentino. James Landis and the Dilemmas of Administrative Government. **George Washington Law Review**, Washington, v. 83, n. 4/5, p. 1330-1357, Jul./2015.

CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório**: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DURAN, Camila Villard. Crise econômica e o papel do direito na política monetária: um estudo da *accountability* do Bacen, do BCE e do Fed. **Revista de Direito Público da Economia**, São Paulo, v. 1, p. 23-52, 2012.

DURAN, Camila Villard; BORGES, Caio. Enfrentando a crise financeira: como constrangimentos jurídicos causaram a fragmentação institucional do poder monetário brasileiro no pós-2008. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 14, p. 450-491, 2018.

DYZENHAUS, David. **The constitution of law**: legality in a time of emergency. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

ERLING, Marlos Lopes Godinho. **Regulação do Sistema Financeiro Nacional**: desafios e propostas de aprimoramento institucional. São Paulo: Almedina, 2015.

ERNST, Daniel. **Tocqueville's nightmare**: the administrative state emerges in America, 1900-1940. New York: Oxford University Press, 2014.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of exception: a typology of emergency powers. **International Journal of Constitutional Law**, New York, vol. 2, n. 2, p. 210-239, 2004.

FRIEDMAN, Milton; GOODHART, Charles A. E. **Money, inflation and the constitutional position of the central bank**. London: Institute of Economic Affairs, 2003.

GREENSPAN, Alan. **O mapa e o território: risco, natureza e o futuro das previsões**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2013.

GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a Regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In: GUERRA, Sérgio (coord.) **Teoria do Estado Regulador**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 13-106.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design. **Minnesota Law Review**, vol. 94, p. 1789-1866, Jun./2010.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências de mudanças no modo de governança. **Revista do Serviço Público**, Brasília, vol. 50, n. 1, p. 5-36, Jan.-Mar./1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOOSA, Imad A. **The Myth of Too Big to Fail**. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

MORAN, Michael. **The British Regulatory State: High Modernism and Hyper-Innovation**. New York: Oxford University Press, 2003.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2011.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. **The executive unboud: after the Madisonian republic**. New York: Oxford University Press, 2010.

SADDI, Jairo. **O poder e o cofre: repensando o Banco Central**. São Paulo: Textonovo, 1997.

SASTRY, Parinitha. The political origins of Section 13(3) of the Federal Reserve Act. **Economic Policy Review**, Federal Reserve Bank of New York, issue 24-1, p. 1-33, 2018.

SCHMITT, Carl. **Political Theology: Four Chapters on the Theory of Sovereignty**. Cambridge: MIT Press, 1988.

SCOTT, Colin. Accountability in the Regulatory State. **Journal of Law and Society**, Oxford, vol. 27, n. 1, p. 38-60, Mar./2000.

SMIALEK, Jeanna; EWING, Jack. Central Bankers Have Crossed Bright Lines do Aid Economies. **New York Times**, 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/06/09/business/economy/central-banks-coronavirus-economies.html>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TUCKER, Paul. **Unelected power: the quest for legitimacy in central banking and the regulatory state**. New Jersey: Princeton University Press, 2018.

VERMEULE, Adrian. Our Schmittian administrative law. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 122, p. 1095-1149, 2009.

VERMEULE, Adrian. **The constitution of risk**. New York: Cambridge University Press, 2014.

VERMEULE, Adrian. Optimal abuse of power. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 278, n. 3, p. 15-43, set./dez. 2019.

O Patrimônio Rural de Afetação e a Nova e Paradoxal Face do Crédito Rural

Lucas Pereira Araujo*

Ricardo Caieiro Ramos da Silva**

Introdução. 1 Crédito rural e a nova sistemática trazida pela Lei 13.986/2020: uma visão sobre o patrimônio de afetação. 1.1 Definição, finalidade e importância do crédito rural ao agronegócio. 1.2 Patrimônio rural de afetação: principais características da garantia. 2 Crédito rural em valores: análise do volume financiado e da inadimplência nos últimos cinco anos antes da aprovação da Lei 13.986/2020. 3 O patrimônio rural de afetação e a nova e paradoxal face do crédito rural. Conclusão. Referências.

Resumo

Este trabalho analisa o crédito rural e sua finalidade à luz das novas disposições trazidas pela Lei 13.986, de 7 de abril de 2020 – comumente conhecida como “Nova Lei do Agronegócio”. Entre outras criações, a lei referenciada deu vida a uma nova modalidade de garantia dos financiamentos rurais, denominada de Patrimônio Rural de Afetação. Trata-se de um novo instituto, cuja criação revolveu as estruturas creditícias do agronegócio. O artigo averigua os novos riscos ao proprietário agrícola. Para atingir esse objetivo, o trabalho primeiro descreve o instituto e faz sua revisão bibliográfica. Após, o trabalho analisa os dados atinentes ao volume de concessão e inadimplência do crédito rural nos últimos cinco anos que precederam a publicação da lei – entre 2015 e 2019, conforme séries temporais do Banco Central do Brasil. Por fim, à luz dos achados empíricos, o trabalho conclui haver desnecessária imposição de risco ao produtor rural, através de uma nova modalidade de garantia capaz de retirá-lo da atividade agrícola.

Palavras-chave: Crédito Rural. Nova Lei do Agronegócio. Concessão de Crédito. Patrimônio Rural de Afetação. Inadimplência do produtor rural.

* Mestre em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Graduado em Direito pela Faculdade Dr. Francisco Maeda (Fafram). Professor de Direito Civil e Direito Processual Civil na Fafram. Advogado.

** Especialista em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Graduado em Direito pela Fafram. Advogado.

The Rural Heritage of Affectation and the New and Paradoxical Face of Rural Credit

Abstract

This research analyzes rural credit and its purpose in the light of the new provisions brought by Law No. 13.986 / 20 - commonly known as the “New Agribusiness Law”. Among other creations, the referenced law gave life to a new type of warranty for rural financing, called Rural Affect Patrimony. It is a new institute, the creation of which revolved the credit structures of agribusiness. The article investigates the new risks for the agricultural owner. To achieve this objective, the paper first describes the institute and makes its bibliographic review. Afterwards, the research analyzes the data related to the volume of rural credit concession and default in the last five years that preceded the publication of the law - between 2015 and 2019, according to the Central Bank of Brazil time series. Finally, in light of the empirical findings, the study concludes that there is unnecessary risk imposition on the rural producer, through a new type of guarantee capable of removing him from agricultural activity.

Keywords: Rural credit. New Agribusiness Law. Granting of Credit. Rural Heritage of Affectation. Rural producer default.

Introdução

Existe uma característica fundamental da dívida: ela força o devedor a suportar o peso do choque. Essa ideia corresponde a uma passagem do livro *House of Débit* dos professores e economistas norte-americanos Atif Mian e Amir Sufi. Eles tratam nesse trecho dos efeitos das perdas alavancadas experimentadas pelos tomadores de crédito no contexto da crise imobiliária que assolou os Estados Unidos em 2008.

Trata-se de uma afirmação atual e bem aderente a realidade brasileira do crédito rural trazida pela Lei 13.986, de 7 de abril de 2020 que, entre outras coisas, criou o chamado Patrimônio Rural de Afetação. Por meio desse instituto criado para servir como garantia das operações de créditos rurais veiculadas pela também recém-criada Cédula Imobiliária Rural e da Cédula de Produto Rural, busca-se conferir maior segurança às empresas privadas que fomentam esse tipo de financiamento, já que se trata de uma garantia de fácil execução através de um procedimento extrajudicial.

Segurança maior ao credor e promessa de aumento no volume privado de recursos ao crédito rural, em especial de empresas estrangeiras, são um dos *standards* da vulgarmente denominada “Nova Lei do Agronegócio”. Mas tudo isso ocorre pela imposição de mais riscos ao produtor, parte menos apta a suportar o ônus da operação creditícia.

Mas, afinal, para aumentar o volume de financiamento rural, era necessária a criação de uma garantia que supostamente concederá maior segurança ao credor às custas da derrocada do produtor rural? A inadimplência do volume de crédito rural à disposição dos agricultores nos anos anteriores à Lei 13.986/2020 é tamanha a ponto de haver necessidade de repensar a segurança das concessões de crédito ao setor primário?

Essas indagações tornam pertinente a presente investigação. É preciso analisar se as medidas adotadas encontram fundamentos sólidos a ponto de promover um prejuízo patrimonial na indústria do produtor, que é justamente sua terra.

Para realizar a empreitada ora proposta, o trabalho contou com a revisão bibliográfica e análise de documentos – legislações relativas ao crédito rural – para abordar a definição desta modalidade de financiamento, a sua finalidade e o novo instituto do Patrimônio Rural de Afetação trazido pela Lei 13.986/2020.

Posteriormente, por meio da empiria foi realizada uma análise quantitativa dos indicadores de volume de créditos rurais concedidos para produtores pessoas físicas e jurídicas no período compreendido entre 2015 a 2019 – cinco anos –, bem como a inadimplência total – pessoas físicas e jurídicas – nessa modalidade de financiamento. Para efeitos comparativos, realizou-se o levantamento do volume e inadimplência total das demais modalidades de financiamento diversos do rural. Para obtenção dos dados, foram utilizadas as séries temporais disponibilizadas pelo Banco Central do Brasil (BCB).

Por fim, por meio do cotejo entre os resultados empíricos apurados sob a ótica dos nortes epistemológicos do financiamento rural acerca da situação paradoxal criada por essa nova garantia que fecundou as raias do crédito rural.

Este trabalho tem como marcos teóricos: (i) a obra *House of Debit* (Atif Mian e Amir Sufi) no que diz respeito à imposição de riscos a parte mais frágil da relação creditícia; (ii) o artigo Crédito e caráter: uma análise do discurso moral (BERTRAN, 2016), que trabalha o moralismo na concessão de crédito por parte das instituições financeiras e; (iii) a obra Financiamento rural (PEREIRA, 2014), que aborda a essencialidade social do crédito rural no abastecimento alimentar, a situação experimentada pelo produtor rural e as disposições legais voltadas a proteção daquele que trabalha em prol da sociedade.

I Crédito rural e a nova sistemática trazida pela Lei 13.986/2020: uma visão sobre o patrimônio rural de afetação

I.1 Definição, finalidade e importância do crédito rural ao agronegócio

O crédito rural tal como conhecido atualmente é fruto de uma evolução histórica centenária, marcada por acertos, erros e, em especial, desafios (ARAUJO, 2013, p. 16/20). Foi por meio da Lei nº 4.829, 5 de novembro de 1965, que houve a instituição dessa modalidade de crédito, com significativos avanços no campo de proteção dos pequenos agricultores, e integrando o setor agrícola ao processo de atualização e melhoramento da economia brasileira.

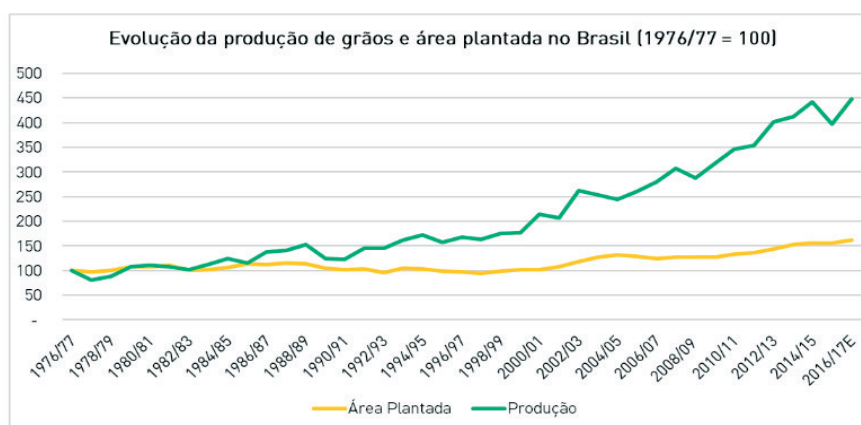
De acordo com o art. 2º da precitada lei, o crédito rural passou a ser entendido como sendo “o suprimento de recursos financeiros por entidades públicas e estabelecimentos de crédito particulares a produtores rurais ou a suas cooperativas para aplicação exclusiva em atividades que se enquadrem nos objetivos indicados na legislação em vigor”.

Também foi através da Lei 4.829/1965, em seu art. 3º, incisos I, II, III e IV, bem como da Lei 8.171, de 17 de janeiro de 1991, em seu art. 48, incisos I, II, III, que a finalidade do crédito rural foi estabelecida. De acordo com as disposições legais, essa modalidade de crédito tem por objetivo estimular o incremento ordenado dos investimentos rurais, favorecendo o custeio oportuno e adequado do produtor, de modo a possibilitar seu fortalecimento econômico, especialmente dos pequenos e médios agricultores. Esse fortalecimento econômico do homem do campo, de acordo com a legislação referenciada, se daria através da inserção de métodos racionais de produção,

capazes de aumentar a produtividade e, por consequência, o padrão de vida das populações rurais. Nessa linha, complementa Tenório que:

O Crédito Rural tem em mira incentivar o investimento privado em atividades rurais estendidos aos setores de armazenamento, beneficiamento e industrialização de produtos; custeio, comercialização das safras; fortalecimento do produtor rural; e introdução de técnicas racionais que visem ao aumento da produtividade, elevação do padrão de vida ou defesa do solo. (TENÓRIO, 1978, p. 229)

O crédito rural é, portanto, o precursor do desenvolvimento da atividade agrícola ao passo que viabilizou a implementação da tecnologia no campo, gerando grande aumento da produção nas últimas décadas. Essa expressiva mudança de paradigma é representada pelo gráfico abaixo que demonstra a evolução da produção de grãos num período de 40 (quarenta) anos, compreendido entre 1977 e 2017, que experimentou aumento vertiginoso mesmo que a área cultivada permanecesse praticamente a mesma (PERFARM, 2020):



Isso demonstra a importância do financiamento rural para desenvolvimento do setor que é altamente dependente de crédito.

Assim, se o crédito agrícola exerce papel primordial no primeiro setor, significa dizer que o abastecimento e a segurança alimentar, direitos sociais inerentes à dignidade do ser humano e que são constitucionalmente garantidos (PEREIRA, 2014), também estão sujeitos à volatilidade deste tipo de operação e às intempéries experimentadas pelo produtor rural. Dessa forma, como ensina Lutero de Paiva Pereira:

Quando o agente financeiro e produtor rural contratam uma operação de crédito rural, os interesses particulares que envolvem a transação se tornam menores, embora não desprezíveis, em face do fim último e do escopo maior do mútuo, pois acima de tudo os recursos que se negociam via contratos especiais vêm carregado de interesse social que reclama proteção extrema. (...) se o Estado deve fomentar a produção agropecuária para ter condições de organizar o abastecimento alimentar e assim tornar gozável o direito social a uma alimentação sadia e ininterrupta a todos, o crédito rural que se propõe a impulsionar a atividade produtiva deve ter sua realidade jurídica entendida e interpretada à luz dos princípios acolhidos pela Carta da República já que no seu aspecto teleológico tem em mira a vida e a dignidade da pessoa humana. (PEREIRA, 2014, p. 258/260)

Foi com a promessa de: (i) promover exponencial aumento de investimentos privados no agronegócio; (ii) atender aos anseios do setor; e (iii) promover a modernização da legislação do crédito rural¹ que, em 7 de abril de 2020, foi sancionada pelo presidente da República, com alguns vetos à versão aprovada no Parlamento Brasileiro, a Lei 13.986, coloquialmente denominada de “Nova Lei do Agronegócio”. Segundo analistas, a nova lei viabilizará um aumento de 5 bilhões nas receitas de crédito rural financiado com recursos privados, de acordo com informações da Frente Parlamentar Agropecuária (AGÊNCIA FPA, 2020).

Neste contexto, a Lei 13.986/2020 tem como “principal objetivo é o fomento ao financiamento privado do agronegócio brasileiro, aumentando a segurança jurídica aos credores” (COSAC, BELLINI e PAIVA, 2020, p. 1). Como forma de propiciar um aumento na segurança jurídica dos credores – pessoas jurídicas brasileiras ou estrangeiras dispostas a fomentarem o agronegócio –, foi criada uma figura jurídica que apesar de nova, ganhou papel de protagonismo se comparada com seu coirmão Fundo Garantidor Solidário (FGS)² – também criado pela Lei 13.986/2020 – e com outras garantias já tradicionais no crédito rural, qual seja: o Patrimônio Rural de Afetação (PRA).

Por se tratar de uma nova modalidade de garantia, metodologicamente optou-se pela análise do PRA de forma específica para que haja uma melhor compreensão acerca de seu funcionamento.

1.2 Patrimônio rural de afetação: principais características da garantia

A figura do patrimônio rural de afetação criado pela Lei 13.986/2020 tem por finalidade servir como instrumento de garantia à Cédula Imobiliária Rural – também criada pela predita lei – e a já conhecida Cédula de Produto Rural. Essa figura jurídica muito se assemelha a alienação fiduciária de imóvel, conforme se vislumbra do art. 28, §2º da Lei 13.986/2020, cuja disposição estabelece que ao patrimônio de afetação aplicam-se as disposições dos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/1997 (que regula Alienação Fiduciária de Imóvel). Isso quer dizer que em caso de inadimplemento o credor iniciará a execução extrajudicial do crédito, da mesma forma como ocorre na alienação fiduciária de imóvel.

Entretanto, existem algumas peculiaridades inerentes ao PRA que o torna diferente da alienação fiduciária. A primeira diferença é que esta garantia pode recair sobre a integralidade do imóvel rural ou apenas em parte dele. A segunda, é que ao invés de haver a consolidação da propriedade em favor do credor, nos casos de inadimplemento do devedor haverá a imediata transferência de titularidade da propriedade (art. 28, *caput*, da Lei 13.986/2020).³

Nesse tipo de regime, fará parte do Patrimônio Rural de Afetação o terreno, suas acessões, bem como as benfeitorias nele edificadas, com exceção das lavouras, bens móveis e semoventes. Assim, não há impedimento para que sobre os frutos, semoventes, e outros bens sejam instituídos garantias pignoratícias, mesmo que tais bens estejam sobre o patrimônio de afetação. Ademais, pela redação do parágrafo único do artigo 7º, percebe-se que o legislador atribuiu o regime de afetação a somente às acessões artificiais, já que as naturais (plantações) não restarão afetadas neste regime.

1 Nesse sentido, vide: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/lei-agro-desburocratiza-acesso-credito-moderniza-base-legal>. Acesso em: 30 de jun. de 2020.

2 O fundo garantidor solidário consiste num fundo criado para garantir operações de crédito rural veiculada em qualquer título apto a operacionalizar este tipo de financiamento. Consoante prevê o art. 2º, da Lei 13.986/2020, esse fundo é composto por, no mínimo, dois devedores, o credor e o garantidor, se houver. Cada um desses participantes integralizam cotas mínimas (previstas nos incisos do art. 3º) que, em caso de inadimplemento, servirá para ressarcir o credor. Após a quitação das dívidas por ele garantidas ou exaurimento dos recursos, o fundo será extinto. Caso haja saldo remanescente serão resgatados por aqueles que integralizaram a cota (art. 4º e 5º).

3 Dispõe o art. 28 que: “Vencida a CIR e não liquidado o crédito por ela representado, o credor poderá exercer de imediato o direito à transferência, para sua titularidade, do registro da propriedade da área rural que constitui o patrimônio rural em afetação, ou de sua fração, vinculado à CIR no cartório de registro de imóveis correspondente”.

De modo a garantir o mínimo para a sobrevivência do pequeno produtor rural, a nova lei, por meio de seu artigo 8º, incisos II e III, expressamente veda a instituição do patrimônio de afetação sobre a pequena propriedade rural, assim definida na alínea “a” do inciso II do *caput* do artigo 4º da Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, bem como sobre a área rural inferior ao módulo fiscal.

Em se tratando de patrimônio de afetação, poderá ele ser instituído uma única vez sobre a integralidade do imóvel ou fração. Diversamente do que ocorre com hipoteca, no patrimônio de afetação não há possibilidade de instituição de garantia com vários graus sucessivos (previsão do artigo 10, §3º, inciso I). Esse fato lhe aproxima ainda mais da alienação fiduciária de imóvel, a qual também não possibilita instituir sobre o mesmo bem, nova garantia desta mesma natureza, mas com grau diferente tal como ocorre com a hipoteca.

Enquanto perdurar o regime de afetação, ainda que parcial, o imóvel rural não poderá ser alienado (compra, venda e doação), objeto de parcelamento, ou qualquer outro tipo de ato translativo de propriedade por iniciativa do proprietário. Por esta razão, sobre o patrimônio afetado por este regime, pesa a impenhorabilidade, de modo que em eventual execução contra seu proprietário não gerará a constrição do bem afetado (art. 10, §3º, inciso II).

Caso o proprietário do imóvel afetado venha a decretar falência, tornar-se insolvente ou iniciar recuperação judicial, o patrimônio rural que serve de garantia não será atingido, ou seja, não fará parte do acervo patrimonial que se destinará à liquidação ou pagamento de outros credores nos aludidos procedimentos. Também não integrarão a massa concursal.

Para constituição do patrimônio de afetação é necessário que se leve a registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis. O Oficial de Registro de Imóveis procederá com o protocolo e autuará a solicitação do registro do patrimônio em afetação e os documentos a ele vinculados, nos termos dos art. 11 e incisos do art. 12, da Lei 13.986/2020.

Apesar de muitos juristas que militam no agronegócio enxergarem com bons olhos a figura do PRA, é inegável que os benefícios, mais uma vez, são voltados ao setor bancário. O risco continua sendo imposto à ponta da relação negocial que menos tem condições de suportá-lo, fato este que é algo comum até mesmo no cenário financeiro norte americano, como bem observa Mian e Sufi (2014).

Contudo, ao se deparar com esta situação trazida pela “Nova Lei do Agronegócio”, em que para aumento do volume de crédito e barateamento exige-se um novo tipo de garantia gravosa produtor, se afloram várias questões: O nível de inadimplência do produtor em relação ao crédito rural no Brasil é considerado alto? Houve nos últimos anos um aumento vertiginoso no inadimplemento do crédito rural que justifique a criação de nova garantia e, uma vez mais, expor o produtor a significativo risco? Se comparado com o montante que já é colocado à disposição do produtor rural pelos bancos e empresas de fomento agrícola, a nova legislação trará um aumento expressivo ao volume de financiamento rural?

Em busca de respostas para tais indagações, foram analisadas as séries temporais fornecidas pelo BCB, onde são apresentados os volumes de crédito disponibilizado para aplicação, por parte das instituições financeiras, em financiamentos destinados ao fomento do agronegócio; bem como o percentual de inadimplência dos produtores rurais levando em consideração o volume de crédito tomado.

2 Crédito rural em valores: análise do volume financiado e da inadimplência nos últimos cinco anos antes da aprovação da Lei 13.986/2020

Ao analisar as séries temporais fornecidas pelo BCB, as primeiras impressões obtidas quanto às concessões de recursos destinados ao crédito rural são de que existe um grande incentivo financeiro para o desenvolvimento da atividade agrícola nacional. Nos últimos 5 (cinco) anos antes da entrada em vigor da Lei 13.986/2020,⁴ o mercado recebeu em média 136.6 bilhões de reais por ano.

Nesses últimos cinco anos, foram colocados à disposição do produtor rural o total de 683 bilhões de reais, alocados nos seguimentos de custeio, investimento, armazenamento e distribuição dos produtos agrícolas, os quais são concedidos aos produtores rurais pessoas físicas e jurídicas que atuam no agronegócio. A tabela a seguir ilustra essa realidade.

Inadimplencia da carteira de crédito rural - Total					
ANO	CONCESSÃO		INADIMPLENCIA %	INADIMPLENCIA R\$	
2015	R\$	131.943.000.000,00	1,167%	R\$	1.666.901.200,00
2016	R\$	127.957.000.000,00	1,465%	R\$	2.075.410.700,00
2017	R\$	136.947.000.000,00	1,856%	R\$	2.964.287.900,00
2018	R\$	142.882.000.000,00	1,777%	R\$	2.966.641.500,00
2019	R\$	143.265.000.000,00	3,176%	R\$	4.519.681.600,00
TOTAL	R\$	682.994.000.000,00	1,888%	R\$	14.192.922.900,00

Fonte: BCB (2020)

Os números do agronegócio impressionam e demonstram que o nível de inadimplência da carteira é baixo e conta com a taxa média de inadimplência de 1,888% no período compreendido entre 2015 e 2019.

Por meio das séries temporais disponibilizadas pelo BCB, esses números são distribuídos entre recursos direcionados a pessoas físicas e pessoas jurídicas, que somados perfazem o volume total supracitado. Em análise mais específica dessas carteiras individualizadas, podemos constatar que essa propensão ao pagamento não se modifica. Na tabela a seguir, os dados relacionados aos produtores rurais pessoas físicas demonstram essa realidade.

⁴ Para que haja uma análise mais precisa, foi utilizado o período compreendido entre os anos de 2015 a 2019 para que os dados analisados levassem em consideração o fechamento anual de safra.

Concessões de crédito com recursos direcionados ao Crédito Rural - Pessoa Física			
ANO	CONCESSÃO	INADIMPLÊNCIA %	INADIMPLÊNCIA
2015	R\$ 79.490.000.000,00	1,583%	R\$ 1.272.129.000,00
2016	R\$ 79.401.000.000,00	2,121%	R\$ 1.681.123.300,00
2017	R\$ 87.291.000.000,00	2,878%	R\$ 2.552.383.000,00
2018	R\$ 94.208.000.000,00	2,827%	R\$ 2.618.350.000,00
2019	R\$ 98.313.000.000,00	2,562%	R\$ 2.503.458.000,00
SUBTOTAL	R\$ 438.703.000.000,00	2,394%	R\$ 10.627.443.300,00

Fonte: BCB (2020)

Quando se analisam os dados relacionados aos produtores rurais pessoas jurídicas, o inadimplemento é vertiginosamente menor se comparado com o crédito concedido.

Concessões de crédito com recursos direcionados ao Crédito Rural - Pessoa Jurídica			
ANO	CONCESSÃO	INADIMPLÊNCIA %	INADIMPLÊNCIA
2015	R\$ 52.453.000.000,00	0,751%	R\$ 394.772.200,00
2016	R\$ 48.556.000.000,00	0,809%	R\$ 394.287.400,00
2017	R\$ 49.656.000.000,00	0,834%	R\$ 411.904.900,00
2018	R\$ 48.674.000.000,00	0,728%	R\$ 348.291.500,00
2019	R\$ 44.952.000.000,00	3,791%	R\$ 2.016.223.600,00
SUBTOTAL	R\$ 244.291.000.000,00	1,383%	R\$ 3.565.479.600,00

Fonte: BCB (2020)

Seja pela concessão feita aos produtores rurais pessoas físicas, seja aos produtores pessoas jurídicas, a tendência de baixa inadimplência se mantém quando comparado ao volume de crédito concedido. Dentro do universo total de concessão dos recursos direcionados à atividade agrícola da pessoa física e jurídica (683 bilhões de reais), o valor do inadimplemento nos últimos 5 (cinco) anos representou pouco mais de 14,193 bilhões de reais.

Para efeito comparativo, outras carteiras de crédito – que não são destinadas ao setor agrícola – contam com volume muito maior de inadimplência, de 3,876%, que representa pouco mais de 43 bilhões de reais no mesmo período compreendido entre 2015 e 2019. Para exemplificar esse cenário, foram tomados por base os créditos imobiliários, os créditos concedidos pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), os microcréditos direto ao consumidor (Crédito Direto ao Consumidor – CDC) e outros créditos não classificados. Depois de selecionados esses créditos, foram

comparados o volume de concessão, correspondente a pouco mais de 1 trilhão de reais, com o volume de inadimplência precitado para, assim, encontrar o percentual de inadimplência dessas carteiras.

Inadimplencia das demais carteiras de crédito - Total			
ANO	CONCESSÃO DE RECURSOS	INADIMPLENCIA %	INADIMPLENCIA R\$
2015	R\$ 306.120.000.000,00	4,953%	R\$ 15.162.779.571,43
2016	R\$ 215.429.000.000,00	4,468%	R\$ 9.625.829.353,57
2017	R\$ 180.919.000.000,00	3,931%	R\$ 7.112.701.257,14
2018	R\$ 184.135.000.000,00	3,213%	R\$ 5.916.213.708,33
2019	R\$ 187.696.000.000,00	2,813%	R\$ 5.280.067.238,10
TOTAL	R\$ 1.074.299.000.000,00	3,876%	R\$ 43.097.591.128,57

Fonte: BCB (2020)

Por meio desses dados relativos a outras carteiras de financiamento bancário – créditos imobiliários, os créditos concedidos pelo BNDES, o microcrédito direto ao consumidor (CDC) e outros créditos não classificados –, a carteira agrícola demonstra sua aptidão para solver seus débitos, mesmo diante das intempéries climáticas e desafios inerentes ao setor.

Qualquer negócio está sujeito a riscos. Entretanto, tais riscos são segmentados em cinco pilares centrais: i) financeiros; ii) regulatórios; iii) operacionais; iv) estratégicos; e v) cibernéticos (FRAGOSO *et al.*, 2020). Esses riscos mercadológicos podem levar à crise decorrente de fatores também conhecidos como mercadológicos. O agronegócio não se furta dessa premissa e também está exposto aos inúmeros riscos mercadológicos inerentes ao desenvolvimento da atividade.

Aliado a esses fatores ordinários, o clima ainda é um fator de risco extraordinário que recorrentemente leva à inadimplência do setor agrícola. Diferentemente daqueles riscos casuais que podem ser mitigados por diversas práticas, os riscos climáticos quase não podem ser previstos ou remediados, pois ocorrendo durante a formação da lavoura ou do rebanho, seus danos podem ser irreversíveis e permanentes. Segundo a Embrapa,

A atividade agrícola é fortemente marcada por uma especificidade que a diferencia da produção da indústria e do setor de serviços: a forte dependência dos recursos naturais (como terra, clima e solo) e dos processos biológicos. Em particular, essa característica requer as seguintes condições: a) maior rigidez do processo produtivo, tendo como consequência menor flexibilidade para ajustar-se aos ciclos da economia e às mudanças nas conjunturas dos mercados relevantes; b) sazonalidade da produção; e c) dependência de processos biológicos que são responsáveis diretos pelas operações mais importantes do processo produtivo. Essas condições refletem os riscos que cercam a atividade agrícola, os quais tendem a ser maiores do que aqueles relacionados ao conjunto das demais atividades. (EMBRAPA, 2018, p. 97).

Essa pesquisa apontou também que 25% dos danos advindos de desastres naturais recaíram sobre a agropecuária entre os anos de 2003 e 2013, o que causou prejuízos de US\$70 bilhões. Especificamente no Brasil, as “análises evidenciam perda anual próxima de 11 bilhões” (EMBRAPA, 2018, p. 98). Se levar em consideração que a carteira agrícola totalizou nos últimos cinco anos uma inadimplência média anual 2,8 bilhões de reais, verificar-se-á uma desproporção entre o prejuízo obtido e a inadimplência gerada pelo agronegócio.

Isso significa dizer que os produtores sofrem perda de quatro vezes superior ao valor da inadimplência gerada anualmente, o que significa que apenas 25% do prejuízo sofrido no campo é repassado às instituições financeiras. Esse fato demonstra que o produtor rural é propenso ao adimplemento de suas obrigações, ainda que as condições de clima e mercado sejam desafiadoras à atividade agrícola.

Assim, ao comparar os números encontrados nas séries temporais do BCB, verifica-se que essa propensão de adimplência do produtor rural representa um percentual de 1,987% a mais que os demais tomadores de crédito das linhas acima indicadas. **Isso reforça a ideia de que as garantias normalmente pactuadas são suficientes para garantir a satisfação do débito que pesa sobre os ombros do produtor rural.**

Levando em consideração o volume de crédito concedido nesse mercado, praticamente nada mudará com a promessa dos novos financiamentos privados para a atividade agrícola. A promessa que foi apresentada como a “solução” dos problemas do produtor rural estima a liberação de novos 5 bilhões de reais no mercado (AGÊNCIA FPA, 2020). Esse volume representa um aumento de apenas de 3,66% de novos recursos se comparado com os já disponíveis, que giram entorno de 136.6 bilhões reais anualmente injetados na economia agrícola.

Esses números trazem uma reflexão sobre as promessas, benefícios e ônus trazidos pela Lei 13.986/2020. Perante o montante que já é colocado à disposição do produtor rural pelos bancos e empresas de fomento agrícola, a legislação recém-aprovada não acarretará em um aumento expressivo que viabilize o desenvolvimento do setor agrícola como quis soar a promessa apresentada aos agricultores. Nesse contexto, justifica-se uma nova e invasiva garantia que apenas privilegia o credor e vai à contramão dos objetivos do crédito rural? É o que se tentará responder na próxima etapa.

3 O patrimônio rural de afetação e a nova e paradoxal face do crédito rural

O deputado Federal Pedro Lupion, integrante da Frente Parlamentar Agropecuária (FPA) e responsável por articular a aprovação da Medida Provisória 897, de 1º de outubro de 2019, junto ao presidente do Congresso, comemorou com as seguintes palavras a chegada da recém-aprovada Lei 13.986/2020: “É vitória da FPA, é vitória do agro brasileiro e, mais importante que tudo, é vitória do produtor rural” (AGÊNCIA FPA, 2020).

No entanto, não soa como vitória dos produtores rurais a ideia de que seu imóvel rural pode ser expropriado em menos de 45 (quarenta e cinco) dias se, por exemplo, houver inadimplência por prejuízo de safra decorrente de prolongado período de estiagem, ou uma queda repentina no preço da *commoditie*.

O ônus continua sendo suportado por aquele que menos tem condições de assumi-lo, mesmo que os dados de inadimplência fornecidos pelo BCB demonstre que o setor agrícola honra mais com o pagamento de seus financiamentos se comparado com os demais setores da economia. A

inadimplência do agricultor – pessoa física e jurídica – nos últimos cinco anos é na média de 1,888%. Por sua vez, a média de inadimplência no mesmo período relacionada aos demais tipos de financiamentos é de 3,876%. Isso significa que a inadimplência atinente ao crédito do agronegócio é 1,988% menor se comparada aos demais tomadores de crédito.

Esses números demonstram que nos financiamentos agrícolas, existe uma inadimplência que corresponde a menos da metade das demais linhas de crédito. Não quer dizer, no entanto, que a inadimplência de 1,888% do crédito rural nos últimos cinco anos não seja representativa; pelo contrário, corresponde a 14.192.922.9 bilhões nos últimos cinco anos. É uma cifra bastante expressiva.

Todavia, se comparada com os 682.994 bilhões de crédito concedido nos últimos cinco anos aos produtores rurais – pessoas físicas e jurídicas –, a expressividade da inadimplência diminui drasticamente.

Os dados demonstram que agricultores, em geral, podem carregar consigo caráter de bons pagadores. O discurso moralizante de que os devedores não pagam suas dívidas por incapacidade de planejamento ou falta de autocontrole (BERTRAN, 2016, p.185); ou que os interesses dos credores devem ser colocados à frente dos demais, neste enfoque, cede espaço à realidade dos dados financeiros fornecidos pelo BCB em relação ao crédito rural.

Mesmos com os riscos climáticos inerentes à atividade e os problemas relacionados à comercialização da produção, o setor agrícola honra de forma mais assertiva seus financiamentos. Estes dados geram reflexões entorno da necessidade de mais seguranças aos credores e a imposição de mais riscos aos produtores, pois as garantias já existentes no mercado financeiro são capazes de manter o nível médio de inadimplência abaixo de 2% na média dos últimos cinco anos. Ou seja, mais de 98% do volume de crédito concedido aos produtores rurais foram adimplidos nos últimos cinco anos.

Como bem observa Maria Paula Bertran, o mercado financeiro constrói uma noção idealizada e moralizante de credor e devedor para fins de concessão de crédito (BERTRAN, 2016, p.185). De acordo com a autora,

Algumas assunções são comuns no discurso que difunde a associação entre crédito e caráter. Uma delas é de que o devedor que se mostra inadimplente é sóbrio, diligente e não se deixa levar pelos furores de consumo. Já o devedor que se mostra inadimplente é construído como o indivíduo que cede às paixões e aos luxos, desprovido de razões e incapaz de viver com frugalidade. Uma segunda característica é a determinação do tomador como único responsável por autocontrole: ninguém mais do que o próprio conheceria sua capacidade de pagar pelas dívidas. Ele, portanto, é o único responsável por sua felicidade ou insucesso financeiros. Um terceiro recorrente elemento é afirmar que não existe dívida que não possa ser paga com planejamento, esforço e determinação. (BERTRAN, 2016, p.185)

À luz dessas insígnias que gravitam em torno do mercado financeiro, especialmente a retórica de que qualquer dívida pode ser paga com planejamento, esforço e determinação, indaga-se: como um produtor rural que ficou inadimplente por força da quebra de safra fará o pagamento imediato do financiamento ou planejará fazê-lo? Um agricultor que em 45 (quarenta e cinco) dias perderá o imóvel sobre o qual foi instituído o PRA terá perspectiva de fazer algum planejamento, empreender esforço ou ter algum tipo de determinação para adimplir a dívida e voltar a produzir sem seu objeto de trabalho?

Como exposto no início desta abordagem, a finalidade do crédito rural é promover o abastecimento alimentar através do aumento de produtividade e comercialização do produto do campo⁵, além de fomentar e fortalecer o produtor rural.⁶ Esse novo tipo de garantia é contrário a tudo isso. Não haverá mais segurança alimentar,⁷ e o produtor ficará mais enfraquecido. Terá sorte se voltar algum dia a exercer seu ofício caso seu patrimônio seja executado liminarmente. Como bem assinalado por Lutero de Paiva Pereira:

Como instrumento fomentador da atividade produtiva primária o financiamento rural é mantido sob disciplina direta do Estado, para que cumpra seu objetivo de trazer bem estar ao povo quando aplicado corretamente na atividade-fim. Não obstante o financiamento rural tenha espaço para o interesse particular do aplicador e do tomador dos recursos, o interesse social nele presente não tem como ser afastado, e pela supremacia deste em relação àquele os contratos estão colocados sob disciplina jurídica mais privilegiada. A segurança alimentar, uma realidade fático-jurídico que pode ser vista sob o foco dos direitos fundamentais da pessoa humana, depende de um campo em desenvolvimento e sendo o crédito agrícola uma ferramenta útil neste mister, o Direito Constitucional deve lhe estender proteção. (...) Como usuário de um recurso financeiro que se presta a um fim tão elevado, seu tomador deve ser protegido o quanto possível na interpretação das cláusulas da convenção, pois alguma forma ele se apresenta como um agente do bem comum e promotor direto ou indireto da ordem pública, a qual tem no abastecimento alimentar um dos seus esteios mais significativos conforme reconhecido pelo art. 2º da Lei nº 8.171/91. (PEREIRA, 2014, p. 249/250 e 259)

Todos aqueles que fazem parte de um sistema produtivo estão expostos aos fatores de risco, o que é potencializado pela atividade agrícola que é uma indústria sujeita a diversos fatores climáticos e mercadológicos. Foi também para que esses fatores não gerem insegurança alimentar que o crédito rural foi projetado. Por isso, deve atender às necessidades dos tomadores de crédito, a fim de evitar excessos que o sistema privado pudesse impor aos seus *players*.⁸

Por trás da atividade exercida pelo produtor, existe uma função social que visa tutelar bem jurídico maior: a segurança alimentar, cujo Estado é obrigado a garantir. Uma nova garantia como o PRA gera uma situação paradoxal e cria uma nova face, porém sombria, ao crédito rural. Não haverá meios para conter o “despotismo do economicamente mais forte”, em especial diante de uma nova criação legislativa obstará a utilização de “uma maneira eficiente de equilibrar as forças na elaboração da convenção, já que, por ocasião da contratação do mútuo, o mutuário não tem como impor qualquer condição” (PEREIRA, 2014, p. 31).

5 “A agricultura e o direito nasceram juntos, filha a primeira da própria contingência humana de produzir para subsistir e o segundo a defender os meios de produção para que ela seja possível, numa demonstração de equilíbrio constante dos impulsos do egoísmo com as conveniências da submissão de todos ao bem-estar comum”. CARDOZO, Francisco Malta. Tratado de direito rural brasileiro. vol.1. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 256.

6 Se os financiamentos rurais demonstram em claras letras sua qualificação como crédito de **fomento**, consoante anteriormente visto, certo é que a consecução destes fins elogiáveis jamais se materializaria se os contratos fossem arbitrariamente conduzidos no interesse das partes envolvidas. Consciente desta premissa básica, ou seja, de que o interesse privado poderia macular a filosofia social do crédito rural, o legislador houve por bem sujeitar o mútuo, em todos seus termos e condições, à previa regulamentação do Conselho Monetário Nacional. Do lado do mutuante, ao assim dispor a lei, outra coisa não fez senão conter o despotismo do economicamente mais forte, até mesmo como uma maneira eficiente de equilibrar as forças na elaboração da convenção, já que, por ocasião da contratação do mútuo, o mutuário não tem como impor qualquer condição. PEREIRA, Lutero de Paiva. **Financiamento rural**. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 31.

7 E para que o direito a uma alimentação segura seja estendido sem qualquer distinção a todos, de modo que a continuidade da vida humana, e vida com dignidade, seja levada a bom termo, a Carta Federal dispõe competir à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios organizar todo o seu processo alimentar, o qual se inicia lá no ambiente rústico, a saber, na propriedade rural e se finda no ambiente sofisticado, ou seja, a cidade. PEREIRA, Lutero de Paiva. **Financiamento rural**. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 244.

8 *Players* são aquelas pessoas envolvidos no sistema do agronegócio, consideradas como agentes financiadores, fornecedores, produtores e/ou comerciantes que estão sujeitos ao êxito da atividade comercial.

Sua criação, com respeito aos que divergem deste entendimento, não se mostrava necessária para baratear o crédito ou aumentar o volume de investimento privado. A inadimplência já é relativamente baixa e existem inúmeras garantias, com destaque à hipoteca, que asseguram os interesses do credor sem invadir a dignidade do produtor. Aumentar em 5 bilhões em financiamento é muito pouco para justificar uma nova garantia, especialmente se comparado com o volume anual médio já colocado a disposição do produtor (em torno de 136 bilhões de reais).

Essa afirmação carece de dados – e pode ser objeto de outra pesquisa –, mas certamente uma grande parte dos produtores rurais inadimplentes consegue, após um período de continuidade na sua atividade agrícola, saldar a dívida financiada sem prejudicar a manutenção de seu nobre ofício; fato este que à luz do PRA é impossível.

A segurança jurídica já existe e esta nova figura poderá gerar o oposto tanto aos credores quanto aos produtores. Não é de se duvidar que questionamentos quanto ao Patrimônio Rural de Afetação no âmbito judicial virão, tal como ocorreu e ocorre com a alienação fiduciária de imóvel. Isso não é interessante ao credor, que se verá impedido de satisfazer seu crédito enquanto não cessar o litígio e ao devedor, que será forçado se utilizar de medidas judiciais que permitam a satisfação da dívida sem a perda do bem produtivo. É uma faca de dois gumes que pode se voltar contra o credor – em tese beneficiário de uma nova garantia –, sem falar que pode gerar efeito reverso e acabar por encarecer o crédito rural.

Conclusão

O crédito rural é uma operação que ao longo de várias décadas se mostrou como ferramenta fundamental para aumento da produtividade, modernização e implementação tecnológica do campo, segurança alimentar da sociedade e fortalecimento do agricultor. Esta atividade, no ano de 2020, passou a contar com a Lei 13.986/2020 que surgiu como grande promessa de aumentar o volume de recursos privados para o financiamento rural e gerar segurança jurídica aos credores que fomentem o agronegócio.

A nova lei, que criou um título – Cédula Imobiliária Rural –, modernizou as disposições de regência da Cédula de Produto Rural e trouxe a possibilidade de negociação dos títulos do agronegócio na Bolsa de Valores através da emissão pelo formato escritural. Também foi criado um novo tipo de garantia para as operações de crédito rural: o PRA, cujas diretrizes seguem as regras estabelecidas na Lei de Alienação Fiduciária de Imóveis. Com isso, mais uma vez o risco do crédito é imposto àquela parte que menos tem condição de suportá-lo, o produtor.

Essa nova garantia mostra sua face obscura e prejudicial aos produtores rurais, sujeitos que experimentam inúmeros riscos e adversidades em suas atividades. Estes riscos decorrentes em especial de fatores climáticos, no mais das vezes, são responsáveis pelo inadimplemento das operações de crédito rural. Em poucos meses, o produtor inadimplente perderá seu bem de produção sobre o qual foi instituído o PRA, o qual servirá para pagar o financiamento inadimplido. Com isso, aquele que antes era produtor deixa de ser.

Apesar de não haver justificativas para a criação dessa garantia, muito foi comemorada. A inadimplência do crédito rural nos últimos cinco anos teve uma média que ficou abaixo de 2% (1,888%). É menos do que nas outras modalidades de crédito. Isso demonstra que as demais garantias já existentes para o crédito rural eram producentes e manteve relativamente baixa a inadimplência. O credor já gozava de segurança jurídica.

A nova garantia poderá gerar, ao invés de segurança, mais problemas ao credor. Judicialização de discussões envolvendo o PRA ocorrerão, e isso constituirá um entrave no recebimento do crédito por aquele que a lei visou proteger. Poderá, também, haver um encarecimento do crédito rural gerado pela instabilidade.

Nesse contexto, é preciso maiores reflexões acerca das finalidades do crédito rural e do novo tipo de garantia que, uma vez mais, busca privilegiar aqueles que já gozam de inúmeros privilégios no mercado financeiro, em detrimento daqueles que deveriam se fortalecer e assegurar o interesse social na produção de alimentos.

Referências

AGÊNCIA FPA. Disponível em: agencia.fpagropecuaria.org.br/2020/04/08/sancionada-mp-do-agro-deve-ampliar-em-r-5-bilhoes-os-creditos-para-financiamento. Acesso em: 30 de jun. de 2020.

ARAUJO, Lucas Pereira. **Limites dos encargos financeiros do crédito rural à luz da legislação especial e do princípio da função social do contrato**. Trabalho de Conclusão de Curso. Fafra. 2013.

BERTRAN, Maria Paula. Crédito e caráter: uma análise do discurso moral. **Revista de Direito do Consumidor**. Ano 25. Vol. 105. Mai-jun 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.986, de 07 de abril de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13986.htm. Acesso em: 30 de jun. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4829.htm. Acesso em 30 de jun. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8171.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.171%2C%20DE%2017%20DE%20JANEIRO%20DE%201991.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20pol%C3%ADtica%20agr%C3%ADcola.&text=Art.&text=Para%20os%20efeitos%20desta%20lei,%2C%20pecu%C3%A1rios%2C%20pesqueiros%20e%20florestais. Acesso em: 30 de jun. de 2020.

CARDOZO, Francisco Malta. **Tratado de direito rural brasileiro**. vol.I. São Paulo: Saraiva, 1953.

COSAC, Marcelo; BELLINI, Luiz; PAIVA, Camilla. **A nova Lei do Agro e a possibilidade de emissão de CRA no exterior**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-nova-lei-do-agro-e-a-possibilidade-de-emissao-de-cra-no-exterior-28062020>. Acesso em: 30 de jun. de 2020.

EMBRAPA. **Visão 2030: o futuro da agricultura brasileira**. Brasília/DF: Embrapa, 2018.

FRAGOSO, Ronaldo [et. al]. **Os cinco pilares do risco empresarial**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4911202/mod_resource/content/1/Os-Cinco-Pilares-dos-Riscos-Empresariais-Deloitte.pdf. Acesso em 30 de jun. de 2020.

MIAN, Atif; SUFI, Amir. **House of Debit: how they (and you) caused the great recession, and how we can prevent it from happening again**. The University of Chicago Press, 2014.

PEREIRA, Lutero de Paiva. **Financiamento rural**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

PEREIRA, Lutero de Paiva. **O crédito agrícola como instrumento de fomento da produção de alimentos e a proteção derivada do direito constitucional. Desafios do Direito Agrário Contemporâneo.** Coordenadora Flavia Trentini. Ribeirão Preto: Altai, 2014.

PERFARM. **Agricultura no Brasil: evolução e estratégias adotadas.** PERFARM, 2020. Disponível em: <http://blog.perfarm.com/agricultura-no-brasil/>. Acesso em: 28 de jun. de 2020.

TENÓRIO, I. **Manual de direito agrário brasileiro.** São Paulo: Resenha Universitária, 1978.

VITAL, Danilo. **Lei do Agro desburocratiza acesso a crédito e moderniza base legal, dizem advogados.** Disponível em: www.conjur.com.br/2020-abr-08/lei-agro-desburocratiza-acesso-credito-moderniza-base-legal. Acesso em 30 de jun. de 2020.

O Direito de Remessas Familiares Transnacionais Eficientes e Seguras: desafios à governança global migratória

Bianca Guimarães Silva*

Thiago Paluma**

Introdução. 1 A garantia da eficiência e da segurança das remessas transnacionais como forma de efetivar o direito de migrar. 1.1 A infraestrutura financeira adequada provida pelos estados como forma de efetivar a eficiência. 1.2 Trabalhadores migrantes reconhecidos como consumidores hipervulneráveis dos serviços de remessas. 1.3 A regulação dos serviços de remessas, as leis domésticas aplicáveis e a atuação do direito internacional privado para garantir a segurança. 2 A governança global como uma via possível para efetivar o direito de remessas seguras e eficientes: o uso de instrumentos de hard e soft law. 2.1 Possibilidade da aplicação das técnicas de cooperação da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado em matéria de facilitação de transferência de fundos internacionais. 2.2 Pacto Global sobre Migração segura, ordenada e regular. Considerações finais. Referências.

Resumo

As transferências financeiras transnacionais feitas por trabalhadores migrantes aos seus familiares nos países de origem geram impactos microeconômicos e macroeconômicos. Em que pese a relevância interdisciplinar do assunto, a regulação das remessas transnacionais ainda é pouco explorada pelo Direito Internacional. Apesar de o direito de remessas seguras e eficientes ser garantido pelos artigos 32 e 47 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, ainda há lacunas na implementação dessa garantia em razão da ausência de consenso entre os países sobre a temática migratória. Nesse contexto, o presente artigo visa analisar meios de efetivação desse direito. Utilizou-se do método dedutivo por meio de fontes documentais, bibliográficas e estatísticas produzidas por terceiros. Concluiu-se, portanto, que é necessário assegurar os direitos consumeristas aos migrantes como consumidores hipervulneráveis, melhorar a infraestrutura financeira e estabelecer marcos regulatórios sobre as remessas financeiras. A efetivação dessas práticas clama pela governança global e pelo uso de ferramentas de diálogo como os acordos cooperacionais multilaterais (*hard law*) da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado e dos instrumentos de *soft law* do sistema universal.

Palavras-chave: Remessas transnacionais. Remessas familiares. Transferência de fundos. Migração laboral. Governança global migratória.

* Mestranda em Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB). Especialista em Direito Internacional pela Escola Brasileira de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, com intercâmbio acadêmico na *Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne* (2016–2017). Pesquisadora de Apoio Técnico à Pesquisa e D&I no Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra/UnB) e no Laboratório de Inteligência Artificial da UnB (ALLAB/UnB).

** Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Diretor de Inovação da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação da UFU. Doutor em Direito Internacional pela Universitat de Valencia. Co-Coordenador da Rede de Pesquisa em Processo Civil Internacional. Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI) e da Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

The Right to Efficient and Secure Transnational Family Remittances: Challenges to Global Migratory Governance

Abstract

Transnational financial transfers made by migrant workers to their families in countries of origin generate microeconomic and macroeconomic impacts. Despite the interdisciplinary relevance of the subject, the regulation of transnational remittances is still under explored by international law. Although the right to safe and efficient remittances is guaranteed by Articles 32 and 47 of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, there are still gaps in the implementation of this guarantee due to the lack of consensus among countries on the migration issue. In this context, the present article aims at analyzing ways to implement this right. The deductive method was used through documentary sources, bibliography and statistics produced by others. It has therefore been concluded that there is a need to secure consumer rights for migrants as hypervulnerable consumers, to improve the financial infrastructure, and to establish regulatory frameworks on remittances. The implementation of these practices calls for global governance and the use of dialogue tools such as the multilateral cooperative agreements (hard law) of The Hague Conference on Private International Law and the soft law instruments of the universal system.

Keywords: *Transnational Remittances. Family Remittances. Transfer of funds. Labor Migration. Global Migration Governance.*

Introdução

O direito de migrar é muito mais complexo do que o mero deslocamento entre fronteiras. Esse direito carrega consigo inúmeras outras garantias. Ao pensar a migração internacional, é necessário identificar quais direitos reflexos contribuem para a plena efetivação de tal prerrogativa. Entre eles, encontra-se o direito de realizar remessas financeiras familiares transnacionais,¹ que é assegurado pelos artigos 32 e 47 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias. Em que pese a garantia internacional, a segurança e a efetividade das remessas são violadas diariamente em razão de três fenômenos: o não reconhecimento do trabalhador migrante como consumidor hipervulnerável, a debilidade da infraestrutura financeira em muitos países de origem e de destino, e a ausência de marcos regulatórios das remessas familiares. Desse modo, o presente estudo demonstrará como a garantia desses elementos supracitados efetivam não somente o direito de remessas seguras e eficientes, assim como o próprio direito de migrar em sua complexidade.

O caráter interdisciplinar das migrações ainda é um desafio. Nesse sentido, há importância em destacar a relação entre os fluxos migratórios, a economia e o desenvolvimento. A pretensão de identificar o direito de remessas seguras e eficazes como reflexo do direito de migrar encontra-se na importância que a transferência de fundos tem para a comunidade migrante em seu país

¹ Os termos remessas transnacionais, remessas familiares, remessas financeiras, transferência de fundos ou remessas internacionais serão utilizados como sinônimos para o conceito de remessas financeiras familiares transnacionais. Sobre essa delimitação conceitual, ver seção 1.

de origem, trânsito e destino. Nesse contexto, questiona-se, portanto, se assertivas genéricas que relacionam a relação entre as remessas familiares e o desenvolvimento local são apenas especulações ou se representam a realidade. Uma das principais perguntas que impulsionam os debates sobre os fluxos migratórios diz respeito aos impactos das remessas financeiras enviadas por trabalhadores migrantes aos seus países de origem. Afinal, as remessas estão diretamente relacionadas aos impactos positivos nos níveis micro e macroeconômico? É possível relacionar as remessas transnacionais com o desenvolvimento local e a redução da pobreza? Muitos estudos afirmam que os migrantes ocupam importante papel de promover a prosperidade e a redução da pobreza nos países de origem.

De acordo com o relatório *Migration and development: a role for the World Bank Group*, produzido pelo Banco Mundial em 2016, as remessas financeiras feitas por trabalhadores migrantes constituem um instrumento de desenvolvimento socioeconômico. Observa-se que, em 2015, os valores das remessas familiares aos países em desenvolvimento atingiram cerca de US\$432 bilhões de dólares (BANCO MUNDIAL, 2016, p. 10). Ao contrário das ajudas humanitárias, que são encaminhadas por meio de agências oficiais, o valor das remessas é recebido diretamente pelas famílias e são mais estáveis (BANCO MUNDIAL, 2016, p. 10). Estudos realizados em 71 países em desenvolvimento afirmam que as remessas internacionais reduziram em 3,5% o índice de pessoas que vivem na pobreza (BANCO MUNDIAL, 2016, p. 10). Os dados sobre os impactos microeconômicos das remessas internacionais revelam que no caso de famílias de baixa renda, esses valores são usados para consumo de alimentos, roupas e aluguel (BANCO MUNDIAL, 2016, p. 11). Assim, não há como ignorar o papel das remessas familiares transnacionais no desenvolvimento local e na redução da pobreza.

O direito de remessa também possui base legal universal. O artigo 32 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias estabelece que: “Cessando a sua permanência no Estado de emprego, os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias têm o direito de transferir os seus ganhos e as suas poupanças e, nos termos da legislação aplicável dos Estados interessados, os seus bens e pertences”. No mesmo documento internacional, o artigo 47 traz a previsão do direito de remessas transnacionais seguras e eficientes da seguinte forma: “Os trabalhadores migrantes têm o direito de transferir os seus ganhos e economias, em particular as quantias necessárias ao sustento das suas famílias, do Estado de emprego para o seu Estado de origem ou outro Estado (...)”. Ainda prevê que compete aos Estados aplicar a legislação cabível, harmonizar as normativas com os acordos internacionais e adotar medidas para facilitar tais transferências.

Portanto, adotando como ponto de partida essas garantias internacionais previstas nos artigos 32 e 47 da Convenção supracitada, questiona-se: como efetivar o direito de remessas familiares transnacionais eficazes e seguras? Quais seriam as contribuições do Direito Internacional Privado ao tema? É possível utilizar as remessas como ferramenta de cooperação? Propõe-se, portanto, um diálogo entre o Direito Internacional Público e Privado, por meio da utilização de técnicas de cooperação e das práticas de governança global (*hard law* e *soft law*). O problema central deste estudo pauta-se em como efetivar o direito de remessas familiares de forma segura e eficaz. Identificaram-se três pontos de ação que devem ser debatidos em arenas multilaterais: o reconhecimento do migrante como consumidor hipervulnerável, o provimento de infraestrutura financeira adequada e o estabelecimento de marcos regulatórios das remessas familiares transnacionais.² A partir da identificação dessas ausências, mapeou-se como o diálogo entre o Direito Internacional Público e

² De antemão, esclarece-se que o escopo desse artigo visa apenas discutir sobre marcos regulatórios referentes às remessas familiares transnacionais. Excluem-se, portanto, as normativas sobre remessas transnacionais envolvendo o financiamento ao terrorismo e à lavagem de dinheiro.

Privado pode apresentar alternativas à efetivação do direito de remessas seguras e eficientes por meio de instrumentos normativos de *hard law* e *soft law*. Este trabalho busca expor um processo argumentativo sob a perspectiva da proteção dos trabalhadores migrantes.

Como metodologia, este estudo vale-se da natureza aplicada com teor descritivo e emprega o método dedutivo, que analisa o panorama geral das remessas transnacionais, para que, posteriormente, o proponha como ferramenta de cooperação, por meio da governança global, no âmbito das migrações internacionais. Foram utilizadas fontes documentais, bibliográficas e estatísticas (produzidas por terceiros) a fim de fomentar o debate de maneira introdutória sem a pretensão de esgotá-lo neste texto. Propõe-se, portanto, uma cooperação entre os múltiplos atores (consumidores migrantes, entes privados, Estados e demais organizações interessadas) em matéria de remessas familiares. A argumentação do presente trabalho pretende revelar o direito de remessas financeiras familiares como reflexo do direito de migrar, no sentido de evidenciar que os envios financeiros podem ser utilizados como importante ferramenta de empoderamento dessas populações migrantes, do fortalecimento do próprio direito de migrar e do desenvolvimento local no país de origem, trânsito e destino.

I A garantia da eficiência e da segurança das remessas transnacionais como meios de efetivar o direito de migrar

O direito de migrar é violado diariamente. O aumento da securitização das fronteiras e da criminalização das migrações indica essa tendência. Em razão da complexidade envolvendo a gestão desses indivíduos deslocados, esse assunto tornou-se um dos grandes temas da agenda política internacional (OIT, 2015, p. 14). Apesar de os debates terem se iniciado no período das grandes guerras, durante o século XX, esse protagonismo estendeu-se também ao século XXI. A mobilidade internacional, seja forçada ou voluntária, evidenciou a necessidade de cooperação entre os países para dar respostas ao acolhimento das pessoas deslocadas. Essa cooperação é necessária não somente no acolhimento, bem como na transferência de fundos dos trabalhadores migrantes. Por isso, essas temáticas possuem impactos em múltiplos níveis e desafiam os países de origem, de trânsito e de destino.

A globalização, fenômeno inevitável do século XXI, também possui características que revelam a desigualdade social. Observa-se o seu alcance universal, porém com debilidades locais, uma vez que algumas regiões e parte da população estão excluídas da globalização em razão da distribuição não homogênea dos seus benefícios. Ressalta-se também o seu caráter predominantemente econômico e a relevância dos atores transnacionais. Nesse contexto, são esclarecidos os pontos dessa seção, conforme a seguir. A globalização escancara as diferenças entre as infraestruturas financeiras globais e locais; vulnera os indivíduos em relações consumeristas frente aos interesses econômicos; e, sobretudo, demonstra a limitação do papel dos atores estatais ao definir os marcos regulatórios, sendo impossível desconsiderar a influência dos atores privados transnacionais na tomada de decisões (ARROYO, 2005, p. 91).

Na presente seção, serão elencados três aspectos como fundamentais para a plena efetivação do direito de remessas transnacionais eficientes e seguras.

O primeiro elemento trata da implementação de uma estrutura financeira adequada, na qual a cooperação entre o Estado e os entes privados torna-se fundamental. As remessas financeiras são realizadas, muitas vezes, por meio das transações que ocorrem por bancos e provedores dos serviços de remessas. Assim, sem estrutura adequada, não há como se falar em eficiência no envio e no recebimento das remessas transnacionais.

O segundo elemento diz respeito ao reconhecimento dos trabalhadores migrantes como consumidores hipervulneráveis dos serviços de remessas. Esse *status* como hipervulnerável pretende empoderar o consumidor migrante, conferindo a ele direito ao acesso à informação e transparência nas operações financeiras.

Por fim, o terceiro elemento trata do marco regulatório dos serviços de remessas. A variedade de leis aplicáveis nos âmbitos domésticos faz com que exista um descompasso entre a arquitetura jurídica estabelecida pelo Estado soberano e a prática das remessas que se realizam entre dois Estados. A ausência de normas internacionais, que estabeleça parâmetros comuns entre os países, faz com que as leis internas sejam desconhecidas pelos usuários ou causem arbitrariedades em sua aplicação.

1.1 A infraestrutura financeira adequada provida pelos estados como forma de efetivar a eficiência

A transferência de fundos de um Estado a outro, quando intermediada por um terceiro, constitui uma relação de consumo, pois trata-se de um vínculo entre um fornecedor e um consumidor, e o elo entre os dois é a prestação de um serviço. Os principais participantes da remessa financeira são o prestador de serviço das remessas,³ o remetente e o destinatário. Em relação ao remetente e ao destinatário, destaca-se que o tema desta pesquisa, portanto, possui ênfase nos pagamentos feitos de pessoa a pessoa⁴ sem considerar pagamentos entre empresas em compras de mercadorias e serviços. Em relação à prestadora de serviços de remessa, afirma-se que muitas vezes, existe uma prestadora que captura a transação e outra prestadora que desembolsa os recursos (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK, 2007, p. 7). Os bancos, por sua vez, podem ser os próprios agentes das transferências ou utilizar outras instituições receptoras para fazer a transferência internacional.

Muitas remessas são financeiramente onerosas se comparadas à baixa renda dos trabalhadores migrantes e da quantidade de dinheiro enviada. Dentre os principais problemas observados, destacam-se inúmeras barreiras, sejam elas linguística, cultural, social e/ou econômica. Observa-se que os trabalhadores migrantes vulneráveis possuem dificuldades em relação à língua local, à documentação, à infraestrutura financeira dos países destinatários, ao tempo de conclusão das transferências e à confiabilidade dos serviços. Para realizar as transações, é necessária uma cobertura global para assegurar que independente da localidade, o destinatário terá acesso ao serviço e ao dinheiro. Para minimizar esses desafios, que provocam inefetividade e insegurança, é preciso potencializar esforços para reduzir os custos da realização das remessas e promover o direito de remessas transnacionais eficientes e seguras. Assim, os serviços oferecidos pelos mercados serão transparentes, acessíveis e sólidos.

Para fins de compreensão, este texto utilizará do termo remessas, serviços de remessa ou transferências relacionadas com remessas, considerando apenas aquelas feitas internacionalmente, cuja definição delinea-se como “pagamentos de pequeno valor feitos por pessoas residentes em um país para pessoas residentes em outros países. Na prática, trata-se de pagamentos recorrentes feitos por trabalhadores migrantes” (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE

3 Como provedor de serviços de remessa (PSR) entende-se: “entidade que, na condução de um negócio, presta serviços de remessa aos usuários finais em contrapartida a um pagamento, tanto diretamente ou por intermédio de agentes” (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK, 2007, p. 50).

4 “Os PSRs usualmente não saberão o propósito do pagamento. Não saberão também se ele é um pagamento recorrente, caso ele seja um entre outros pagamentos individuais de uma série.” (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK, 2007, p. 6)

WORLD BANK, 2007, p. 2). Os pagamentos entre os trabalhadores migrantes e suas famílias são considerados de pequeno valor quando comparados a transferências interbancárias de atacado (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK, 2007, p. 5). Portanto, possuem como característica o valor e as partes envolvidas residentes em diferentes países.

As remessas podem ser feitas por meio de provedores de serviços de remessas (PSR), que são “serviços oferecidos por pessoas físicas e baseados em dinheiro em espécie, serviços de operadores globais especializados em transferências de fundos, serviços oferecidos por esquemas de cartões e transferências de banco para banco” (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK, 2007, p. 2). Para tal, existe a necessidade de uma rede para operacionalizar os procedimentos, sejam eles a transferência de informações sobre as remessas ou os fundos em si (liquidação). Os serviços de remessa podem ser divididos em categorias, como: unilateral, franqueado, negociado e aberto (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK, 2007, p. 8). No caso de bancos globais, chama-se de serviço unilateral⁵ em razão das agências estrategicamente localizadas em diversos locais destinadas a esse fim. Há possibilidade também de determinadas prestadoras de serviços de remessas adotarem o serviço franqueado, isto é, quando a rede é fornecida por um dos operadores globais de transferências de fundos, e a rede negociada, quando há cooperação entre os agentes. Em todos esses casos, há acordo em relação ao tempo, preço e tarifas cobradas do destinatário dos fundos. O serviço aberto, por sua vez, “utiliza bancos correspondentes para enviar um pagamento virtualmente para qualquer outro banco no mundo” (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK, 2007, p. 2). Apesar de ser usada pela maioria dos bancos, essa operação os possibilita não ter contato direto entre si e dificilmente saberão sobre a tarifa e o tempo que custará ao destinatário.

Essas remessas financeiras precisam ser recebidas de forma segura e confiável pelos destinatários. O sistema de pagamentos deve operar de maneira eficiente, de modo que a expansão da sua infraestrutura favoreça o processamento automático direto para que os destinatários de quaisquer áreas possam ter acesso às instituições domésticas de pagamentos. Em muitos países destinatários, não há como aplicar uma infraestrutura doméstica efetiva sem a contribuição dos países remetentes (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK, 2007, p. 5). Critica-se que, muitas vezes, as autoridades priorizam apenas os esforços aos corredores bilaterais principais ou nos quais acreditam ser mais rentáveis.

Um dos exemplos sobre essa questão da infraestrutura financeira é estimular bancos nacionais e entidades provedoras de serviços de remessas de bandeira do país de origem se estabeleçam em nações onde há concentração de migrantes. Os turcos formam uma importante comunidade internacional residente na Alemanha. Na primeira década do século XXI, eles correspondiam a 1.924.154 indivíduos (KOKSAL; LIEBIG, 2005, p. 106). Observa-se, por exemplo, que, no corredor bilateral entre Alemanha e Turquia, os bancos turcos estabelecidos na Alemanha são os mais importantes canais formais de transmissão das remessas. Em outros casos, as transações são feitas em caixas econômicas alemãs, bancos cooperativos ou em bancos privados. Contudo, os bancos turcos ainda possuem o monopólio das remessas formais. Apesar de não haver distinção entre a nacionalidade dos clientes nos bancos alemães, Koksál e Liebig (2005, p. 106) afirmam que as tarifas cobradas pelos bancos turcos estabelecidos na Alemanha são muito mais baixas se comparadas às cobradas pelos bancos alemães. Por isso, poucos bancos domésticos envolvem-se na questão das remessas.

⁵ “É um produto próprio fornecido ‘internamente’ por um único PSR, sem o envolvimento de outras entidades que atuem como agentes de captura e de desembolso (...) incluem aqueles providos por bancos com atuação global ou outros bancos que estabeleceram agência no exterior, em locais nos quais os migrantes do país de origem estão concentrados.” (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK, 2007, p. 8)

A *Western Union* também é uma instituição financeira relevante no ramo das remessas, por ser considerada a maior rede mundial na área. Segundo Koksál e Liebig (2005, p. 106), “abrange cerca de 195 países e territórios, e tem cerca de 200.000 agências locais. Na França e na Alemanha, por exemplo, estas agências estão situadas principalmente nos correios, enquanto na Turquia elas estão localizadas em bancos comerciais”. Para fazer uma remessa via *Western Union* é necessário ir até uma agência credenciada ou pelo *on-line* e preencher o formulário com um documento de identificação válido.⁶ Após depositar o dinheiro e pagar a tarifa relacionada, um número de identificação, isto é, o número de controle de transferência de dinheiro (MTCN) é dado à pessoa que faz a transferência. O mesmo código é usado pelo destinatário para receber o dinheiro, que também apresenta um documento de identidade válido.

Desse modo, o estímulo à infraestrutura financeira visa não somente o suporte aos bancos, bem como apoiar também operadoras de remessas globais e outros atores relevantes no mercado. Tal estrutura pode ser feita de forma presencial ou *on-line*. Os esforços devem se concentrar em soluções viáveis. Esse diálogo entre os entes privados e os Estados envolvidos visa construir uma infraestrutura sólida que favoreça os atores interessados e o consumidor que utiliza o serviço, seja ele destinatário ou remetente, no país emissor ou receptor.

1.2 Trabalhadores migrantes reconhecidos como consumidores hipervulneráveis dos serviços de remessas

A globalização também contribuiu para a intensificação dos fluxos migratórios em razão das desigualdades econômicas, das oportunidades de trabalho, da busca por segurança e das facilidades das redes de transporte e comunicação. A migração laboral é uma realidade que apresenta duas facetas distintas. Se por um lado, contribui para o desenvolvimento dos países de origem por meio das remessas financeiras, remessa de capital humano (transferência de conhecimento) e capital social (redes de contatos); por outro lado, os trabalhadores menos qualificados, quando no país de destino, trabalham em setores essenciais e estão sujeitos às diversas violações de direitos humanos e vulnerabilidades.

De acordo com os dados de 2017 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), existem cerca de 150,3 milhões de trabalhadores migrantes no mundo (OIT, 2015, p. 11). Entre eles, 55,7% são homens e 44,3% são mulheres (OIT, 2015, p. 11). Observa-se que os trabalhadores migrantes constituem cerca de 4,4% dos trabalhadores mundiais (OIT, 2015, p. 11). Aproximadamente 48,5% desses indivíduos estão concentrados nas regiões da América do Norte, Europa do Norte, Sul e Ocidental (OIT, 2015, p. 12). Para fins conceituais, entende-se como trabalhador migrante “a pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada num Estado de que não é nacional”. Esse conceito consta no artigo 2º da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (ONU, 1990).

Empregos como trabalho doméstico, serviços de limpeza ou de restauração e setores de mineração e construção encontram-se como importantes categorias ocupadas por migrantes. Os dados do

⁶ Os serviços da *Western Union* são oferecidos por meio de acordos de representação por empresas locais, também conhecidas como agentes, que fornecem o dinheiro transferido. Esses agentes são regulamentados pelo governo doméstico e são classificados em bancos, correios e empresas privadas. A principal característica dos serviços prestados é a rapidez (*Money in Minutes*) combinando a praticidade de o destinatário poder receber o dinheiro em qualquer local onde a *Western Union* presta serviços (*Will Call*). A diferença entre esse tipo de instituição financeira e os bancos tradicionais é que o serviço se trata de uma transferência, isto é, o dinheiro é transferido do remetente ao destinatário de forma direta. Assim, não há necessidade de fazer um depósito em uma agência para que depois ela o entregue ao destinatário. Além disso, todas as taxas são pagas pelo remetente. Desse modo, o destinatário pagará algum valor para retirar o dinheiro somente se a lei local exigir.

Relatório da OIT (2015, p. 14) afirmam que cerca de 71,1% dos trabalhadores migrantes, em 2013, estavam no setor de serviços. A mão de obra migrante, em diversos casos, preenche as lacunas deixadas pelos trabalhadores nacionais em cargos mal remunerados e com baixa qualificação. Essa realidade contribui para a migração em condição irregular e/ou indocumentada e com o tráfico de pessoas. Essa vulnerabilidade escancara diversas possibilidades de discriminação, sejam elas: sexuais; em função da raça, cor ou origem étnica; salarial; em função da nacionalidade; e com base na documentação (regular ou irregular).

Conforme visto nos dados do Relatório da OIT, as mulheres representam um número expressivo nesse contexto migratório para fins laborais. Evidencia-se, portanto, o fenômeno da feminização das migrações. Se, em determinado tempo, elas migravam para juntar-se às suas famílias, observa-se atualmente o número crescente de migração feminina solo ou como única forma de sustento do lar. Há uma intensa procura para a ocupação de mulheres migrantes nos empregos relacionados ao cuidado (OIT, 2015, p. 13). Essa busca faz com que exista uma concentração dessas trabalhadoras em domicílios privados, isto é, locais de difícil regulamentação.

A vulnerabilidade migratória encontra-se no fato de os empregos serem considerados parte da economia informal. Assim, a abrangência da legislação trabalhista, assistência social e segurança do país de destino é limitada ou até mesmo inexistente. A exploração e os abusos dos trabalhadores migrantes demonstram-se de diversas formas, como: retenção ou não pagamento dos salários, retenção dos documentos identificatórios, jornadas de trabalho exaustivas (turnos prolongados e sem folga), violação da integridade com abusos físicos e psicológicos, e ausência de subsídios básicos de sobrevivência, como água, alimentação e condições adequadas de higiene.

A situação do migrante, sobretudo dos que estão em condição migratória irregular e/ou indocumentados, também é considerada como vulnerabilidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Vélez Loor vs. Panamá*, bem como na Opinião Consultiva 18 de 2003, afirmou que muitas vezes a vulnerabilidade implica uma dimensão jurídica (desigualdade entre nacionais e não nacionais nas leis) e de fato (desigualdades estruturais). A Corte (2003, p. 112) foi imperativa ao afirmar que “essa situação leva ao estabelecimento de diferenças no acesso aos recursos públicos administrados pelo Estado”. O mesmo tribunal destacou que existem prejuízos culturais acerca dos migrantes que os expõem a preconceitos étnicos que reproduzem o racismo e a xenofobia.

Assim, ao utilizar os serviços de remessas transnacionais, o migrante possui uma situação de vulnerabilidade agravada, sendo considerado como consumidor hipervulnerável. Como consumidor, entende-se a “presunção de desigualdade (material, formal, econômica e informativa) entre os sujeitos da relação de consumo, consumidor e fornecedor, daí a necessidade de proteção especial deste sujeito (...) como um corolário do princípio da dignidade humana” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 151). A proteção desses sujeitos visa enfrentar os desafios atuais de uma sociedade globalizada dos serviços, despersonalizada, desmaterializada e cada vez mais fluída (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 155). Ao reunir as características por ser um não nacional e consumidor, o trabalhador migrante merece que as relações sejam equilibradas em razão das inúmeras barreiras que o cercam, como a linguística, jurídica, social e econômica.

Uma das bases do direito ao serviço de remessas eficiente e seguro deve ser a proteção ao consumidor migrante. Conforme afirmado por Marques (2014, p. 147), o comércio internacional apresenta diversas barreiras, como da língua e falta de informações, além das “normas e costumes diferentes, as dificuldades e a insegurança na entrega e no pagamento, as dificuldades na garantia, no nível qualidade e no serviço pós-venda, mas estas dificuldades qualificam-se quando o parceiro contratual é um leigo, um consumidor”.

A remessa financeira é um serviço prestado por determinado servidor. Assim, o remetente e o destinatário, como consumidores, devem ter acesso à ampla informação e o prestador deve fornecer mecanismos de transparência. A proteção do consumidor perpassa o acesso e a compreensão fácil à informação (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK, 2007, p. 3). Nesse sentido, a clareza informacional deve contemplar a transparência quanto aos preços e as características do serviço, a acessibilidade ao próprio serviço e a proteção em relação ao risco operacional e aos possíveis abusos legais (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK, 2007, p. 18)

O consumidor, isto é, o trabalhador migrante, precisa saber o preço total da operação.⁷ As remessas transnacionais envolvem, sobretudo, dois valores: a taxa de câmbio utilizada⁸ e as tarifas cobradas pelo serviço. Ao evidenciar de forma clara esses valores, o consumidor, que muitas vezes possui dificuldades em relação à língua local, à abertura de uma conta bancária e aos conhecimentos financeiros necessários, tem plenas condições de escolher qual preço quer pagar.⁹ Nas remessas internacionais, geralmente são cobradas as tarifas diretas do remetente e os impostos domésticos aplicáveis que são condicionados ao valor total da operação, a depender da taxa de câmbio considerada. No que tange ao destinatário, é possível que seja cobrada uma tarifa de desembolso, seja por ele mesmo ou pelo agente (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK, 2007, p. 10). Assim, o dinheiro depositado muitas vezes está aquém daquele que será recebido em razão de diversas tributações que não são feitas de forma transparente. Há, portanto, a necessidade de informar o montante total na moeda de origem que será paga pelo remetente, qual valor será pago ao destinatário na moeda utilizada para a entrega da transferência, quais tarifas e a taxa de câmbio que será empregada nos cálculos, qual momento a remessa será disponibilizada ao destinatário e o local onde ela estará à disposição. Em muitas vezes, é importante que essas informações estejam disponíveis tanto na língua do remetente quanto na do destinatário (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK, 2007, p. 29).

Por fim, Lima Marques conclui que a mudança na estrutura do mercado global e nas relações privadas de consumo escancara os limites da soberania e as falhas do mercado; deste modo, ela afirma que a posição do consumidor “é cada vez mais fraca ou vulnerável e o desequilíbrio das relações de consumo é intrínseco, necessitando efetiva tutela e positiva intervenção dos Estados e dos Organismos Internacionais legitimados para tal” (MARQUES, 2014, p. 143-144). Assim, dentre as medidas fundamentais a serem adotadas para a proteção dos consumidores migrantes, destaca-se a necessidade de acessibilidade, transparência e compreensão dos serviços pelos usuários; ambiente legal consolidado e regulação forte e proporcional (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK, 2007, p. 10); de uma infraestrutura sólida no âmbito doméstico e cooperação entre os países para fortalecê-la.

7 “Mesmo quando os PSRs individuais são totalmente transparentes, pode não ser fácil para os usuários finais comparar os preços dos diferentes serviços. Isso ocorre, em parte, porque as taxas de câmbio do mercado mudam constantemente (...) o PSR mais barato em termos de taxa de câmbio pode não ser o mais barato em termos de tarifa cobrada”. (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK, 2007, p. 11)

8 A taxa de câmbio trata-se da conversão da moeda do país remetente para a moeda do país destinatário.

9 Possíveis entraves também devem ser informados, como a possibilidade de revogação do serviço, a informação sobre a disponibilidade dos fundos, os contatos – se houver alguma necessidade, urgência ou problema. Caso seja preciso, os remetentes e os destinatários devem ter acesso a um mecanismo eficiente de resolução de conflitos.

1.3 A regulação dos serviços de remessas, as leis domésticas aplicáveis e a atuação do direito internacional privado para garantir a segurança

As remessas representam uma fonte significativa de fluxo de capitais entre os países. No entanto, a regulamentação dos serviços de remessas internacionais varia de jurisdição para jurisdição (FELLAH; LIMA, 2005, p. 123). Em diversos países, a transferência de fundos transnacionais é regulada por leis bancárias, leis contra lavagem de dinheiro, políticas governamentais, diretrizes de órgãos internacionais, recomendações de órgãos interessados e regulamentos esparsos. Contudo, a atenção atraída por esse setor exige a criação de uma estrutura mais sólida para «conduzir o mercado informal para a arena formal e aumentar a transparência para o benefício dos consumidores» (FELLAH; LIMA, 2005, p. 123).

É importante salientar que, apesar das temáticas como a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo serem relevantes, elas estão fora do propósito deste estudo. As remessas transnacionais tratadas nessa pesquisa possuem apenas caráter familiar. Observa-se que muitos marcos regulatórios das remessas transnacionais evidenciam apenas os combates à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo. O trato das remessas transnacionais apenas para combater esses fenômenos ilegais anteriormente citados também produz políticas discriminatórias em relação aos trabalhadores migrantes.

O Direito Internacional Privado é um dos principais responsáveis pela regulação. Essa disciplina é composta por normas (nacionais ou internacionais) que regulam a escolha da lei aplicável sobre fatos transnacionais, a determinação de uma jurisdição competente para lidar com determinado litígio e prevê formas de cooperação jurídica entre Estados (CARVALHO RAMOS, 2017, p. 57). Nesse sentido, é necessário que a regulação seja integral e não somente por tipo de entidade, como, por exemplo, os bancos. A exploração de atividades ilegais, como os provedores de serviços de remessas clandestinos, que estão ílesos aos custos da regulação, fazem com que os serviços sejam por vezes mais acessíveis, no entanto, ineficientes e não confiáveis. É necessário, nesse sentido, que os países adotem a cooperação internacional para estabelecer *standards* a serem exigidos dos atores envolvidos. Entre eles, incluem-se dois principais: requisitos de licenciamento e requisitos de transação (FELLAH; LIMA, 2005, p. 124).

O processo de licenciamento é semelhante ao processo de registro em muitas jurisdições. Muitas vezes, requerem informações parecidas. Entre os critérios mínimos exigidos, segundo Fella e Lima (2005, p. 124), é necessário que a empresa tenha capital mínimo e/ou requisitos de liquidez, divulgação de estrutura e propriedade do licenciado, pessoal experiente, existência de procedimentos de conformidade, controle de supervisão e garantias financeiras de proteção do consumidor. A principal vantagem desse critério é que o país pode garantir aos consumidores segurança e transparência para a execução dos serviços contratados. Se por um lado, o registro/licença permitem que o serviço obedeça a determinados requisitos mínimos, por outro lado, o consumidor poderá observar o marco regulatório para averiguar se está havendo abusos legais ou não durante a execução do serviço de remessas transnacionais. As empresas licenciadas e registradas, que são autorizadas a fazer remessas financeiras, executam menos serviços que os bancos comerciais. Geralmente não aceitam depósitos, não fazem empréstimos, tampouco se envolvem com demais atividades bancárias. E por isso, possuem marcos legais mais simples, mas que em muitos países não existem.

No que tange aos requisitos de transação, essa regulamentação pode assumir diversas formas. Entre elas, encontram-se a forma de documentação exigida, relatórios de certas transações pelo agente ou que remessas acima de determinados valores sejam notificadas individualmente (FELLAH; LIMA, 2005, p. 131). Métodos que implementam exigências que incluem a identificação do cliente e o registro das transações individuais, além de regular as remessas de migrantes às suas famílias, também atuam como medida para afastar práticas discriminatórias aos migrantes decorrentes das legislações de combate à lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK, 2007, p. 15). Em alguns países, apenas bancos regulados têm a permissão para prestar serviços de remessas, muitos sob a vigilância do banco central. Atualmente, os prestadores de serviço de remessas possuem dificuldade para distinguir os pagamentos para fins de remessas internacionais de trabalhadores migrantes e outros pagamentos de varejo transnacionais.

Entre as medidas adotadas, por exemplo, na cooperação entre Alemanha e Turquia, importante corredor bilateral de remessas, observa-se a regulação dos serviços de remessas transnacionais. Porém, as leis regulam a ação apenas de bancos institucionais, principalmente para combater a lavagem de dinheiro. Nas transações internacionais acima de 15.000 euros, exige-se a identificação exata do remetente, além disso, o Banco Central Alemão requer que as transações acima de 12.500 euros sejam informadas (KOKSAL; LIEBIG, 2005, p. 106). A mesma lei alemã de combate à lavagem de dinheiro também instituiu que o remetente deve ter uma conta no banco para o qual o dinheiro é transferido.

Outro ponto que pode ser regulado é em relação ao conflito de jurisdição para a solução de litígios envolvendo as remessas familiares. Eryk Jayme (2005, p. 17) sugere que a “solução conduziria a foros da parte demandante dita fraca”, ou seja, o foro do consumidor hipervulnerável. Sendo assim, haveria uma restrição da jurisdição ao domicílio do usuário (JAYME, 2005, p. 14). Em uma sociedade multicultural, cabe ao Direito Internacional Privado aplicar ferramentas técnicas que erradiquem os episódios de racismo e xenofobia decorrentes da aplicação e da amplitude da autonomia da vontade das partes, fazendo com que o prestador de serviço escolha o lugar de resolução do litígio (ARROYO, 2005, p. 105). Segundo Lima Marques (2005, p. 143), “o consumidor não deve ser prejudicado, sob o plano da segurança, da qualidade, da garantia ou do acesso à justiça somente porque adquire produto ou utiliza serviço proveniente de um outro país ou fornecido por empresa com sede no exterior”.

Uma das principais características dos contratos internacionais de consumo das remessas familiares é o pequeno valor. Desse modo, o impacto individual da transferência de fundo é muito baixo, seja para a economia do país ou para o fornecedor. Assim, esse pequeno valor dificulta com que os entraves no serviço (abuso nos valores das operações ou por morosidade na transferência dos pagamentos) levem o consumidor a acessar as instâncias judiciais para reclamar, por não querer assumir gastos exagerados em relação à reivindicação dos seus direitos (MARQUES, 2005, p. 143).

Desse modo, o marco regulatório específico, em termos de transferências de fundos de trabalhadores migrantes às suas famílias, é essencial e pode ser feito no âmbito da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado. Apesar de ser um direito assegurado pelos artigos 32 e 47 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (ONU, 1990), ainda há muitas lacunas na sua efetivação.

2 A governança global como uma via possível para efetivar o direito de remessas seguras e eficientes: o uso de instrumentos de *hard* e *soft law*

Por tradição, a disciplina do direito internacional é marcada pela divisão entre a esfera do público e do privado. Nessa lógica tradicional, o direito internacional público trataria das regras e dos princípios que regem as relações entre os Estados e o direito internacional privado trataria da regência das relações entre atores privados, sobretudo em suas interações civis e comerciais (ARROYO, 2017, p. 801). Mas essa divisão estrita nem sempre reflete a realidade dos fatos. Uma análise que considere ângulos diferentes tende a constatar que tais esferas estão inter-relacionadas e em convergência constante.

A globalização apresentou uma nova ideia de soberania que ajuda na interdependência dos Estados e em certo protagonismo de atores não estatais. Atores os quais acentuam o fenômeno do pluralismo jurídico global (atuação multidisciplinar).¹⁰ Derivada da transformação de elementos como território, povo e governo soberano, a desagregação do Estado, com a proliferação de atores internacionais, fez emergir formas diferentes de perceber as relações entre o global e o local. Nuances da globalização propuseram desafios ao direito internacional, em especial à sua face interdisciplinar. Michaels (2013, p. 288), por sua vez, elenca alguns pontos relevantes, como: a transformação empírica e teórica do papel do Estado como cerne da questão; refuta a ideia paradigmática do nacionalismo metodológico, que apresenta o Estado como central nas relações jurídicas e diz que a globalização inovou ao dispor de novas teorias sobre as relações entre o Estado e outros atores internacionais. Nesse contexto, Jayme evidencia que a globalização é “caracterizada pelo fato de os Estados não serem mais os centros do poder e da proteção da pessoa humana” (JAYME, 2005, p. 17). O poder estatal não é o único que sofreu modificações. A pluralidade jurídica requer a interação e coexistência entre a atuação pública, privada, nacional, internacional e transnacional (LIMA, 2014, p. 217).

Para o presente estudo, sugere-se a governança global como uma via possível para harmonizar os desafios envolvendo a efetivação do direito às remessas seguras e eficientes. A título introdutório, adota-se o conceito de governança em uma abordagem institucionalista de governança global, isto é, “a institucionalização das ações coletivas” (LIMA, 2014, p. 218). Desse modo, ao invés de incorporar a visão tradicionalista em que as relações internacionais são conduzidas apenas pelos Estados, a governança global introduz a harmonização e coordenação entre os diversos interesses público-privados considerando diferentes níveis normativos e a pluralidade de atores (LIMA, 2014, p. 218). A governança compreende atividades que sejam pautadas em objetivos comuns. Segundo Rosenau e Czempiel (2000, p.16), “abrange as instituições governamentais, mas implica também mecanismos informais, de caráter não governamental, que fazem com que as pessoas e organizações dentro da sua área de atuação tenham uma conduta determinada (...)”. É notável, portanto, que os arranjos realizados por múltiplos atores em contextos multilaterais tendem a ser mais vantajosos do que ações bilaterais estatais ou independentes de um país singular, justamente pela busca dos objetivos comuns e da coordenação de vários interesses.

Pensar a governança global das migrações é, sobretudo, pensar ações comuns que visem assegurar o direito humano de migrar de forma segura, ordenada e regular. Não há como efetivar esse direito amplo sem considerar a garantia de que os migrantes possam realizar as suas remessas transnacionais familiares. Entre as múltiplas partes interessadas nesse contexto, estão as remetentes globais de dinheiro, os consumidores migrantes e os governos reguladores. Nessa relação triangular,

¹⁰ Pluralismo legal descreve uma situação em que duas leis ou mais coexistem em um campo social (ou população). O pluralismo jurídico desafia a percepção do monopólio do Estado em administrar a lei (tradução nossa) (MICHAELS, 2009, p. 245).

encontram-se em uma ponta os consumidores, como trabalhadores migrantes vulneráveis, que necessitam de segurança, confiabilidade na transação, velocidade, transparência dos serviços e facilidade, mediante um preço razoável pelo qual eles possam pagar, uma vez que a ausência da garantia desses critérios mínimos aliados aos preços elásticos os fazem optar por serviços informais. Na outra ponta do triângulo, os governos/reguladores exigem monitoramento das atividades de transferência de dinheiro para controlar os fluxos, bem como responder à obrigação social de combater a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo (KOKSAL; LIEBIG, 2005, p. 132). Por fim, na ponta restante da relação triangular, estão as remetentes globais de dinheiro, que devem pautar suas atividades em instrumentos de proteção sólidos e estáveis que equilibrem as necessidades dos consumidores e as exigências das diversas partes interessadas.

A palavra que define a relação triangular supracitada é interdependência. Assim, esse âmbito interdependente em um campo globalizado coaduna com a necessidade de cooperação, que enseja a formação de instrumentos normativos, instituições e regimes jurídicos. A governança global em termos de remessas transnacionais dos trabalhadores migrantes, portanto, compreende as “influências na tomada de decisões e diferentes centros de autoridade que definem a implementação das ações em determinado contexto” (LIMA, 2014, p. 219).

Desse modo, as duas próximas seções deste trabalho visam apresentar os esforços coletivos realizados a fim de comungar as práticas globais. O primeiro ventila a possibilidade de aplicação das técnicas de cooperação da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado em matéria de facilitação de transferências de fundos internacionais, por meio dos tratados, que configuram instrumentos de *hard law*.¹¹ A segunda via de governança global é por meio do Pacto Global sobre Migração Segura, Ordenada e Regular, encabeçado pelas Nações Unidas, que em um dos seus objetivos aborda as remessas familiares. Esse instrumento é notadamente *soft law*,¹² cujo caráter é recomendatório, mas com alto potencial de atingir mais países e diferentes realidades.

2.1 Possibilidade da aplicação das técnicas de cooperação da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado em matéria de facilitação de transferência de fundos internacionais

A complexidade que perpassa a temática das migrações exige a cooperação entre os países para criar mecanismos mútuos de informação e capazes de estabelecer também um quadro normativo multilateral (VAN LOON, 2008, p. 429). Deste modo, Hans Van Loon destaca quatro temáticas nas quais as técnicas de cooperação elaboradas pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado¹³ podem ser aplicadas: cooperação para implementar programas de migração temporária e circular de trabalhadores entre o país de origem e o país de destino; cooperação para organização da migração de retorno e reinstalação; cooperação para implementação de regulação

11 As normas caracterizadas como *hard law* são conhecidas como normas internacionais com força obrigatória. O descumprimento desses instrumentos possibilita a aplicação de sanções jurídicas por meio de tribunais internacionais. O instituto é consagrado no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça ao citar os tratados, acordos e convenções internacionais.

12 Entende-se por instrumentos internacionais de *soft law* aqueles que produzem parâmetros normativos, mas sem caráter vinculativo. O não cumprimento dessas normas não está associado às sanções. O teor desses documentos incentiva determinadas condutas e estabelece recomendações aos destinatários. Geralmente, contém princípios, normas, padrões e comportamentos esperados, cujo objetivo é fornecer orientações internacionais.

13 A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, por sua vez, é uma organização intergovernamental, que possui alcance global. O seu principal objetivo é atuar como um centro de cooperação jurídica internacional e de cooperação administrativa na área de direito privado, por meio da promoção da segurança jurídica, apesar das diferenças entre os sistemas jurídicos. Atualmente, existem cerca de 38 Convenções sobre diversos temas.

dos intermediários que intervêm nas migrações internacionais; e por fim, cooperação para facilitar a transferência fácil e econômica de fundos enviados pelos migrantes internacionais aos seus países de origem (VAN LOON, 2008, p. 430).

A cooperação jurídica internacional¹⁴ é composta por regras que regem os atos de colaboração entre Estados que visam ao acesso à Justiça. Os Estados são convidados a colaborar com a aplicação do direito nos casos que estão fora da sua jurisdição (CARVALHO RAMOS, 2017, p. 58). As maneiras pelas quais a cooperação ocorre varia desde atos de extradição (cooperação internacional em matéria penal) até os pedidos de assistência jurídica internacional, como a carta rogatória e o auxílio direto (CARVALHO RAMOS, 2017, p. 58).

No que tange à cooperação em matéria de remessas internacionais aos familiares, Van Loon afirma que os Estados possuem a obrigação de verificar que essas transferências não sejam onerosas, difíceis ou regidas apenas pelos circuitos bancários oficiais. Inclusive, nos casos que sejam realizadas por operações bancárias, cumpre aos Estados averiguar se as tarifas são justas e as taxas aplicáveis são razoáveis (VAN LOON, 2008, p. 433). Essa proteção estatal faz com que os migrantes e seus dependentes não utilizem redes informais de envio de capitais e optem pelos canais formais. Inaugura-se, neste contexto, a noção introduzida por Härbele (2007, p. 69) sobre o Estado Constitucional Cooperativo. Essa nova concepção estatal reúne a flexibilização da soberania, e a disposição em cooperar internacionalmente diante dos fluxos transfronteiriços.

Nesse contexto, observa-se que a utilização de fontes normativas internacionais como os tratados (*hard law*) oferece segurança jurídica em relação aos termos em que será realizada a cooperação, seja ela bilateral ou multilateral. Um exemplo de tratado que possui normas cooperacionais é a Convenção de Palermo de Combate ao Crime Organizado Transnacional (2000), assim como as inúmeras Convenções de Haia. Não somente: a cooperação entre os países, além de produzir documentos oficiais, também endossa reuniões temáticas regulares, que reúnem organizações internacionais, representantes das comunidades migratórias, representantes do setor financeiro e de microcrédito, e sistematizam boas práticas a serem incorporadas pelos países. Dentre essas práticas a serem compartilhadas, destaca-se o endosso de envio de fundos coletivos suscetíveis ao benefício de toda a comunidade. Além disso, há a possibilidade de transferência dos fundos e direitos da seguridade social no caso de retorno dos migrantes ao país de origem (VAN LOON, 2008, p. 433).

A partir da sistematização desses marcos regulatórios nacionais e internacionais é possível conceber o diálogo de fontes de modo a aplicar simultaneamente as normas multiníveis de maneira ordenada, gerando o que André de Carvalho Ramos (2017, p. 68) chama de “convivência e unidade sistêmica do Direito Internacional Privado”. Assim, esse diálogo direto atuará seja de forma complementar e subsidiário (suprindo lacunas), coordenação e adaptação sistêmica, ou até mesmo em um diálogo sistemático de coerência (coordenando normas nacionais e internacionais) (CARVALHO RAMOS, 2017, p. 68).

Observa-se, portanto, que estimular os mecanismos de cooperação jurídica internacional e a formulação de tratados (instrumentos de *hard law*) no âmbito da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado é uma possibilidade para a delimitação de um marco regulatório que comprometa os Estados a cooperarem entre si na matéria de transferência de fundos familiares. Esse possível quadro jurídico também cria uma arena fértil para a aumentar as vozes das representações migrantes em fóruns multilaterais e o constante diálogo sobre o tema.

14 Segundo Arroyo (2005, p. 98), “dentro da cooperação jurídica *stricto sensu* devem ser realizadas duas distinções conceituais. A primeira situa de um lado a cooperação que se produz no âmbito do direito público implicando, com técnicas e características muito diversas do DIP, o direito penal internacional, ao direito fiscal internacional etc., e de outro lado, que tem lugar essencialmente ligado às questões de direito privado” (tradução nossa).

2.2 Pacto Global sobre Migração Segura, Ordenada e Regular

Além da via da cooperação, os mecanismos de *soft law* constituem uma importante ferramenta para a governança global, isto é, a institucionalização das ações coletivas. Os instrumentos de caráter recomendatório, muitas vezes, possuem ampla adesão e formalizam um quadro protetivo às temáticas controversas. A migração é uma das pautas da agenda política global que utiliza desses documentos persuasivos para harmonizar os interesses entre os múltiplos atores envolvidos.

O contexto global, que escancarou os benefícios e desafios da migração, também dá luz a outro debate, qual seja em relação às diferenças entre o tratamento dos fluxos migratórios e dos fluxos de bens, capitais e serviços. Corneloup (2014, p. 303) afirma que, se por um lado, existe a intenção de liberalizar o movimento econômico, por meio da criação de mecanismos como a Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Acordo Geral de Tarifas e Comércio, por outro lado, não há nada parecido na governabilidade das migrações. Atualmente, a migração é coordenada por documentos de diferentes naturezas normativas. Corneloup (2014, p. 303) afirma que a estrutura internacional combina mecanismos obrigatórios, cooperativos e acordos multilaterais ou bilaterais, tanto globais quanto regionais. Os principais tratados multilaterais relacionados à migração dizem respeito ao refúgio,¹⁵ aos trabalhos migrantes¹⁶ e ao tráfico transnacional de pessoas.¹⁷ Em relação ao trabalho, a OIT possui duas convenções¹⁸ específicas sobre a temática.

O consenso em relação à redução das barreiras para flexibilizar o fluxo de bens, capitais e serviços não é tão bem recebido em relação ao fluxo de pessoas (CORNELOUP, 2014, p. 303). Reconhece-se a existência da Organização Internacional para as Migrações (OIM), no entanto, Corneloup (2014, p. 306) contesta que a organização não tem “um papel normativo definido”. Apesar dos esforços das Nações Unidas em criar um diálogo sobre o tema, propondo a criação da Comissão Global sobre Migração Internacional (CGIM), países do norte, como Estados Unidos e os da União Europeia preferem “cooperações flexíveis e não obrigatórias ao invés de uma nova organização da ONU comprometida com a elaboração de acordos formais e multilaterais” (CORNELOUP, 2014, p. 306). Portanto, é nessas lacunas que o diálogo entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Público tem especial relevância.

A Organização das Nações Unidas (ONU) realizou uma iniciativa que se refere às remessas internacionais dos migrantes e reflete um dos esforços rumo à governança global migratória. O Pacto Global para Migrações Segura, Ordenada e Regular (GCM) constitui o primeiro acordo global da ONU, que aborda a migração internacional de forma sistêmica. Apesar de não ser juridicamente vinculante, ele reconhece a abordagem cooperativa para o compartilhamento de responsabilidades e garantias de direitos aos migrantes. O GCM é um marco no diálogo e cooperação dos países em prol da governabilidade das migrações. O documento oferece diretrizes e parâmetros de tratamento dos fluxos migratórios, além de reforçar diversos direitos existentes, sobretudo o direito de migrar. Entre esses, existem 23 objetivos para melhor gerenciar a migração a nível local, nacional, regional e global.

O objetivo 20 diz: “Promover transferências mais rápidas, seguras e baratas de remessas e fomentar a inclusão financeira dos migrantes” (ONU, 2018), trecho este que aborda remessas

15 Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967.

16 Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 1990.

17 Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea.

18 Convenção 97 da OIT, Trabalhadores Migrantes, que entrou em vigor em 1952, e a Convenção 143 da OIT Relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes.

financeiras. Ao tratar dos compromissos envolvendo esse direito, os países prometem desenvolver ambientes políticos que permitem a concorrência, a regulamentação e a inovação no mercado de remessas. O documento evidencia que as remessas constituem uma importante fonte de capital privado e não podem ser equiparadas a outros fluxos internacionais, como investimentos estrangeiro direto, entre outros. Inclusive, mesmo ao tratar de outros objetivos, como no objetivo 14, que fala sobre assistência consular, o direito às remessas justas, eficientes e seguras é garantido. Neste caso, endossa o apoio consular aos nacionais por meio dos aconselhamentos ao abrir uma conta bancária e acesso a facilidades de remessas.

A argumentação desta pesquisa elenca três práticas globais como forma de efetivar o direito de remessas justas, efetivas e seguras, quais sejam: o reconhecimento dos trabalhadores migrantes como consumidores hipervulneráveis que fazem jus ao amplo acesso à informação e transparência; a cooperação entre os países para promover a infraestrutura doméstica para o recebimento de remessas; e a criação de um marco regulatório harmônico que regularize as remessas familiares, por meio de requisitos de licenciamentos e requisitos de transações, que abranja diversos tipos de provedores de serviços de remessas e não somente os bancos.

Nesse contexto, é possível incluir as nove ações/práticas globais para implementar na governança migratória propostas pelo GCM dentro desses três mecanismos identificados por esta pesquisa, quais sejam eles divididos em três grupos em diálogo com as ações sugeridas pela ONU.

O primeiro grupo, que versa sobre a infraestrutura financeira adequada, corresponde às práticas 2, 5 e 9. A segunda prática é promover e apoiar o Dia Internacional das Remessas Familiares das Nações Unidas e o *IFAD Global Forum on Remittances, Investment and Development* como uma importante plataforma para construir e fortalecer parcerias para transferências mais rápidas e seguras. A quinta ação propõe o uso da tecnologia a favor das remessas financeiras: endossa o desenvolvimento de soluções tecnológicas e inovadoras para a transferência de remessas (transferência móvel, ferramentas digitais, *e-banking*), propõe-se também a aumentar as remessas por meio de canais regulares, além de abrir uma distribuição que atenda às questões de gênero, pessoas com níveis de alfabetização, populações carentes, pessoas com baixa renda, pessoas com deficiência e em áreas rurais. A nona ação incentiva que os entes atuantes forneçam acesso e desenvolvam soluções bancárias e instrumentos financeiros para famílias de baixa renda e de mulheres (contas bancárias que permitem depósitos diretos dos empregadores, contas de poupança, empréstimos e créditos em cooperação com o setor bancário).

O segundo grupo, que diz respeito ao reconhecimento dos trabalhadores migrantes como consumidores hipervulneráveis, incorpora as práticas 1, 6 e 8. O primeiro, desenvolve um plano para reduzir os custos das transações das remessas dos migrantes para menos de 3% e elimina os corredores de remessas com custos acima de 5% até 2030 em conformidade com a meta 10.c da Agenda 2030.¹⁹ A sexta ação visa à proteção do consumidor migrante por meio do fornecimento de informações acessíveis sobre os custos de transferência de remessas, como *sites* de comparação, a fim de aumentar a transparência e a concorrência no mercado, assim como promover a alfabetização financeira e inclusão de migrantes e suas famílias por meio de educação e treinamento. A oitava ação é direcionada a diminuir as desigualdades de gênero e fomentar a participação ativa das mulheres na economia, por meio da educação financeira para abrirem contas bancárias, possuir e administrar ativos financeiros e investimentos.

¹⁹ Meta 10.c da Agenda 2030. Até 2030, reduzir para menos de 3% os custos de transação de remessas dos migrantes e eliminar “corredores de remessas” com custos superiores a 5%.

O terceiro grupo, por sua vez, contempla o argumento exposto sobre a criação de um marco regulatório capaz de harmonizar as diretrizes e normas sobre remessas familiares. Incluem-se, portanto, as práticas 3, 4 e 7 previstas no *Global Compact for Migrants*. A terceira ação pauta-se na redução das discriminações, isto é, harmonizar as regulamentações do mercado de remessas garantindo que as medidas para combater os fluxos financeiros ilícitos e a lavagem de dinheiro não impeçam as remessas dos migrantes por meio de políticas discriminatórias. A sétima ação encoraja o desenvolvimento de programas e instrumentos para promover o investimento de remetentes em desenvolvimento local e empreendedorismo nos países de origem.

A prática 4 dialoga potencialmente com os três argumentos propostos. A quarta ação do Objetivo 20 diz respeito ao estabelecimento de políticas e marcos regulatórios que promovam um mercado inovador de remessas, a remover obstáculos injustificados às remessas não bancárias prestadoras de serviços no acesso à infraestrutura do sistema de pagamentos, a aplicar isenções fiscais ou incentivos para transferências de remessas. Além disso, busca promover o acesso aos diversos prestadores de serviços, incentivando o setor privado a expandir os serviços de remessas e aumentar a segurança, previsibilidade das transações de baixo valor e desenvolver uma metodologia para distinguir as remessas dos fluxos ilícitos em consulta com prestadores de serviços de remessa e reguladores financeiros.

Esse instrumento de *soft law* criado em uma arena multilateral, como a ONU, convida diversos entes – públicos e privados – a reafirmarem seus compromissos com a governança global migratória, sobretudo a fim de garantir o direito de remessas seguras e eficientes. Esse chamado à responsabilidade formalizado pelo *Global Compact for Migrants* envolve as instituições governamentais, os atores privados e os próprios indivíduos. Esse documento visa harmonizar poderes e interesses em prol da proteção do migrante internacional, sem deixar de considerar os inúmeros desafios econômicos, sociais e culturais que os fluxos migratórios apresentam à toda comunidade internacional.

Considerações finais

A intensificação dos fluxos migratórios nas últimas décadas contribuiu com o aumento da migração laboral. Apesar de a maioria das condições de trabalho nos países de destino e trânsito não serem adequadas, muitas vezes ainda são melhores e mais rentáveis do que aquelas estabelecidas nos países de origem. Essa força produtiva gera renda, e esse salário muitas vezes é compartilhado com os familiares que ficaram no país de nacionalidade do imigrante. Essas transferências financeiras também são conhecidas como remessas transnacionais, remessas familiares ou transferências de fundos. O direito de enviar essa quantia aos familiares é assegurado pelos artigos 32 e 47 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias. No entanto, os países ainda demonstram dificuldades para implementá-lo.

Nesse sentido, o presente artigo aborda os meios possíveis para implementar essa garantia a fim de torná-la segura e eficiente. Partiu-se do pressuposto que as operações de serviços de remessas são relações de consumo nas quais o consumidor/remetente é o trabalhador migrante, os provedores de serviços de remessas são os fornecedores e o destinatário é o familiar no país de origem.

O primeiro meio de efetivação desse direito de remessas familiares diz respeito à implementação de uma infraestrutura financeira que seja adequada para o uso dos consumidores tanto no país de origem quanto no país de destino. Nesse ponto, a cooperação entre os países é primordial,

pois muitas privilegiam apenas os principais corredores bilaterais ou até mesmo dão apoio à consolidação apenas de um tipo de entidade, sobretudo, bancos. Assim, é fundamental fomentar a consolidação de uma rede de operações que facilite o acesso às transferências, seja presencial ou *on-line*.

O segundo meio de efetivação é a partir da concepção do migrante trabalhador como um consumidor em vulnerabilidade agravada. Isso se deve ao fato de que o consumidor já é considerado parte desigual da relação de consumo, seja material, formal, econômica ou informacional. Essa condição é acentuada quando diz respeito a um migrante, que ainda possui barreiras linguísticas, culturais, sociais, estruturais e jurídicas que desequilibram ainda mais a relação. Portanto, por fazer jus a essa condição, é necessário que a proteção do consumidor migrante em relações de prestação de serviços de remessas transnacionais observe o requisito de acesso e compreensão da informação. Essas condições revelam a necessidade de que o indivíduo tenha conhecimento do valor total da operação, das características do serviço, da acessibilidade (tempo de duração e locais para retirar o dinheiro), os possíveis abusos legais e mecanismos de solução de controvérsias, o risco operacional e todos os valores que estão sendo cobrados (taxas, tarifas e comissões).

O terceiro viés trata da necessidade de estabelecer um marco regulatório atinente às remessas transnacionais feitas por trabalhadores migrantes. A normatização desse fenômeno possui relevância, pois a maioria das transferências correspondem a pequenos valores e muitos migrantes sofrem com as políticas discriminatórias das legislações de lavagem de dinheiro e enfrentamento ao financiamento do terrorismo. Neste ponto, é sensível o diálogo entre o Direito Internacional Público e Privado para delinear critérios comuns aos países no que diz respeito aos requisitos de transição e aos de licenciamento. Seja por meio da identificação das transações ou pelo registro dos operadores de remessas transnacionais pequenos e grandes.

Assim, esse contexto geral urge pelo diálogo e cooperação em matéria de transferências de fundos. Apesar das dissonâncias entre os Estados acerca de diversos temas migratórios, a efetivação das remessas seguras e eficientes deve ser implementada nas agendas políticas, sobretudo em arenas internacionais como a Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado, a fim de promover tratados internacionais de cooperação em matéria de remessas familiares, e na Organização das Nações Unidas, por meio dos instrumentos de *soft law*.

Como exemplo desses esforços estatais, citou-se o objetivo 20 entre os 23 objetivos do Pacto Global sobre Migração Segura, Ordenada e Regular. O mecanismo de *soft law* criado por meio da Organização das Nações Unidas visa estabelecer oito práticas a serem implementadas como meios de efetivar as transferências de forma a dialogar com os anseios da população migrante. Outro aspecto em governança global envolve a possibilidade de aplicar técnicas de cooperação da Convenção de Haia de Direito Internacional Privado para facilitar as transferências de fundos internacionais. Nesse sentido, adotar-se-ia a cooperação estatal como principal ferramenta por meio dos acordos bilaterais/multilaterais para tratar do assunto de forma específica e o compartilhamento de boas práticas em reuniões temáticas regulares entre os principais entes envolvidos.

Assim, o objetivo deste artigo foi apresentar o tema de remessas transnacionais feitas por migrantes como um assunto de relevância global e fomentar o debate acerca de práticas possíveis para a sua implementação de forma segura e eficaz. Tentou-se analisar as variáveis envolvidas na temática pelo prisma da garantia dos direitos dos migrantes, sobretudo pela condição de vulnerabilidade agravada, propondo como solução viável o diálogo entre os países e as práticas visando a governabilidade global migratória, sejam elas por instrumentos de *soft ou hard law* que harmonizem os interesses dos diversos atores envolvidos (públicos e privados).

Referências

- ARROYO, Diego P. F. El Derecho Internacional Privado en el inicio del Siglo XXI. In: MARQUES, Cláudia Lima. ARAÚJO, Nádia de (orgs.). **O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ARROYO, Diego P. Fernandez; MBENGUE, Makane Moise. Public and Private International Law in International Courts and Tribunals. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 56, 2017.
- BANCO MUNDIAL. **Migration and development: a role for the World Bank Group (English)**. Washington, D.C: World Bank Group, 2016.
- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; THE WORLD BANK. **Princípios Gerais para Serviços de Remessas Internacionais**. Basel: Bank for International Settlements, 2007.
- CORNELOUP, Sabine. Can private international law contribute to global migration governance? In: WATT, H. M.; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. **Private International Law and Global Governance**. UK: Oxford University Press, 2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vélez Loor v. Panamá**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C. No. 218.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião consultiva nº 18**, de 17 de setembro de 2003. Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados. Costa Rica, 17 setembro 2003.
- CARVALHO RAMOS, André de. Cooperação jurídica internacional e o diálogo das fontes no Direito Internacional Privado contemporâneo. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, v. 5, n. 10, 2017.
- FELLAHI, Khalid. DE LIMA, Susana. Western Union and the World Market for Remittances. In: OECD. **Migration, Remittances and Development**, The Development Dimension. Paris: OECD Publishing, 2005.
- HÄBERLE. P. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. de Marcos Augusto Maliska e Eise Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: A Proteção da Pessoa Humana Face à Globalização. In: MARQUES, Cláudia Lima. ARAÚJO, Nádia de (orgs.). **O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- KOKSAL, Elif. LIEBIG, Thomas. Principal channels and costs of remittances: The case of Turkey. In: OECD. **Migration, Remittances and Development**, The Development Dimension. Paris: OECD Publishing, 2005.
- LIMA, Gabriela Garcia Batista. Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 11, n. 1, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *In*: MARQUES, Cláudia Lima. ARAÚJO, Nádia de (orgs.). **O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis - 2. ed. rev., atual. e ampl.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MICHAELS, Ralf. Globalization and law: law beyond the state. **Law and Social Theory (Banakar & Travers eds., Oxford, Hart Publishing, 2013)**, Forthcoming, 2013.

MICHAELS, Ralf. Global legal pluralism. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 5, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias**. Nova York: ONU, 1990.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Global Pact for Safe, Orderly and Regular Migration**. Nova York: ONU, 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **ILO Global estimates of migrant workers and migrant domestic workers: results and methodology**. Geneva: ILO, 2015.

ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

VAN LOON, Hans. Vers un nouveau modèle de gouvernance multilatérale de la migration internationale. *In*: ANCEL, Jean-Pierre, et al. **Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon: Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques**. Paris : Dalloz, 2008.

Serviços Públicos no Âmbito do Direito Administrativo Econômico

Márcia Walquiria Batista dos Santos*

Luís Pedro Ferreira Lima**

Introdução. 1 A evolução dos serviços públicos. 1.1 As políticas públicas no contexto do e-governance. 1.2 A crise dos serviços públicos. 2 O direito empresarial e a administração pública. 2.1 Crowdfunding em políticas públicas. 2.2 O dispute board como instrumento nas soluções das controvérsias. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo, cuja metodologia cinge-se à revisão bibliográfica e documental, dedica-se a enfrentar como os serviços públicos foram incorporados a deveres contraprestacionais assumidos pelo Estado no momento histórico marcado pelo declínio do liberalismo. O ordenamento jurídico, por sua vez, não contribuiu para que a eficiência e assertividade caminhassem juntas no âmbito do direito administrativo, pois imperava a rígida dicotomia entre o direito público e o direito privado como ramos autônomos e não passíveis de interconexão. Sucede que tal cisão inexorável ensejou numa burocracia que impactava diretamente na má-prestação dos serviços, de forma que o cenário só se modifica quando a administração pública se vale dos mecanismos concernentes à eficiência da iniciativa privada e os transporta para o ramo público, como acontece com a arbitragem, *crowdfunding* em políticas públicas e os *dispute boards*.

Palavras-chave: Serviços públicos. Direito administrativo econômico. Crowdfunding. Dispute boards.

* Pós-Doutora em Gestão de Políticas Públicas pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades (EACH/USP). Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora titular do Programa de Mestrado em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais da Escola Paulista de Direito (EPD). Coordenadora técnico-jurídica do Instituto Brasileiro de Educação e Gestão Pública (Ibegesp). Ex-assessora Técnica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e ex-procuradora geral da Procuradoria da USP. *E-mail:* marciawalquiria61@gmail.com.

** Mestrando em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor Titular da Graduação em Direito da Unime Lauro de Freitas (BA). Advogado. *E-mail:* pedroflima@hotmail.com.

Public Services in the Framework of the Economic Administrative Law

Abstract

This article, whose methodology is limited to bibliographical and documentary review, is dedicated to addressing how public services were incorporated into counterprestational duties assumed by the State in the historic moment marked by the decline of liberalism. The legal system, in turn, did not contribute to efficiency and assertiveness going together in the scope of administrative law, as the rigid dichotomy between public and private law prevailed as autonomous branches and not subject to interconnection. It turns out that such an inexorable split led to a bureaucracy that directly impacted the poor provision of services, so that the scenario only changes when the public administration makes use of the mechanisms concerning the efficiency of the private initiative and transports them to the public sector, as it happens with arbitration, public policy crowdfunding and dispute boards.

Keywords: *Public services. Economic Administrative Law. Crowdfunding. Dispute board.*

Introdução

Com o declínio do liberalismo, os serviços públicos foram erigidos a autênticos deveres contraprestacionais assumidos pelo Estado em prol da sociedade. O cerne principal é estabelecer que tais compromissos não estão adstritos à mera discricionariedade administrativa, mas se tratam de verdadeiras prestações positivas, as quais não há a opção de escusa.

É por isso que existe a preocupação por parte do Estado na consecução dos serviços públicos e, ademais, todo um esforço com o propósito de aprimorá-lo. Até porque há um problema diante dessa nova realidade: como o Estado poderá desempenhar essas novas incumbências de forma assertiva diante de um ordenamento jurídico claudicante?

Claudicante porque havia uma rígida cisão entre o direito público e o privado, que jamais permitiu o intercâmbio entre ambos os ramos. Destarte, o que restava à administração pública era um ambiente jurídico obsoleto e burocrático, logo, inábil a permitir a consentaneidade ínsita à sociedade moderna.

O resultado disso tudo implicava a onerosidade aliada à ineficiência na prestação dos serviços públicos. Não havia como o Estado perfectibilizá-los por conta de um óbice imposto pelo próprio ordenamento jurídico, o que inviabilizava a concorrência com a iniciativa privada. Essa sim conseguia aliar assertividade ao empregar práticas idôneas para tanto, mas o setor público não.

Num primeiro momento, a solução encontrada foi a de delegar tais serviços à iniciativa privada, uma vez que a burocracia do direito público não lhe atingia. Por conseguinte, o Estado houve por incorporar mecanismos de gestão eficiente ao direito público, o que ocorreu com a algumas alterações legislativas como a Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998 e as leis 11.079, de 30 de dezembro de 2004 e 13.934, de 11 de dezembro de 2019, por exemplo.

Hoje, a administração pública reuniu novas práticas que até então eram utilizadas somente no setor privado, como ocorre com a arbitragem e, mais recentemente, com os *dispute boards* e a utilização de *crowdfunding* em políticas públicas, fazendo com que a dicotomia público e

privado fique a cada vez mais de soslaio. Eis o princípio da eficiência – de cunho constitucional – reverberando a sua carga de efetividade.

No presente trabalho, foi utilizada a revisão bibliográfica e documental como forma metodológica, referente a fontes que apresentam dados quantitativos e qualitativos relacionados à temática.

I A evolução dos serviços públicos

O presente capítulo tem por escopo demonstrar como a atuação estatal, *ab initio*, repercutiu negativamente frente aos ideais libertários. Com o seu declínio, os compromissos prestacionais foram cada vez mais ansiados pelos cidadãos, de forma que o Estado assumiu encargos positivos, os quais, até o presente momento, se manifestam presentes. São inaptos, portanto, a serem desvencilhados. É por isso que a preocupação com os serviços públicos incide inexoravelmente na gestão pública e é objeto de pautas visando à maximização da sua efetividade: a todo momento.

Na segunda metade do séc. XV, o sistema feudal foi superado pelo Estado Moderno com o propósito de centralizar o poder político, outrora disperso. Em sua origem, esse novo modelo apresentou-se essencialmente absolutista, o que fomentou a insurgência da burguesia – classe que já dispunha do poder econômico – contra a excessiva intervenção estatal, razão pela qual, no séc. XVIII, sob a influência da Revolução Francesa, o “poder público era visto como inimigo da liberdade individual, e qualquer restrição ao *individual* em favor do *coletivo* era tida como ilegítima” (DALLARI, 2011, p. 246).

O próprio jusnaturalismo foi invocado para objurgar essa intervenção estatal, com espeque na teorização dos direitos naturais visando “impedir qualquer interferência do Estado no sentido de criar algum condicionamento à manutenção e ao uso dos bens, ou alguma restrição aos termos de qualquer contrato” (DALLARI, 2011, p. 246). Assim, ainda no séc. XVIII, o principal expoente da Escola Econômica Clássica Adam Smith, por meio de sua obra publicada em 1776 – *A Riqueza das Nações* –, defendeu o liberalismo econômico desvinculado, portanto, a qualquer atuação estatal na economia, porquanto o mercado deveria ser guiado tão somente pela famosa “mão invisível” decorrente da lei da oferta e da procura. Os próprios agentes econômicos é quem deveriam regular o mercado, sem a necessidade da presença do Estado.

A partir de 1859, com a publicação da obra *On Liberty* do autor inglês John Stuart Mill, o liberalismo se tornou a doutrina dominante do séc. XIX (DALLARI, 2011, p. 246), e, nessa ocasião, a liberdade é erigida a um direito fundamental que implicava na proteção do indivíduo contra a tirania dos governantes políticos,¹ cuja manifestação pode ser observada por meio de duas características principais: a) o reconhecimento de certas imunidades como liberdades públicas ou direito políticos, as quais justificavam manifestações reacionárias feitas pela própria população contra os governantes; b) o estabelecimento de limitações constitucionais aos atos do poder dominante (MILL, 1998, p. 8).

Preleciona o autor que, quando uma nova função é avocada pelo governo, a sua influência sobre as esperanças e medos são espargidos possibilitando que o público, de forma gradual, torne-se “parasitas” do próprio governo ou, quando menos, de alguns partidos que pretendem se tornar o próprio governo (MILL, 1998, p. 156).

¹ Mill reconhece que o poder do Estado é necessário e, ao mesmo tempo, altamente perigoso como uma arma, que poderia ser utilizada, inclusive, contra os seus próprios súditos. Por isso, era imprescindível que os membros mais vulneráveis da comunidade fossem protegidos contra o próprio poder estatal, cuja proteção deveria vir por meio de limites ao poder que o governante estivesse permitido a exercer perante a comunidade. E é justamente essa limitação que é entendida como liberdade.

Outrossim, o filósofo Friedrich Nietzsche – sob a égide do liberalismo – consternava-se contra o autoritarismo estatal tão evidenciado em sua obra *Assim falou Zaratustra* (2019):

Estado chama-se o mais frio dos monstros. Mente também friamente, e eis que mentira rasteira sai da sua boca: “Eu, o Estado, sou o Povo”.

É uma mentira! Os que criaram os povos e suspenderam sobre eles uma fé e um amor, esses eram criadores: serviam a vida.

[...]

Onde há anda povo não se compreende o Estado que é detestado como uma transgressão aos costumes e às leis.

Eu vos dou este sinal: cada povo fala uma língua do bem e do mal, que o vizinho não compreende. Inventou a sua língua para os seus costumes e as suas leis.

Mas o Estado mente em todas as línguas do bem e do mal, e em tudo quanto diz mente, tudo quanto tem roubou-o.

A classe burguesa ansiava pelo Estado mínimo, o da não intervenção, que, mais tarde, corroborou com o surgimento do constitucionalismo e, conseqüentemente, com a separação dos poderes. Típicos expedientes que apresentavam uma finalidade precípua: conter o poder estatal, assegurando a liberdade sob o enfoque do “caráter basicamente individualista da sociedade” (DALLARI, 2011, p. 248).

Sucedede que o liberalismo, a despeito de ter promovido uma exponencial evolução econômica, não soube tratar de um problema criado por ele mesmo: a desigualdade, sobretudo aquela do domínio do poder econômico em detrimento dos vulneráveis – os proletariados. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari (2011, p. 248) pontifica a incoerência da sobreposição do valor econômico frente ao social, pois é o cenário propício para que “homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da Sociedade”.

Não tardou para que o regime liberal logo entrasse em colapso, pois a sua concepção foi instituída sob um pacto político cuja finalidade era uma só, qual seja, ascender sobremaneira a influência da classe burguesa sobre as demais, como bem obtemperou Icilio Vanni (1916, p. 242):

A experiência demonstra que, por um complexo de condições próprias da vida social, alguns podem, agindo com plena liberdade, receber mais ou menos do que a justiça queria que lhes fosse atribuído. A experiência demonstra que, em virtude daquelas condições, podem ser obtidas vantagens não devidas à natureza ou ao mérito, e que, assim, mesmo os piores e os inferiores podem triunfar, com prejuízo dos superiores. A liberdade não basta, pois, para assegurar a justiça e não contém toda a justiça.

Da mesma forma, o sociólogo alemão Alfred Vierkandt (1921, p. 58) assestou o plano de domínio engendrado pela burguesia, determinando, inclusive, “as concepções de toda a sociedade acerca dos direitos e deveres, a moral e a baixeza, e até mesmo, o contragosto de umas sobre as outras, através dos meios espirituais e influências psíquicas”.

Para Vierkandt, o liberalismo só encontraria o seu equilíbrio numa sociedade em que todos os indivíduos possuíssem a mesma igualdade. Caso contrário, a mera igualdade formal seria inidônea,

portanto, para afligir as desigualdades existentes nas searas econômica, social e política, fulminando deveras “numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão somente a liberdade de morrer de fome” (1921, p. 101).

Não se olvida que, em momento muito anterior à teorização aventada, a filosofia de Aristóteles (384-322 a.C.) já propugnava pela justiça distributiva, assim como é exposto em sua obra *Ética a Nicômaco* (1999, p. 95):

Uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter uma participação desigual ou igual à de outra pessoa.

A Justiça, sob a concepção aristotélica, diz respeito à distribuição equitativa, de modo a “dar a cada um o que é seu” (MASCARO, 2019, p. 61).

Dessume-se, então, por meio do relato histórico consignado, que o absentismo estatal – como consequência inerente ao liberalismo – foi incapaz para sanear as imperfeições decorrentes de uma expressiva desigualdade social, mormente aquela oriunda da classe proletária como consequência da revolução industrial, na qual os trabalhadores eram submetidos à jornadas exaustivas e, mesmo assim, auferiam ínfima remuneração aliada às condições precárias de trabalho. Foi o que Paulo Bonavides em sua obra *Do Estado Liberal ao Estado Social* (2007, p. 59) observou os efeitos nocivos da liberdade contratual plena: “a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.

A precariedade sofrida pelos operários atingiu o seu apogeu durante a I Guerra Mundial, período no qual há a formação do primeiro Estado socialista na Rússia, cujas ideias “socializantes” vêm sendo espargidas ao longo dos demais (DALLARI, 2011, p. 249). Tanto é assim que a Constituição de Weimar – na Alemanha – é aprovada após à guerra com o desiderato de atender aos anseios da causa operária (DALLARI, 2011, p. 249).

Nos Estados Unidos, por sua vez, os defensores da livre imprensa propugnavam a instituição de um Estado menos omissivo, hábil, destarte, a perfectibilizar as demandas sociais, razão pela qual, em 1932, o então presidente Franklin Roosevelt estabeleceu o *New Deal*, um programa de governo eminentemente intervencionista com o corolário de lidar com uma situação crítica configurada por “milhões de desempregados, famílias inteiras sem abrigo e sem alimentos, e até os altos círculos financeiros inseguros e desorientados” (DALLARI, 2011, p. 249).

Por conseguinte, a II Guerra Mundial² fulminou a maior participação do intervencionismo estatal, fomentando a prestação de serviços fundamentais aos indivíduos, sobretudo pela necessidade de restauração das cidades, bem como dos respectivos meios de produção. Eis, assim, a transmutação do “Estado-polícia” para o “Estado de serviço” (LASKI, 1950, p. 8-9), já que “liberdade política como liberdade restrita era inoperante” (BONAVIDES, 2007, p. 188). Inexistia, pois, qualquer solução para as desigualdades sociais, inclusive àqueles que estavam numa situação de hipossuficiência crítica. O liberalismo, porém, não apresentava resposta à essa questão, conforme delineado por

² Inclusive, o movimento nazista apresentava uma insurgência relevante sobre o modelo capitalista do séc. XIX, mormente por ter exprobrado a reivindicação da classe operária. É bem verdade que, assim como o fascismo, objurgava o socialismo marxista (vitorioso na Rússia), mas o Estado não poderia possuir uma direção eminentemente liberal e é justamente nesse posicionamento que havia uma convergência com o marxismo. Decerto, a ideia do nazismo era a de implantar uma revolução social nacionalista na Alemanha, isto é, uma terceira via, ou seja, nem o capitalismo nem o marxismo.

Paulo Bonavides (2007, p. 188): “O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise”.

E é assim que, no séc. XX, exsurge o Estado Social,³ com a finalidade de superar o absentismo do liberalismo frente às políticas públicas, aliado a um desafio essencial: conciliar as demandas da classe operária e o desafio econômico. Quer assim dizer que o termo “social” – de Estado Social – refere-se à “correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social” (SILVA, 1999, p. 119).

Porém, o Estado Social não rompeu definitivamente com as conquistas advindas do liberalismo sob a influência da Revolução Francesa. Deveras, o Estado passa a assumir uma postura ativa, tornando-se “instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população” (BARROSO, 2019, p. 82). O fundamental é que os direitos e liberdades individuais devem ser aliados com os direitos sociais.

Logo, o Estado – não mais observador e sim participante – trará uma incumbência essencial que será disponibilizada à população em geral: a disponibilização dos serviços públicos essenciais. Assim, os cidadãos de antes, que não predispuham de nenhuma prestação positiva estatal, poderão, agora, exigir tais compromissos assumidos pelo Estado. É o que Jellinek,⁴ por meio da sua teoria desenvolvida ao final do séc. XIX, denominou de *status civitatis*, que consiste no direito de o indivíduo exigir que o Estado atue positivamente, isto é, realizando uma prestação a seu favor.

E tais serviços públicos, assumidos como verdadeiros deveres estatais, em consonância com a definição exarada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 695), podem ser definidos como:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

1.1 As políticas públicas no contexto do *e-governance*

A mudança de paradigma estatal ocorre com o decurso do liberalismo, a partir do cenário em que a abstenção pública é obliterada pelo dirigismo. Antes disso, não havia, pois, qualquer discussão acerca da limitação da autonomia privada frente ao interesse público, não por menos que o ordenamento jurídico não impunha esforços necessários para regular uma atuação positiva oficial, pois a mesma não era consagrada. Com efeito, era despreciando o desenvolvimento do direito administrativo enquanto disciplina autônoma. Afinal, considerando que o seu objeto é regular a atuação das atividades estatais em prol do interesse público, não havia que se falar, portanto, de regulação num cenário abstencionista.

3 A respeito do modelo do Estado Social aliado ao constitucionalismo da época, preleciona Luís Roberto Barroso (2019, p. 82): “Ao longo do século XIX, o liberalismo e o constitucionalismo se difundem e se consolidam na Europa. Já no século XX, no entanto, sobretudo a partir da Primeira Guerra, o Estado ocidental torna-se progressivamente intervencionista, sendo rebatizado de Estado social [...] De fato, com ele se ampliou significativamente o espaço público, tomado pela atividade econômica do Estado e pela intensificação de sua atuação legislativa e regulamentar, bem como pelo planejamento e fomento a segmentos considerados estratégicos”.

4 A teoria desenvolvida por Jellinek – teoria dos *status* ou teoria dos quatro *status* – estabeleceu as relações entre indivíduo e Estado através das seguintes situações: a) no *status* passivo, o indivíduo se encontra em posição de subordinação ao Estado, sendo-lhe conferidos deveres perante o ente público; b) no *status* negativo, há um limite de atuação estatal frente aos próprios indivíduos, garantindo-lhes os direitos inerentes à liberdade; c) já no *status* positivo, confere-se ao cidadão a prerrogativa de exigir prestações ao Estado; d) por fim, no *status* ativo, o próprio indivíduo tem a prerrogativa de influenciar a formação da vontade estatal como, por exemplo, o exercício do voto.

Logo, nesse primeiro momento em que o agir estatal era objurgado, não havia relevância alguma atinente ao direito administrativo. O cenário se modifica, todavia, quando o Estado Social entra em cena e há a assunção de obrigações prestacionais consistentes em direitos fundamentais (BOBBIO, 1992, p. 21). Nesse momento, agora sim, é essencial o desenvolvimento de tal ramo do direito, cujo marco significativo ocorreu na segunda metade do séc. XIX, ocasião em que a “doutrina jurídica passou a enfatizar as funções do Estado como transcendentes do exercício do poder de polícia no plano interno de cada país” (BUCCI, 1997, p. 90).

Inclusive, o doutrinador norte-americano Bernard Schwartz (1955, p. 283) corroborou o desenvolvimento acentuado do direito administrativo no séc. XX como consequência direta da expansão das incumbências estatais.

Os serviços prestacionais poderão ser ultimados de forma indireta ou direta pelo Estado com o acréscimo de uma característica nova. Isto é, serão perfectibilizados por meio de políticas públicas, que abarcam um “conceito mais amplo que o de serviço público, que abrange também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados” (BUCCI, 1997, p. 90).

Assim, as políticas públicas podem ser definidas como a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 1997, p. 91). Isso porque o ente público não é tão somente o mero executor dos serviços públicos, e sim o responsável pelos instrumentos da ação de governos a partir de políticas setoriais inseridas numa política de desenvolvimento. Foi o que Fábio Konder Comparato (1989, p. 102) explanou da seguinte forma: o *government by policies* orienta o *government by law*.

Diante disso, por que há essa real preocupação com os serviços públicos? Para responder à indagação, é cabível a remissão à obra *Princípios Gerais de Direito Administrativo* (1969, p. 140), escrita por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ao afirmar a ascendente dependência dos indivíduos para com os serviços públicos.

É por isso que a política não se subsume ao serviço, porquanto é mais abrangente e diz respeito ao “processo de escolha dos meios para realização dos objetivos do governo com a participação dos agentes públicos e privados” (BUCCI, 1997, p. 95). Deveras, as políticas públicas definem o âmbito de atuação do governo com o propósito de atingir “objetivos determinados num espaço de tempo certo” (BUCCI, 1997, p. 95), configurando o processo político de escolha de prioridades para o governo.

No âmbito do direito administrativo inglês,⁵ a sua função é operacionalizar as políticas públicas, compatibilizando-as com as obrigações constitucionais assumidas perante à sociedade. Trata-se de como compatibilizar a atividade burocrática com as metas estabelecidas pelas políticas públicas, assim como obtemperaram Smith e Brazier (1994, p. 577): “*making of subordinate legislation by public authorities*”.

Dessume-se, assim, que há um estágio evolutivo no qual o “Estado-serviço público” é superado pelo “Estado-políticas públicas” (BUCCI, 1997, p. 91) e a mudança impactou diretamente no próprio direito administrativo, mormente quando o planejamento é encampado como um “pressuposto indispensável de todo programa de ação política, econômica ou social” (GRAU, 1978, p. 12).

O planejamento⁶ passa a desempenhar função primordial e imperiosa no processo de desenvolvimento econômico, que ocorre pela atividade interventiva do Estado com o escopo de sanear as distorções ocorridas no processo econômico, mediante o exercício da “capacidade

5 Na Inglaterra, o direito administrativo é intrínseco ao próprio direito constitucional, estabelecendo os limites necessários, ou melhor, o campo de ação executável da atividade administrativa. Não chega a ser um ramo autônomo do direito como o que é verificado na realidade nacional.

6 O dispositivo normativo inserido no Título VII da Constituição Federal legitima o intervencionismo estatal na economia, *vg.*, art. 174, *ad instar* da Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que não discrepa nesse aspecto, vide o seu art. 1º.

normativa de conjuntura” (GRAU, 1978, p. 69). Há uma transmutação do próprio gerenciamento público, de modo que o fenômeno foi referenciado por Bobbio como “tecnicização do direito público” e que encontra raciocínio semelhante em Comparato (1989, p. 102):

Acontece que não foi apenas pela forma de governar que o Estado contemporâneo reforçou os poderes do ramo executivo. Foi também pelo conteúdo da própria ação governamental. Doravante e sempre mais, em todos os países, governar não significa tão-só a administração do presente, isto é, a gestão de fatos conjunturais, mas também e sobretudo o planejamento do futuro, pelo estabelecimento de políticas a médio e longo prazo.

E, no final do séc. XX, houve uma modificação estrutural sofrida pela administração pública que aprimorou as práticas gerenciais à ideia da *new public management* (NPM) com a adoção de técnicas inerentes às empresas privadas para os serviços públicos (MOTTA, 2013, p. 88). É o que é chamado de *e-governance*.

O eixo do direito administrativo rompe com o classicismo decorrente da ineficiência que o atormentou durante árduos anos – como bem lembrado por Carlos Ari Sundfeld⁷ – e parte em busca de modelos contemporâneos muito mais agregadores com o direito privado, até porque a experiência comprovou ser descabida a rígida dicotomia entre o público e o privado.

1.2 A crise dos serviços públicos

É assente que, consoante a evolução suportada pelo Estado no que tange ao seu agir no contexto social, o Poder Público tem a obrigação de implementar políticas públicas, que “demandam o gerenciamento [...] com vistas à criação de mecanismos de prestação efetiva e positiva de atividades que assegurem a existência de condições dignas de vida” (FINGER, p. 164-165).

Antes, tal obrigação incumbia exclusivamente ao ente público, que, mais tarde esbarrou em problemas de ordem operacional, mormente no que tange à ineficiência. Basta conferir que o modelo clássico do direito administrativo não se mostrava apto para atender com assertividade a organização estatal em prol do interesse público.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o rol dos direitos prestacionais foram sobremaneira ampliados, de modo que o Estado assumiu muitas obrigações para com o indivíduo. Então, como manejar o dever estatal numa gestão administrativa ineficiente?

Não tardou para que em 1995, logo após a promulgação da Constituição, houvesse uma reforma administrativa, que, nos dizeres do próprio Luiz Carlos Bresser-Pereira,⁸ teve o objetivo de empreender a “reforma do Estado, com vistas a aumentar a sua ‘governança’, ou seja, sua capacidade de implementar de forma eficiente políticas públicas” (BRASIL, 1995, p. 16).

Isso porque os instrumentos que o Estado até então possuía eram incapazes para assegurar a eficiente prestação dos serviços públicos. A partir desse cenário, o redimensionamento incidiu

7 O autor apresenta uma crítica contundente a esse modelo clássico, o qual nomeou de “paralisia” do direito administrativo, *in verbis*: “Quando se observa o surgimento de novos ramos, como os direitos econômico, urbanístico, ambiental, agrário, sanitário, todos ligados, embora não exclusivamente, ao estudo da ação governamental sobre a vida privada, nota-se que a ciência do direito administrativo não tem sabido oferecer uma teoria geral apta a ser aplicada a cada um deles. Vem, por isso, perdendo importância. [...] Encontrará uma doutrina que ainda se debate com dificuldades originárias em torno do poder de polícia! O resultado disso, todos conhecemos: o surgimento de teorias *ad hoc* voltadas apenas aos problemas específicos que enfrentam e descompromissadas, muitas vezes, com os próprios padrões que o direito administrativo já fixou” (1993, p. 15).

8 Em 1995, durante a gestão presidencial de Fernando Henrique Cardoso, tem-se início o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, cuja implementação ficou a cargo do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, ocasião em que Luiz Carlos Bresser-Pereira era o titular da pasta.

diretamente nas políticas públicas, demandando também a essencial participação do agente privado neste mister, *vg.*, a eficiência é erigida à categoria principiológica que norteará a administração pública; necessidade de concursos públicos para selecionar o mais capacitado para atuar frente aos cargos; expedientes para garantir a participação do usuário dos serviços.

Nesse *iter*, em 30 de dezembro de 2004, foi editada a Lei 11.079, que regulamentou a contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Com esse cenário, houve, de um lado, a hipertrofia do rol de atividades próprias definidas como serviço público e, noutro lado, o Estado se tornou incapaz para, sozinho, cumprir com o dever positivo indisponível, cuja circunstância é bem elucidada por Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2020, p. 136):

Paralelamente, outro fenômeno se verificou; o Estado percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade; em consequência, passou a delegar a sua execução a particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista), para execução sob regime jurídico predominantemente privado.

É por isso que se refere à expressão “crise de serviço público” quando há terceiros alheios à estrutura estatal no desempenho de tarefas que outrora eram exclusivas do Estado. Há autores, entretanto, que pregam cautela no emprego do termo *crise* para que não gere uma errônea despropositada, porque o entendimento deve ser abordado como uma mutação operada diretamente no conceito de serviço público potencializada pelo dinamismo social (ARAGÃO, 2002, p. 3), mas não como um período de crise propriamente dita.

2 O direito empresarial e a administração pública

O modelo burocrático da administração pública, avesso às inovações aplicadas à iniciativa privada, foi superado pelo *e-governance*. Deveras, a tendência é que a distância entre a gestão privada e a pública fique gradativamente menos perceptível, “propiciando que a inovação e eficiência sejam, da mesma forma, conferidas ao Poder Público como um meio a otimizar a prestação dos serviços” (SANTOS; LIMA, 2020, p. 90).

Não por menos, o ordenamento jurídico já evoluiu no sentido de observar as soluções havidas na seara privada e, por conseguinte, importá-las ao setor público: é o conhecido NPM. Como exemplo desse cenário, pode-se citar o dispositivo constitucional inserto no art. 37, §8º, oriundo da Emenda Constitucional 19/1998, que dispõe acerca do contrato de desempenho, cuja disciplina recente adveio com a Lei 13.934/2019. O referido contrato estabelece metas a serem cumpridas pelas entidades da administração indireta ou, até mesmo, por órgãos da própria administração direta.

Por meio do contrato de gestão, há um controle realizado com o objetivo de sujeitar às entidades integrantes da administração indireta ao cumprimento de metas estipuladas no mesmo objeto do contrato. Como contrapartida, tais entidades podem gozar de maior autonomia (DI PIETRO, 2020, p. 382), *ad instar* do que ocorre nos contratos de gestão firmados pelas agências executivas e o respectivo Ministério de Estado supervisor, nos termos dos Decretos 2.487 e 2.488, ambos de 2 de fevereiro de 1998.

A Lei 12.766, de 27 de dezembro de 2012, adicionou o §1º ao art. 6º da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, justamente a que institui o regime da contratação sob o regime de parceria público-privada, possibilitando que o contrato estabeleça a remuneração do parceiro privado de forma

variável, “vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato”.

Ainda nesse aspecto concernente à gestão pública e, sob os auspícios do *e-governance*, imperioso assestar o tema da degradação da hierarquia normativa. Quer-se, com isso, dizer que determinadas matérias podem ficar à margem da legislação formal para, conseqüentemente, serem confinadas ao domínio do poder normativo inerente à administração. O movimento tem a iniciativa oficial do legislativo e caminha-se no sentido de esvaír a regulação legal (*domaine de la loi*) para conferir ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*).

As matérias alvos da deslegalização são sobretudo aquelas passíveis de normatização pelas agências reguladoras, as quais têm, como a sua nomenclatura já aduz, a competência para regular (poder normativo) setores econômicos específicos. E essa circunstância é a maneira mais assertiva para lidar com temas tão específicos que serão ordenados por uma entidade que possui a competência exclusiva para tanto. É mais razoável que assim o faça, mormente considerando o seu alto grau de especialidade, em vez de relegar o tema à lei geral.

Manifesta-se a eficiência como norteadora de toda a administração pública: regula-se o tema quem detém a melhor competência técnica. O próprio Legislativo já reconheceu que, nem sempre, é ele quem deve possuir tal mister de forma inexorável.

Nada mais recente do que transcrever breve trecho de Hely Lopes Meirelles (2003, p. 102), quando discorreu sobre o princípio da eficiência: “É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada com legalidade, exigindo resultados positivos para o setor público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.

2.1 *Crowdfunding* em políticas públicas

As funções que antes eram aglutinadas pelo Estado são, agora, compartilhada por todos os atores que intervêm diretamente na consecução dos serviços públicos, seja prestando-os diretamente ou indiretamente, seja apenas cooperando ou na simples condição de tomadores dos serviços – seus usuários imediatos. Significa dizer que esses atores realizam, em consonância com o poder público, as políticas públicas, por meio do recurso da ciberparticipação.

O *e-governance* contemporâneo promoveu uma mudança axiológica na questão envolvendo a democracia: a mera democracia eletrônica na qual os participantes apenas respondiam de modo objetivo a uma preferência particular e específica, como, por exemplo, o local em que deveria ser instalado um aeroporto, foi substituída pela democracia eletrônica participativa (BOLESINA; MIGLIAVACCA, 2016, p. 10). As discussões se sobrelevam à patamares mais complexos, e não a de uma mera escolha objetiva. Quer-se discutir se aquele aeroporto é realmente essencial àquela localidade, em vez de uma escola, um hospital etc.

Tanto é assim que Kingdon (2005, p. 3) fez a seguinte indagação: “*why some alternatives for choice are seriously considered while others are neglected?*”. Para responder a isso, é imprescindível ponderar que não será toda e qualquer causação que implicará um abalo – de qualquer ordem – e que imediatamente será alocada na agenda política (*agenda setting*).

Em verdade, apenas os problemas sociais, cuja estratégia política seja justificada, é que, de fato, poderão ser abordados via política pública, surgindo, destarte, um problema público-político (*public issue*) alvo de atenção governamental (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 104).

Com efeito, o *crowdfunding* se revela como um instrumento idôneo para compatibilizar ideias em prol de políticas públicas, por meio de contribuições de ordem financeira e intelectual em prol

do modelo apresentado (BOLESINA; MIGLIAVACCA, 2016, p. 13). O propósito é fazer com que o óbice financeiro seja afastado, trazendo exequibilidade à ideia.

O Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES) foi o pioneiro a desenvolver o *Matchfunding BNDES+ Patrimônio Cultural*, que consiste em *crowdfunding* aplicado ao setor público para financiamento de projetos culturais.

Tais financiamentos coletivos “possuem o mérito de reunir em si os quatro eixos – oferecer informações, oferecer serviços, facilitar a participação e o acesso e fomentar a cidadania ativa – no âmbito político como funções das novas tecnologias absorvidas pelo Estado” (BOLESINA; MIGLIAVACCA, 2016, p. 14). Pretende-se, ademais, “viabilizar uma plataforma referencial e reflexiva aos formadores de políticas públicas e a sociedade em geral” (BOLESINA; MIGLIAVACCA, 2016, p. 17), com o objetivo de que as pessoas possam, sem a necessidade de um complexo movimento, apresentar respostas a problemas que ocorrem dentro das políticas públicas.

2.2 O *dispute board* como instrumento nas soluções de controvérsias

A solução de controvérsias na via extrajudicial é uma tendência crescente na iniciativa privada, seja no que concerne à assertividade, seja no que concerne ao tempo propriamente despendido para solução do conflito. Não por menos que a arbitragem está cada vez mais difundida no âmbito empresarial, especialmente nas negociações envolvendo grande valor econômico atrelado.

Por meio desse equivalente jurisdicional,⁹ os meios alternativos de heterocomposição na seara empresarial vêm adquirindo a sua relevância, pois, numa relação jurídica equânime, as próprias partes podem estabelecer os árbitros de acordo com as suas respectivas competências para apreciar uma demanda específica. A asserção se manifesta verdadeira quando uma questão puder ser submetida a quem detenha a melhor competência técnica para tanto e que não seja submetida ao Estado, já assoberbado de tarefas, como já foi asseverado por Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 26):

Abrem-se os olhos agora, todavia, para essas modalidades de soluções não-jurisdicionais dos conflitos, tratados como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista.

Não se olvida que a arbitragem é aplicável ao Poder Público, desde quando há expressa autorização legislativa, nos termos do art. 1º, §1º, da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Outro tema que envolve a heterocomposição extrajudicial nas controvérsias empresariais diz respeito à utilização dos *dispute boards*, que, consoante definição de Arnoldo Wald (2005, p. 18) apresentam a seguinte definição:

9 Não obstante posições doutrinárias divergentes, a exemplo da de Fredie Didier Júnior, para quem a arbitragem é, realmente, atividade jurisdicional efetiva, não havendo que se falar, portanto, de equivalente jurisdicional, até porque a respectiva sentença arbitral exarada prescinde de homologação por parte do Estado-Juiz.

Os *Dispute Boards (DBs)* são painéis, comitês ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos *Dispute Review Boards – DRB*) ou tomar decisões (*Dispute Adjudication Boards – DAB*) ou até tendo ambas as funções (*Combined Dispute Boards – CDB*), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes forem outorgados pelas partes.

No atual cenário, em que há grande preponderância dos contratos incompletos, isto é, aqueles em que a completude contratual não é verificada *ab initio*, mas que ocorrerá ao longo da sua execução, uma vez que “a intenção de total previsão das situações passíveis de materialização no mundo concreto revelou-se absolutamente incompatível com a complexidade da sociedade de risco pós-moderna” (PEREIRA, 2015, p. 9-28).

Verifica-se que, no contrato incompleto, as lacunas coexistentes são disponibilizadas às partes com o desiderato de fornecer uma “flexibilidade necessária para que o contrato possa continuamente adequar-se às mudanças das circunstâncias” (CAMINHA; LIMA, 2014, p. 193), razão pela qual é compreendido como um meio para gerir situações supervenientes, sem que com isso, portanto, se subsuma à teoria da imprevisão. Isso porque a essência desse contrato é de ter justamente a presença de lacunas como elementos ínsitos com a finalidade de “não ser apenas governado pela regra geral, mas também pela regra extralegal proveniente da mesma relação” (CAMINHA; LIMA, 2014, p. 193).

Nesse aspecto, os *dispute boards* funcionam como idôneos meios de integração para as epigrafadas negociações, obstando, com isso, a busca por uma solução externa, ou seja, extra-contrato:

As vantagens na utilização dos *Dispute Boards* passam pela condição do *Board* já se encontrar permanentemente inteirado do contexto e do próprio objeto da disputa quando ela aflora, em face de seu exame prévio, sistemático e no local em que a relação entre as partes se estabelece. Muitas vezes ele presencia a própria gênese do conflito e já na maioria das vezes conhece de antemão a posição de cada uma das partes a respeito do que deve ser solucionado. Com isso, os *Dispute Boards* estabelecem uma redução temporal muito considerável para se chegar à superação do conflito (RANZOLIN, 2017, p. 3).

Sem falar, ademais, que há um efeito interno atinente ao uso dos *dispute boards*, sob a justificativa de que a sua manifestação resulta de uma dialética formada por todas as partes contratuais desde o seu início, cujo fator psicológico “trabalha no sentido do aumento do *enforcement* das manifestações do comitê” (PEREIRA, 2015, p. 16).

A utilização do *dispute board* não é infenso à administração pública, já que o *e-governance* permite que a alta governança se irradie à seara do direito administrativo e, conseqüente, à gestão pública. A I Jornada de Direito Administrativo realizada pelo Conselho da Justiça Federal,¹⁰ realizada em agosto de 2020, retratou com exatidão o novo rumo oriundo dessa nova gestão, a partir da edição de enunciados que corroboram a utilização de institutos extrajudiciais na solução de controvérsias, também aplicáveis ao direito público.

10 Os enunciados 10 e 19 trazem expressamente os meios extrajudiciais pelos quais a administração pública poderá se valer, com a previsão de utilização dos *dispute boards*:

Enunciado 10: “Em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei 8.666/1993, é facultado à Administração Pública propor aditivo para alterar a cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e *Dispute Board*”.

Enunciado 19: “As controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (*Dispute Board*) e a arbitragem”.

Conclusão

Quando a administração pública estava sob a égide do modelo burocrático, o compromisso com a gestão eficiente não era alcançado. Não por culpa do Estado, mas porque o próprio ordenamento jurídico houve por conferir uma “proteção” às contratações públicas que, posteriormente, verificou-se que a malfada garantia ensejava, verdadeiramente, num descompasso com a eficiência.

O resultado disso tudo implicava diretamente a prestação dos serviços públicos: caros, ineficientes e, muitas vezes, inexecutáveis. Com isso, havia a necessidade de uma reformulação na essência da gestão pública, o que aconteceu mediante a *new public management*, quando houve a adoção dos mecanismos inteligentes que, até então, eram aplicados exclusivamente na iniciativa privada. Inexistia, portanto, razão entre o abismo público, de um lado, e o privado, de outro lado.

A cisão que impediu a administração pública de incorporar os institutos compromissados com a eficiência contribuíram para que os serviços públicos sempre ficassem atrás dos prestados pela iniciativa privada. O próprio regime público impedia essa concorrência em plenas condições de igualdade.

A fim de minorar o problema exposto, abriu-se uma possibilidade para que o setor público terceirizasse tais serviços a agentes privados, porquanto o próprio Estado vislumbrava a sua ineficiência, não restando outra alternativa que não fosse a delegação em hipóteses predeterminadas.

Posteriormente, a administração pública percebeu que a incorporação de soluções condizentes à eficiência poderiam ser utilizadas por ela mesma, não apenas com a delegação, mas também na atuação direta e se valendo dos mecanismos próprios, a exemplo do cumprimento de metas por parte dos órgãos (vide Lei 13.934/2019), financiamento coletivo no âmbito das políticas públicas (*crowdfunding*), além dos métodos extrajudiciais para solução de controvérsias (*v.g., dispute board*).

Deveras, a gestão pública se distancia daquele regime de outrora marcado pela inexorável cisão entre o público e privado e se norteia mais para uma unificação. É, aliás, a finalidade precípua do *e-governance* que revolucionou, até mesmo, as políticas públicas.

O contrato administrativo, então, caminha no sentido de romper aquela dicotomia com o contrato privado, que, atualmente, é despropositada.

Afinal, qual é o futuro dos contratos administrativos? É bem provável que essa categoria contratual não persista por muito tempo, pois a tendência é que a sua essência seja ofuscada pelos institutos privados, cada vez mais sobressalentes, não obstante se trate da administração pública.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 421-440.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília: Ed. UnB, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLESINA, Iuri; MIGLIAVACCA, Luciano Araújo. “Crowdfunding” em políticas públicas: ciberparticipação e espelho referências à agenda política. **Revista da Faculdade de Direito (RFD-UERJ)**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 1-21, jun. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/14030>. Acesso em: 18 set. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Presidência da República. Câmara de Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF, novembro de 1995, p. 16. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-dareforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 25 maio 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

CAMINHA, Unie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 155-200, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/43562/42280>. Acesso em: 20 dez. 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para Viver a Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Forense, 2020.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional (A&C)**, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 164-165, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento Econômico e Regra Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

KINGDON, J. W. **Agendas, Alternatives, and Public Policies**. New York: Harper Collins College Publishers, 1995.

LASKI, Harold J. **Le Gouvernement Parlementaire en Angleterre**. Paris: Presses Universitaires de France, 1950.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. 1.
- MILL, John Stuart. **On Liberty**. London: The Electric Book Co, 1998.
- MOTTA, Paulo Roberto de Mendonça. O estado da arte da gestão pública. **RAE – Revista de Administração de Empresas**, v. 53, n. 1, p. 82-90, jan./fev. 2013.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Assim Falou Zaratustra**, 2019. *E-book*.
- PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Dispute boards e administração pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos. **Fórum Administrativo - Direito Público**, Belo Horizonte, v. 15, n. 168, p. 9-28, fev. 2015.
- RANZOLIN, Ricardo. A eficácia dos dispute boards no direito brasileiro. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, v. 52, ano 14, p. 197-219, jan./mar. 2017.
- SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; LIMA, Luís Pedro Ferreira. “Smart Cities”: um caminho à extrajudicialização. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, v. 15, n. 2, p. 80-101, mai./ago. 2020. Disponível em: <https://direito.fasa.edu.br/k/bej/11054805.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2020.
- SCHWARTZ, Bernard. **American Constitutional Law**. London: Cambridge University Press, 1955.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SMITH, Stanley de, BRAZIER, Rodney. **Constitutional and Administrative Law**. 7. ed. London: Penguin, 1994.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo : Malheiros, 1993.
- VANNI, Icilio. **Lições de Filosofia do Direito**. Tradução Octavio Paranaguá. 3. ed. São Paulo: P. Weiss, 1916.
- VIERKANDT, Alfred. **Staat und Gesellschaft in der Gegenwart**. Leipzig: Quelle & Meyer, 1921.
- WALD, Arnoldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011.

Parecer Jurídico 66/2021-BCB/PGBC

Parecer que examina a possibilidade de o Banco Central celebrar Termo de Compromisso (TC) conjuntamente com outras entidades da Administração Pública, observadas as respectivas esferas de atuação, em relação a uma mesma ocorrência ou conduta praticada pelo administrado.

Humberto Cestaro Teixeira Mendes

Procurador do Banco Central

Márcio Rafael Silva Laeber

Procurador-Chefe do Banco Central, Substituto

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Subprocuradora-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 66/2021-BCB/PGBC
PE 182423

São Paulo, 3 de fevereiro de 2021.

Ementa: Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP). Consulta formulada pelo Departamento de Gestão Estratégica e Supervisão Especializada (Degef), na qual questiona a possibilidade de o Banco Central celebrar Termo de Compromisso (TC) conjuntamente com outras entidades da Administração Pública, observadas as respectivas esferas de atuação. Caráter discricionário da decisão sobre a celebração de TC. Possibilidade de o Banco Central acordar as condições do TC, conforme as circunstâncias do caso concreto. Art. 11, caput e inciso III, da Lei nº 13.506, de 2017. Possibilidade jurídica de celebração de TC entre o Banco Central e outras entidades administrativas, conjuntamente. Necessidade de observância das competências legais de cada ente administrativo e das exigências legais a respeito da celebração do compromisso. Necessidade de a contribuição pecuniária prevista em TC ser recolhida ao Banco Central. Repartição, entre o Banco Central e outras entidades administrativas, das obrigações de recepção e análise de documentos apresentados pelos compromitentes, no caso de celebração conjunta de TC. Necessidade de obtenção do consentimento expresso do proponente, para que haja o fornecimento, a outras entidades administrativas, de dados relativos a proposta de TC, em razão do sigilo previsto no art. 13, § 1º, da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. Grau de acesso da manifestação: pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso (art. 3º, §1º, da Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018).

Senhor Procurador-Chefe,

ASSUNTO

Trata-se de consulta formulada pelo Departamento de Gestão Estratégica e Supervisão Especializada (Degef), na qual questiona a possibilidade de o Banco Central “celebrar Termo de Compromisso (TC), conjuntamente com outros órgãos da Administração Pública, observadas as respectivas esferas de atuação, que tenham interesse na utilização desse instrumento como solução consensual de controvérsias” (doc. 4 deste PE).

2. O Degef relata que, por meio do Parecer Jurídico 831/2019-BCB/PGBC¹, de 21 de novembro de 2019, esta Procuradoria-Geral examinou a possibilidade jurídica de TC prever a destinação de contribuições pecuniárias ao Fundo de Direitos Difusos (FDD) e exarou as seguintes conclusões:

(i) embora se verifique que as receitas ordinárias do FDD são aquelas oriundas de condenações impostas em ações ajuizadas para defesa de direitos difusos e coletivos, à luz do disposto no Decreto nº 1.306, de 1994, e na Lei nº 9.008, de 1995, é juridicamente possível a previsão, em TC celebrado por este BC, de cláusula que imponha ao interessado o dever de recolhimento de valores ao Fundo;

(ii) à luz da Lei nº 13.506 e da Circular nº 3.857, ambas de 2017, também inexistente óbice de natureza jurídica

¹ De autoria da Procuradora Amanda Marcos Favre e aprovado pela Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça.

à previsão de cláusula por meio da qual o interessado se obrigue a recolher ao FDD os valores devidos aos clientes que porventura não forem localizados, visto que a lei e a regulamentação preveem a possibilidade de, no caso concreto, serem acordadas outras obrigações além daquelas já previstas;

(iii) a referida cláusula não se confunde com a contribuição pecuniária imposta pela lei, tampouco se insere no contexto de indenização pelos prejuízos causados pela irregularidade. A obrigação, tal qual a de recolher ao BC contribuição pecuniária adicional, visa apenas a garantir que o compromitente não tenha a disponibilidade dos valores indevidamente cobrados de seus clientes, caso não consiga ressarcir-los no tempo e modo previstos no Termo, ainda que tenha diligenciado para tal, conforme o previsto na avença. Dessa forma, eventual recolhimento de valores ao FDD não impedirá a ação do próprio lesado ou dos órgãos e entidades legitimados à defesa dos interesses e direitos dos consumidores, como os listados no art. 82 da Lei nº 8.078, de 1990;

(iv) dada a similitude da situação de fato que torna as obrigações exigíveis e a unicidade dos objetivos por ambas visado, entende-se que a opção pelo recolhimento de valores ao Fundo ou de contribuição pecuniária adicional ao BC não deve ser feita de maneira casuística, isto é, não é recomendável simplesmente afirmar que, no caso concreto, a previsão de recolhimento de valores ao FDD se justifica pela natureza do interesse violado, pois, em todas as situações, está-se diante de direitos individuais homogêneos. Assim, caso entenda ser essa a opção mais adequada, recomenda-se seja ela adotada, doravante, em todas as situações em que não for possível, por qualquer razão que seja, o ressarcimento dos valores indevidamente cobrados de clientes.

3. Não obstante as elucidações acima, o departamento consulente solicita nova manifestação desta Procuradoria-Geral sobre os seguintes pontos:

a) a viabilidade deste Banco Central celebrar TC em conjunto com outros órgãos da Administração Pública, em um único instrumento, sobre os mesmos fatos, observadas as respectivas esferas de atuação. Avaliar ainda se haveria restrição em relação à repartição, entre esta Autarquia e os outros órgãos, das obrigações de recepção e análise de documentos e relatórios apresentados pelos compromitentes e, por consequência, da declaração de cumprimento do TC;

b) a possibilidade deste Banco Central celebrar TC e considerar como suficiente, para efeito de cumprimento da exigência legal de indenização de prejuízos, a previsão da obrigação de ressarcimento em termo de ajustamento de conduta de outros órgãos da Administração Pública e da respectiva declaração de cumprimento, desde que os fatos objeto do TC estejam integralmente contidos no objeto do termo de ajustamento de conduta celebrado com o outro órgão;

c) a troca de informações com outros órgãos da Administração Pública acerca da proposta de TC, inclusive o fornecimento de cópia do PE em que há a análise da proposta e a avaliação do cumprimento do TC, considerando o sigilo previsto no art. 13, § 1º, da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, e os sigilos bancário e comercial.

4. É o relatório. Passa-se à análise jurídica.

APRECIACÃO

I – Análise sobre a possibilidade jurídica de o Banco Central celebrar TC com outras entidades da Administração Pública

5. O TC constitui relevante instrumento de supervisão conferido pela Lei nº 13.506, de 2017, ao Banco Central, que, pela via consensual, viabiliza o afastamento de irregularidades e a proteção de bens jurídicos tutelados pela Autarquia. Nos últimos anos, diversas normas² direcionam a Administração Pública à adoção da consensualidade, em substituição à persecução sancionatória, caso o ajuste ou composição com o administrado se revele mais vantajoso ao interesse público do que a imposição de um ato unilateral decorrente de um processo administrativo³.

6. O art. 11⁴ da Lei nº 13.506, de 2017, prevê expressamente que a celebração do TC provém de um juízo de conveniência e oportunidade do Banco Central, ou seja, a assinatura do instrumento é uma decisão que se insere no âmbito da discricionariedade administrativa. O mesmo dispositivo legal, por outro lado, baliza a formação desse juízo ao estabelecer que a decisão de celebração de TC deve ser adequadamente fundamentada e voltada ao atendimento do interesse público. Além disso, se esta Autarquia decidir que a via consensual é conveniente e oportuna, todas as exigências legais e regulamentares⁵ devem ser satisfeitas, em especial a estipulação das obrigações previstas nos incisos do *caput* do art. 11.

7. Em que pesem a Lei nº 13.506, de 2017, e a sua regulamentação estabeleçam uma série de parâmetros para a celebração dos TCs, pelo Banco Central, o que mitiga ou limita a liberdade negocial típica de instrumentos consensuais, não se pode ignorar a existência de um espaço conferido pelo próprio legislador à Autarquia, para avançar sobre obrigações não expressamente previstas na legislação (vide a primeira parte do inciso III do *caput* do art. 11). A existência desse espaço para negociação e para acordar condições é, inclusive, o que viabiliza a adequada celebração dos TCs, uma vez que as cláusulas desse instrumento devem se compatibilizar com as particularidades dos casos concretos examinados pelo Banco Central.

2 Destaque-se, em um âmbito geral, a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), para incluir o art. 26, dispositivo que autoriza a autoridade administrativa a celebrar compromisso com interessados “[p]ara eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”.

3 O autor Diogo de Figueiredo Moreira Neto pontua com precisão que “[a] consensualidade, por certo, não estará destinada a substituir as formas tradicionais de ação imperativa do Estado, mas, sem dúvida, já representa uma mudança substancial em inúmeras modalidades de atuação, concorrendo para a redução do arbítrio e da conflitualidade, sempre mais frequentes na atuação predominantemente unilateral do Estado” (*Quatro paradigmas do Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 118/119).

4 Art. 11. O Banco Central do Brasil, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, com vistas a atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o processo administrativo destinado à apuração de infração prevista neste Capítulo ou nas demais normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigar a, cumulativamente:

I - cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos;

II - corrigir as irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos;

III - cumprir as demais condições que forem acordadas no caso concreto, com obrigatório recolhimento de contribuição pecuniária, observado o disposto no art. 10 desta Lei.

§ 1º A apresentação de proposta de termo de compromisso não suspende o andamento do processo administrativo

§ 2º Na hipótese de processo administrativo já instaurado, a suspensão dar-se-á somente em relação ao acusado que firmou o termo de compromisso.

§ 3º A decisão do Banco Central do Brasil sobre a assinatura do termo de compromisso, nos termos deste artigo, será tomada por órgão colegiado previsto em seu regimento interno.

§ 4º O Banco Central do Brasil não firmará termo de compromisso nas hipóteses de que trata o art. 4º desta Lei.

5 Vide os arts. 61 a 67 da Circular nº 3.857, de 2017.

8. Adentrando o objeto da consulta em exame, depreende-se que a discricionariedade conferida pelo legislador ao Banco Central, quanto à celebração do TC, e o campo (ainda que normativamente delimitado) para a ação consensual pela Autarquia são os principais fatores que, em tese, viabilizariam a assinatura do instrumento, em conjunto com outras entidades administrativas, no caso de todos serem competentes para tutelar uma mesma ocorrência ou conduta praticada pelo administrado⁶.

9. Não se pode olvidar que o ordenamento jurídico distribui, para diferentes entidades administrativas, atribuições e responsabilidades relacionadas à prevenção, à repressão e à correção de irregularidades. No desempenho desses *munus* público e nos limites de suas respectivas competências, tais instituições se valem das prerrogativas e ferramentas providas pelo legislador para a regularização de condutas inadequadas, nas quais se inserem os acordos que substituem a atuação sancionadora estatal, caso do TC.

10. Ainda que haja uma racional delimitação legal de competências, teoricamente, é possível que duas ou mais entidades administrativas tenham que atuar diante de uma mesma ocorrência – os bens jurídicos tutelados por cada uma dessas instituições podem ser afetados por uma determinada conduta. Nessa hipótese, é possível que a atuação coordenada das entidades administrativas seja a medida mais oportuna, racional e eficiente para a regularização da prática identificada – e, em última instância, ao atendimento do interesse público –, caso afaste insegurança jurídica, conflitos institucionais, custo regulatório, sobreposição de atuações e/ ou a desproporcionalidade na imposição de sanções a pessoas físicas e jurídicas, por exemplo.

11. No âmbito da literatura internacional, o tema é precisamente enfrentado por Jacques Chevallier⁷, ao expor que “de um modo geral, a contratualização [administrativa]⁸ implica a substituição das relações baseadas na imposição e na autoridade por relações fundadas sobre o diálogo e na busca do consenso” e “supõe a aceitação do pluralismo administrativo, do fato que existe no aparelho administrativo atores, individuais e coletivos, dotados de uma capacidade de ação e de decisão autônoma (...), dos quais é necessário obter a cooperação e a adesão”.

12. Em acréscimo, vale mencionar que a atuação cooperativa de entidades administrativas, na adoção de instrumentos de caráter consensual, já foi perseguida pelo Ministério Público Federal (MPF), a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) e o Tribunal de Contas da União (TCU), ao celebrarem acordo de cooperação técnica⁹ que teve como foco os acordos de leniência de que trata a Lei nº 12.846¹⁰, de 1º de agosto de 2013. O ajuste celebrado por tais entidades prevê, dentre outras ações operacionais, o dever

6 Vale mencionar que há entendimento jurídico no sentido de que o art. 26 da LINDB teria conferido uma competência consensual a toda a Administração Pública, ou seja, “qualquer órgão ou ente administrativo encontra-se imediatamente autorizado a celebrar compromisso, nos termos do art. 26 da Lei, não se fazendo necessária a edição de qualquer outra lei específica, decreto ou regulamentação interna” (Guerra, Sérgio; Bonacorsi de Palma, Juliana. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, p. 135-169, nov. 2018). No caso de compromissos celebrados pelo Banco Central, contudo, prevalecem as regras de caráter especial previstas na Lei nº 13.506, de 2017.

7 CHEVALLIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.) *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*. Paris: LHarmattan, 1999. p. 397/ 414.

8 A referida contratualização administrativa consistiria na substituição das relações administrativas fundadas na unilateralidade, na imposição e na subordinação, por relações baseadas no diálogo, na negociação e na troca.

9 Disponível em:

<https://portal.tcu.gov.br/data/files/11/16/BB/03/575C37109EB62737F18818A8/ACORDO%20DE%20COOPERACAO%20TECNICA%20I..pdf>

10 Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

de “atuar e fomentar a atuação das SIGNATÁRIAS DO ACT [Acordo de Cooperação Técnica] de maneira cooperativa, colaborativa e sistêmica, buscando desenvolver uma cultura sobre a necessidade de chamamento das demais Instituições públicas com atuação no sistema anticorrupção brasileiro para exercício de suas atribuições e competências, desenvolvendo, assim, atuações conjuntas, com cooperação e coordenação, especialmente diante de grandes casos de corrupção”.

13. No que se refere especificamente a esta Autarquia, viu-se acima que a lei permite que o Banco Central avalie se a celebração do TC é a medida mais conveniente e oportuna para determinada situação – o que pode vir a abranger a apreciação da utilidade, pertinência e eficiência de pactuar o termo com outras entidades administrativas interessadas¹¹. Ademais, há a possibilidade de inserção, nos TCs, do cumprimento de condições acordadas conforme as particularidades do caso concreto (art. 11, inciso III, da Lei nº 13.506, de 2017), o que viabilizaria a estipulação de cláusulas ajustadas entre o Banco Central, outras entidades administrativas e o administrado interessado no acordo.

14. Contudo, é importante ressaltar que, em razão do princípio constitucional da legalidade¹² (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), a declaração de vontade pelo administrador, em acordos como o TC, não pode se desviar daquilo que já foi declarado na lei. A liberdade para a Administração Pública avançar deve ser exercida com observância às competências do ente administrativo, à proeminência do interesse público (ao qual a motivação da avença deve estar alicerçada) e a outras limitações normativas, a exemplo das supramencionadas exigências da Lei nº 13.506, de 2017¹³.

15. A título ilustrativo – e retomando parte da matéria enfrentada no Parecer Jurídico 831/2019-BCB/PGBC¹⁴ – não seria adequada a estipulação de obrigação no TC, no sentido de destinar a contribuição pecuniária referida no art. 11, inciso III, da Lei nº 13.506, de 2017, a fundo ou entidade, ao invés de prever o recolhimento do montante ao Banco Central. Note-se que tal obrigação está prevista em norma especial e deve ser fixada conforme os critérios previstos no art. 10¹⁵ da lei, como o grau de lesão aos sistemas tutelados pelo Banco Central. Assim, é prudente concluir que a contribuição pecuniária constitui receita desta Autarquia, o que inviabiliza a destinação diversa desses recursos sem autorização legal.

11 O Banco Central não é compelido a assinar TC com outras entidades administrativas porventura interessadas no acordo. Na formação do juízo discricionário a que se refere a Lei nº 13.506, de 2017, pode a Autarquia avaliar o cabimento dessa medida.

12 A definição clássica do princípio da legalidade é feita por Helly Lopes Meirelles, ao asseverar que, “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.” (*Direito administrativo brasileiro*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006).

13 Ainda que se admita a possibilidade jurídica de o Banco Central celebrar TC em conjunto com outras entidades administrativas, todas as exigências legais e regulamentares relativas àquele instrumento, presentes na Lei nº 13.506, de 2017, e na Circular nº 3.857, de 2017, devem ser satisfeitas. Ademais, é prudente que as regras que disciplinam a celebração de compromisso pela entidade administrativa que adira ao TC também sejam observadas.

14 A manifestação jurídica em apreço ponderou que:

8. Por essa razão, entende-se que, à luz da Lei nº 13.506 e da Circular nº 3.857, ambas de 2017, também inexistem óbice de natureza jurídica à previsão de cláusula por meio da qual o interessado se obrigue a recolher ao FDD os valores devidos aos clientes que porventura não forem localizados, o que, todavia, não se confunde com a obrigação de recolhimento de contribuição pecuniária referida no item iv do parágrafo anterior – que decorre de expressa previsão legal. Trata-se, como explicado no início dessa manifestação, de uma obrigação condicional, que só será exigível caso o compromitente não consiga ressarcir os valores indevidamente cobrados de seus clientes no tempo e modo previstos no Termo, ainda que tenha diligenciado para tal conforme o previsto na avença.

15 Art. 10. Na aplicação das penalidades estabelecidas neste Capítulo, serão considerados, na medida em que possam ser determinados:

I - a gravidade e a duração da infração;

II - o grau de lesão ou o perigo de lesão ao Sistema Financeiro Nacional, ao Sistema de Consórcios, ao Sistema de Pagamentos Brasileiro, à instituição ou a terceiros;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a capacidade econômica do infrator;

V - o valor da operação;

VI - a reincidência;

VII - a colaboração do infrator com o Banco Central do Brasil para a apuração da infração.

16. Cabe esclarecer, ainda, que o art. 15, § 1º, da Lei nº 13.506, de 2017, prevê que “[o] cumprimento das condições do termo de compromisso gerará efeitos exclusivamente na esfera de atuação do Banco Central do Brasil”, o que não deve ser compreendido como um óbice à celebração de TC em conjunto com outras entidades administrativas. É razoável concluir que o referido dispositivo legal tem o escopo de afastar entendimento no sentido de que a celebração de um TC somente com o Banco Central tolheria eventuais lesados ou outros órgãos ou entidades – como o Ministério Público, por exemplo –, da adoção das providências que lhe caibam diante das ocorrências que motivaram o acordo entre esta Autarquia e o administrado.

17. Por fim, é importante frisar que a presente análise jurídica se desenvolve em tese e, por isso, caso este Banco Central avalie que é oportuno e conveniente a celebração de TC em conjunto com outras entidades administrativas, em determinada situação, caberá a esta Procuradoria-Geral se manifestar sobre o tema, a luz das circunstâncias do caso concreto.

18. Passa-se, a seguir, aos demais questionamentos do Degef.

II – Avaliação sobre a restrição em relação à repartição, entre esta Autarquia e os outros órgãos, das obrigações de recepção e análise de documentos e relatórios apresentados pelos compromitentes e, por consequência, da declaração de cumprimento do TC;

19. O art. 11 da Lei nº 13.506, de 2017, estabelece cláusulas essenciais dos TCs, dentre as quais se destacam as obrigações de o compromitente cessar a prática identificada e corrigir as irregularidades.

20. Os documentos e relatórios apresentados pelos compromitentes com o escopo de atestar a satisfação dessas obrigações previstas na lei e de demais compromissos que se insiram no campo de atuação desta Autarquia deverão, necessariamente, ser recebidos e analisados pelo Banco Central¹⁶. Se, por exemplo, determinado TC prever o dever de a instituição compromitente apresentar e implementar Plano de Revisão de Controles Internos de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e Combate ao Financiamento do Terrorismo (PLD/FT), caberá a esta Autarquia, em razão de suas competências legalmente estabelecidas, avaliar a documentação relativa ao cumprimento daquela obrigação.

21. No que se refere a eventuais documentos e relatórios concernentes a condições adicionais pactuadas no caso concreto (art. 11, inciso III, 1ª parte, da Lei nº 13.506, de 2017), que se atrelem às atribuições de entidade administrativa que também seja parte do TC, em princípio, poderão ser objeto de análise por essa última instituição. Essa faculdade deverá ser exercida, consensualmente, entre as entidades envolvidas na celebração do TC¹⁷.

16 O art. 65, inciso I, da Circular nº 3.857, de 2017, prevê que:

Art. 65. O termo de compromisso deverá conter:

I - cláusula que estipule a periodicidade com que o compromitente fornecerá, ao Banco Central do Brasil, informações acerca do cumprimento das obrigações por ele assumidas; e

17 Além disso, caso se estabeleça, no TC, que a análise dessa documentação caberá a outra entidade administrativa, é oportuno e adequado que o instrumento preveja que a fiscalização do cumprimento da obrigação correlata será realizado por aquela entidade incumbida do exame documental.

22. Quanto à declaração de cumprimento do TC, o art. 67 da Circular nº 3.857, de 2017, estabelece que “[f]indo o prazo estabelecido no termo de compromisso assinado, o Banco Central do Brasil deverá declarar se as condições nele estabelecidas foram cumpridas pelo compromitente”. Nada obsta, contudo, que a declaração desta Autarquia considere o posicionamento da entidade aderente ao TC, a respeito do cumprimento das obrigações atreladas às atribuições dessa instituição (pactuadas com base no art. 11, inciso III, da Lei nº 13.506, de 2017), de modo a coordenar a atuação administrativa na avença.

III – Análise sobre a possibilidade deste Banco Central celebrar TC e considerar como suficiente, para efeito de cumprimento da exigência legal de indenização de prejuízos, a previsão da obrigação de ressarcimento em termo de ajustamento de conduta de outros órgãos da Administração Pública e da respectiva declaração de cumprimento, desde que os fatos objeto do TC estejam integralmente contidos no objeto do termo de ajustamento de conduta celebrado com o outro órgão;

23. A presente questão não se refere à hipótese de celebração de TC, pelo Banco Central, em conjunto com outras entidades administrativas, objeto da consulta. Trata-se, na verdade, da hipótese de o investigado celebrar TC com o Banco Central e, paralelamente, aquele celebrar termo de ajustamento de conduta com outra entidade administrativa.

24. Na situação aventada pelo Degef, a obrigação de o investigado indenizar os prejuízos causados, exigida pelo art. 11, inciso II, da Lei nº 13.506, de 2017, teria o seu cumprimento atestado pela declaração, por outro ente administrativo, no âmbito de instrumento consensual, de que os danos causados pela conduta do investigado (a mesma ocorrência que motivou a celebração de TC com o Banco Central) foram devidamente reparados.

25. Partindo do pressuposto de que o ente declarante detenha a atribuição de averiguar a indenização dos prejuízos e considerando a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, é juridicamente possível que o Banco Central avalie que a declaração exarada demonstra a satisfação da obrigação de reparação. É importante aferir, contudo, se a obrigação estabelecida no termo de ajustamento de conduta efetivamente se refere à indenização dos prejuízos causados (restituição de valores cobrados indevidamente, por exemplo), e não a outros compromissos de cunho pecuniário (como o recolhimento de contribuições ou de valores a determinado fundo).

IV – A troca de informações com outros órgãos da Administração Pública acerca da proposta de TC, inclusive o fornecimento de cópia do PE em que há a análise da proposta e a avaliação do cumprimento do TC, considerando o sigilo previsto no art. 13, § 1º, da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, e os sigilos bancário e comercial.

26. Como apontado na questão do Degef, o art. 13, § 1º, da Lei nº 13.506, de 2017, estabelece que “[a] proposta de termo de compromisso será sigilosa”. O recente Parecer Jurídico 417/2020-BCB/PGBC¹⁸, de 13 de julho de 2020, trouxe importantes considerações sobre o sigilo em questão, como o trecho a seguir transcrito:

¹⁸ De autoria do Procurador André Ubaldino Roldão, com despacho da Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça, da Subprocuradora-Geral Walkyria de Paula Oliveira e do Procurador-Geral Adjunto Marcel Mascarenhas dos Santos.

9. (...) ao tratar do sigilo da proposta de TC, a legislação busca incentivar o administrado a utilizar o referido instituto jurídico, garantindo que aquele que vem a esta Autarquia informar uma conduta supostamente ilícita não seja exposto desnecessariamente, uma vez que a proposta pode ou não culminar na celebração do acordo. (...) de forma distinta ao que ocorre com o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (APS)¹⁹, a norma assegura a confidencialidade da proposta de TC independentemente de o instrumento ser celebrado ou não com esta Autarquia. (...)

11. Nesse contexto, em linha com os objetivos da legislação e como forma de melhor preservar o interesse público, entende-se que o sigilo estabelecido pelo art. 13, § 1º, da Lei nº 13.506, de 2017, não se restringe à proposta de TC em si, mas a todos os documentos e informações produzidos pelo proponente e pelo BCB no curso da negociação levada a efeito no âmbito desta Autarquia, que se constituem, em suma, em desdobramento lógico do próprio conteúdo fático narrado na proposta.

27. Observa-se, assim, que a confidencialidade é uma garantia conferida pela lei aos proponentes de TC, de modo a incentivá-los a buscar essa via consensual que constitui um instrumento para a cessação e correção de irregularidades. E, como a Lei nº 13.506, de 2017, não estabelece exceção, o sigilo em questão é, em regra, oponível às demais entidades administrativas²⁰, o que inviabiliza o compartilhamento da proposta de TC, bem como dos “documentos e informações produzidos pelo proponente e pelo BCB no curso da negociação levada a efeito no âmbito desta Autarquia”²¹.

28. Na mesma linha, as eventuais informações constantes nos autos que examinam a proposta de TC, que forem protegidas por outras hipóteses legais de sigilo (como o bancário, o fiscal e o empresarial) ou pelo direito à intimidade *lato sensu* (art. 5º, inciso X, da Constituição da Federal), somente poderão ser fornecidas a outras entidades administrativas, nos casos admitidos pela legislação.

29. Nesse ponto, cumpre esclarecer que o consentimento expresso do interessado ao compartilhamento das informações acima referidas, em tese, elidiria a violação do dever de sigilo, vide dispositivos como o arts. 1º, § 3º, V²², da Lei Complementar nº 105, de 2001, e 31, § 1º, II, da Lei nº 12.527²³, de 18 de novembro de 2011. Ademais, é cabível a aplicação analógica desses comandos legais ao sigilo da proposta de TC, visto que a Lei nº 13.506, de 2017, não previu expressamente que

19 O art. 30, § 1º, da Lei nº 13.506, de 2017, estabelece que a proposta de APS “permanecerá sob sigilo até que o acordo seja celebrado”.

20 Sobre o compartilhamento de dados com o Ministério Público, especificamente, deve-se observar as orientações da Nota Jurídica 3933/2018-BCB/PGBC, que, em suma, concluiu que: (i) são sigilosas as propostas de TCs apresentadas ao Banco Central; (ii) tal sigilo só é afastado, em relação ao *parquet*, quando o TC é celebrado (vide o art. 13, § 3º, da Lei nº 13.506, de 2017); (iii) o sigilo antes referido não afasta o dever desta Autarquia comunicar, ao MP, os indícios dos crimes e irregularidades que porventura identificar nas referidas propostas, anexando os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos – o que, obviamente, não inclui a cópia da proposta de TC, que, conforme já afirmado, é sigilosa; (iv) as prerrogativas de requisição de informações e de acesso às bases de dados do Banco Central, conferidas ao MP, são restritas aos TCs já celebrados.

21 Cabe ressaltar que o sigilo estabelecido no art. 13, § 1º, da Lei nº 13.506, de 2017, não afasta o dever de o Banco Central comunicar, às entidades competentes, os indícios de irregularidades que porventura identificar nas referidas propostas, conforme determina o § 2º do mesmo dispositivo legal, devendo anexar os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos – o que, obviamente, não inclui a cópia da proposta de TC e a documentação correlata, que, conforme afirmado, são sigilosas.

22 Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

[...]

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

23 Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

[...]

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

a anuência do proponente viabilizaria o compartilhamento dos dados confidenciais²⁴. Ora, se a garantia do sigilo é outorgada pela lei àquele que formula a proposta, é razoável concluir que esse último pode dispor de tal garantia, de forma análoga ao que ocorre com as outras hipóteses legais de confidencialidade.

30. No que se refere aos casos em que se almeje a celebração de TC entre o Banco Central, o administrado e outra entidade administrativa, é prudente que esta Autarquia requeira o consentimento expresso do proponente para o compartilhamento dos dados referentes à proposta com a instituição pública participante do compromisso, caso o administrado tenha apresentado a proposição somente ao Banco Central. Em todo caso, tratando-se de ato negocial, a participação de outra entidade administrativa no TC depende da vontade tanto do Banco Central quanto do administrado.

CONCLUSÃO

31. Ante o acima exposto, conclui-se que, observados os parâmetros indicados no presente parecer, em tese, é juridicamente possível que o Banco Central celebre TC em conjunto com outras entidades da Administração Pública. As respostas às demais questões jurídicas apresentadas pelo Degef são aquelas fornecidas nos tópicos II a IV, acima.

32. Por fim, classifico o grau de acesso deste parecer em “pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso”, nos termos do art. 3º, § 1º, da Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018, uma vez que as informações nele contidas não estão sujeitas a hipótese normativa de restrição de acesso.

À consideração de Vossa Senhoria.

HUMBERTO CESTARO TEIXEIRA MENDES

Procurador do Banco Central

Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)

OAB/SP 257.789

²⁴ Seguindo a mesma compreensão, o Parecer Jurídico 224/2020-BCB/PGBC, de 3 de abril de 2020, firmou as orientações abaixo transcritas:
10. *Poder-se-ia pensar que, no caso concreto, é possível o compartilhamento das informações requisitadas sob o fundamento de que não há mais sigilo a ser preservado, uma vez que a instituição financeira proponente levou o fato ao conhecimento da autoridade requisitante (...).*
11. *Ocorre que, como antes visto, a regra presente na Lei nº 13.506, de 2017, é o sigilo da proposta, o que demanda uma postura mais conservadora da Autarquia no tratamento do assunto. Por isso, ainda que se entenda possível a aplicação analógica das normas previstas nos arts. 1º, § 3º, V, da Lei Complementar nº 105, de 2001, e 31, § 1º, II, da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, para fins de encaminhamento de informações à autoridade ministerial, não se pode ignorar o fato de que ambos os normativos exigem que o consentimento do interessado seja manifestado de forma expressa – o que não se verifica no caso concreto.*

De acordo.

Encaminhe-se à Sra. Subprocuradora-Geral, em razão da matéria.

MÁRCIO RAFAEL SILVA LAEBER
Procurador-Chefe do Banco Central, Substituto
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)
OAB/DF 13.413

Aprovo.

Ao Degef.

WALKYRIA DE PAULA RIBEIRO DE OLIVEIRA
Subprocuradora-Geral do Banco Central
Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCiPG)

Parecer Jurídico 169/2021-BCB/PGBC

Parecer em que, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.696/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT), a Autarquia defende a constitucionalidade da Lei Complementar (LC) 179, de 24 de fevereiro de 2021, que define os objetivos do Banco Central do Brasil (BCB) e dispõe sobre sua autonomia e sobre a nomeação e a exoneração de seu Presidente e de seus Diretores.

Luciana Lima Rocha

Subprocuradora-Chefe do Banco Central

Guilherme Centenaro Hellwig

Procurador do Banco Central

Lucas Farias Moura Maia

Procurador-Chefe do Banco Central

Erasto Villa-Verde Filho

Subprocurador-Geral do Banco Central

Flavio José Roman

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

Cristiano Cozer

Procurador-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 169/2021-BCB/PGBC
PE 187128

Brasília, 18 de março de 2021.

Ementa: Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.696/DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e Partido dos Trabalhadores (PT). Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Ato normativo impugnado: Lei Complementar nº 179, de 24 de fevereiro de 2021, que define os objetivos do Banco Central do Brasil (BCB) e dispõe sobre sua autonomia e sobre a nomeação e a exoneração de seu Presidente e de seus Diretores; e altera artigo da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Prestação de informações a título de subsídios a serem submetidos ao Advogado-Geral da União para a defesa do ato normativo impugnado. Síntese do processo objetivo da ADI nº 6.696/DF. Histórico do processo legislativo relativo à Lei Complementar nº 179, de 2021. Questões preliminares: (a) inépcia da inicial em razão da ausência de pedido expresso de declaração de inconstitucionalidade; (b) inépcia da inicial por falta de correlação lógica entre os dispositivos constitucionais invocados e a fundamentação jurídica da petição e pela ausência da indicação do parâmetro de constitucionalidade. Improcedência da ADI quanto ao mérito. Constitucionalidade formal e regularidade do processo legislativo. Matéria não reservada à iniciativa do Presidente da República. Iniciativa concorrente para legislar sobre matéria financeira, cambial e monetária. Efetivo exercício da iniciativa do processo legislativo pelo Presidente da República. Inexistência de violações materiais da Constituição. Aderência ao princípio democrático pela fixação de mandatos dos dirigentes do BCB. Precedentes do STF e superação da Súmula nº 25 do STF. Envio de informações e subsídios ao Advogado-Geral da União.

Senhor Procurador-Geral,

RELATÓRIO

I. SÍNTESE DO PROCESSO OBJETIVO

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.696/DF, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT) contra a Lei Complementar (LC) nº 179, de 24 de fevereiro de 2021, que “[d]efine os objetivos do Banco Central do Brasil e dispõe sobre sua autonomia e sobre a nomeação e a exoneração de seu Presidente e de seus Diretores; e altera artigo da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964”.

2. Inicialmente, os requerentes sustentam a inconstitucionalidade formal da LC nº 179, de 2021, por suposto vício de iniciativa. Segundo alegam, o texto final da Lei, aprovado pelo Congresso Nacional, não teria decorrido de processo legislativo instaurado por iniciativa do Presidente da República, razão por que o processo legislativo seria nulo, por supostamente colidir com o art. 61, § 1º, inciso II, alíneas “c” e “e”, combinado com o art. 84, incisos III e XXV, todos da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

3. Aduzem, ainda, de forma geral e sem explicitação do parâmetro de controle, a inconstitucionalidade material da norma, com base em argumentos que podem ser assim resumidos:

- i. *“a autonomia retira a autoridade do governo eleito sobre um instrumento central de definição da política econômica, inclusive interferindo na coordenação dos instrumentos disponíveis para implantação dessa política e reduzindo sua eficácia, ao diluir a responsabilidade sobre os seus resultados”;*
- ii. *“[o] Poder Executivo, deste modo, abre mão de uma competência constitucional para a qual foi eleito. Capitula e abdica, sem que possa, das obrigações constitucionais conferidas diretamente ao Presidente emanadas do art. 170, art. 174 e 192” e “pratica ato [...] de desistência de competência e que é nulo sob o prisma constitucional de um ato lesa pátria”;*
- iii. *os benefícios da concessão de autonomia aos bancos centrais no âmbito internacional são questionáveis e não há evidências empíricas de que ter um banco central sujeito ao controle do Poder Executivo resulta em consequências econômicas negativas;*
- iv. *a autonomia do Banco Central do Brasil (BCB) promoveria a descoordenação entre políticas monetária e fiscal;*
- v. *a Lei atribuiria ao BCB uma legitimidade não democrática, pois teria a pretensão de imunizar ou proteger o BCB das ingerências do governo federal, mas o conduziria para ingerências de interesses dos agentes do mercado financeiro;*
- vi. *o BCB já conta com autonomia operacional de facto, logo a questão seria de mera formalização dessa autonomia;*
- vii. *ao conferir autonomia ao BCB, a LC nº 179, de 2021, deveria fixar regras de maior controle, em especial, prever um período maior de “quarentena” que o previsto na Lei de Conflito de Interesses (art. 6º, inciso II, da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013);*
- viii. *o melhor mecanismo de proteção da autarquia seria a possibilidade de demissão ad nutum de seus dirigentes em caso de ingerência dos setores regulados. O “engessamento na exoneração” importaria em violação à razoabilidade, economicidade, eficácia e eficiência para adoção de medidas urgentes;*
- ix. *a formalização da autonomia deveria ser acompanhada de uma maior transparência e prestação de contas;*
- x. *a autonomia também violaria o princípio da valorização do trabalho humano, uma vez que “não é democrático, portanto, especialmente no sistema representativo estabelecido na Constituição Federal, que o cidadão e quase todos os setores sociais e políticos, deixem de ter a possibilidade de influenciar os rumos da política monetária, seja pelos mecanismos de controle e fiscalização, seja pela atuação do governo eleito”;* e
- xi. *haveria suposta violação ao art. 192, porque, argumenta, a autonomia implicaria a estruturação de um sistema financeiro no “interesse do mercado” e não no interesse da coletividade ou do desenvolvimento equilibrado do País. Por isso, também importaria em violação aos artigos 1º, incisos II, III e IV e parágrafo único, 6º e 7º (direitos sociais) da CRFB e a cláusula de não retrocesso.*

4. Requerem, outrossim, a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos da LC nº 179, de 2021, até o julgamento final da ação direta. No mérito... Bem, **no mérito, nada pedem os requerentes!**

5. O Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, adotou o rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, de modo que o pedido de medida cautelar será analisado, após a manifestação dos órgãos e autoridades dos quais emanou a lei impugnada, por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal.

6. Em seguida, foram expedidos ofícios para as autoridades das quais emanou a LC impugnada, para se pronunciarem sobre a norma.

7. O BCB peticionou nos autos (Petição 1133/2021-BCB/PGBC, de 2 de março de 2021 – peça 20 dos autos judiciais) para requerer sua admissão, com fundamento no art. 6º da Lei nº 9.868, de 1999, eis que teve participação ativa no processo legislativo relativo à norma impugnada, ou, subsidiariamente, sua admissão como “*amicus curiae*”, com fundamento no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 1999, e art. 138 do Código de Processo Civil.

8. Em 17 de março de 2021, o Ministro Relator inferiu o pedido de ingresso do BCB, permitindo, todavia, que a Autarquia “*apresente memoriais ou estudos específicos sobre o tema*”.

9. Em 19 de março de 2021, os requeridos, os Presidentes da República, do Senado e da Câmara dos Deputados, apresentaram informações (respectivamente, peças 30, 33 e 35 dos autos judiciais). Na sequência foi aberta vista ao Advogado-Geral da União para o mister previsto no art. 102, § 3º, da CRFB.

10. Este pronunciamento é, pois, elaborado a título de informações e subsídios ao Advogado-Geral da União para a defesa do ato legislativo impugnado. Inicia-se, pois, com a análise de preliminares que demonstram a inépcia da inicial e, por isso, prejudicam até mesmo a análise de mérito pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

APRECIÇÃO

II. PRELIMINARES

a) Inépcia da inicial: ausência de pedido de declaração de inconstitucionalidade

11. A petição inicial da ADI nº 6.696 padece de vício insanável já apontado no relato: a ausência de pedido de declaração de inconstitucionalidade.

12. Verifica-se que, no item 6 da petição, intitulado “PEDIDOS FINAIS”, não consta pedido algum de declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada. Com efeito, nas alíneas “a” a “e” do referido item 6 (páginas 35 e 36 da petição inicial), há uma série de requerimentos procedimentais (“a”, pedido de informações da União; “b”, de intimação do Procurador-Geral da República; “c”, de oitiva do Advogado-Geral da União; “d”, de audiência pública; e “e”, de sustentação oral), mas não há o indispensável pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada.

13. Tampouco se pode vislumbrar, ainda que com olhos de lince, algum pedido de declaração de inconstitucionalidade, mesmo que deslocado, nas 36 laudas da petição inicial.

14. No item 5 da inicial há apenas, de fato, o “PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR”, no sentido de “*que seja a medida cautelar concedida monocraticamente pelo Ministro Relator, ad referendum do Plenário, para suspender os efeitos da LC nº179/2021 até final julgamento da ação.*” (Destacou-se). Mas esses pedidos para “*suspender os efeitos*” da lei e de “*final julgamento da ação*” não suprem, evidentemente, o pedido de declaração de inconstitucionalidade, cuja ausência na inicial é manifesta.

15. Sabe-se que o processo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade, regulado pela Lei nº 9.868, de 1999, possui peculiaridades, como a inadmissibilidade de desistência da ação (art. 5º) e a possibilidade de o STF declarar a inconstitucionalidade com base em fundamento distinto do da inicial, ou seja, com base em outro parâmetro de constitucionalidade. Mas não é possível dispensar o essencial: o pedido de declaração de inconstitucionalidade, por força do que dispõe o art. 3º, inciso II, da Lei nº 9.868, de 1999¹. A previsão legal, assim, porque não atendida, fulmina, por inepta, a petição inicial.

16. Deixar de reconhecer a inépcia da inicial, dada a patente ausência de pedido, seria admitir a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade *ex officio* em sede de controle concentrado. O STF, diante da ausência de pedido expresso de declaração de inconstitucionalidade, por certo, não autuará à mingua de provocação.

17. Ademais, no presente caso, já tendo sido requisitadas as informações, não seria possível sequer o aditamento à petição inicial, como já decidiu o STF:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - QUESTÃO DE ORDEM - PETIÇÃO INICIAL - ADITAMENTO - REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES JÁ ORDENADA - IMPOSSIBILIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. [...] COM A REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES AO ÓRGÃO DE QUE EMANOU A LEI OU ATO NORMATIVO ARGUIDO DE INCONSTITUCIONAL OPERA-SE A PRECLUSÃO DO DIREITO, RECONHECIDO AO AUTOR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, DE ADITAR A PETIÇÃO INICIAL.”²

18. Na hipótese vertida na ementa do acórdão na ADI nº 437 *ut supra*, a omissão do pedido era apenas parcial, não tendo sido possível o aditamento. Na espécie vertente, em que a omissão do pedido é total, menos ainda seria possível o aditamento da inicial. Eis o teor do voto do eminente Relator, o Ministro Celso de Mello, *verbis*:

“Disso decorre a inalterabilidade da ação direta, na medida em que, após ajuizada – e requisitadas as informações, como no caso já ocorreu – não ensejará ao seu autor a possibilidade de, nela, formular pedido que omitira, embora lhe fosse lícito fazê-lo.”

19. Em sentido idêntico, nos autos da ADI em exame, foi o pronunciamento do Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos da Advocacia do Senado Federal (peça 33 dos autos judiciais), no qual afiança o seguinte:

¹ “Art. 3º A petição indicará: [...] I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações; II - o pedido, com suas especificações.”

² STF, ADI (QO) nº 437, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 1/3/1991, DJ 19-2-1993. No mesmo sentido: ADI (AgRg), nº 474 Rel. Min. Moreira Alves, DJ 8-11-1991, e ADI nº 722, Rel. Min. Moreira Alves, DJ, 19-6-1992.

“4. Ademais, a petição inicial não veicula nenhum pedido de mérito. Com efeito, os partidos políticos autores limitam-se a formular um pedido cautelar e diversos requerimentos de natureza estritamente procedimental. Não há pedido definitivo, o que atrai a incidência do art. 3º, inc. II, da Lei da ADI (Lei n. 9.868/99) combinado com o art. 330, inc. I, e seu §1º, inc. I, do vigente Código de Ritos.

5. Ora, é no pedido que se determina a extensão objetiva da pretensão. Sem o pedido definitivo, não é possível determinar quais são os limites da inconstitucionalidade pretendida, salvo por ato de criatividade do intérprete, em um esforço para salvar o labor autoral.

6. Não cabe, de todo modo, a aplicação do disposto no art. 321 do CPC, já que a lei processual especial que rege a tramitação das ações diretas de inconstitucionalidade (e prevalece sobre o CPC, in casu) dispõe expressamente que ‘a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator’ (art. 4º da Lei n. 9.868/99).”

20. Assim, tendo em vista a impossibilidade de emenda à inicial, espera-se, nos termos da Lei nº 9.868, de 1999, em razão da total ausência de pedido de declaração de inconstitucionalidade (art. 3º, inciso II), que seja declarada inepta e, portanto, indeferida a petição inicial (art. 4º).

b) Inépcia da inicial: falta de correlação lógica entre os dispositivos constitucionais invocados e a fundamentação jurídica da petição. Ausência de parâmetro de constitucionalidade.

21. Quanto à alegada inconstitucionalidade material da LC nº 179, de 2021, cumpre aduzir, inicialmente, que o autor da ação direta não aponta de forma clara qual seria o parâmetro de constitucionalidade que balizaria eventual declaração de inconstitucionalidade da lei promulgada.

22. Da leitura da petição inicial, na parte atinente à inconstitucionalidade material, há indicações vagas de preceitos constitucionais e alusões a motivos que supostamente dariam ensejo à declaração de inconstitucionalidade da LC nº 179, de 2021.

23. Quanto ao ponto, remete-se ao já alegado pela Advocacia-Geral da União nas Informações nº 41/2021/CONSUNIAO/CGU/AGU (peça 30 dos autos judiciais), na qual esclarece, reportando-se à jurisprudência do STF:

“31. Não merecem prosperar os argumentos trazidos pelos autores. Inicialmente, porque, em afronta à norma insculpida na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, a inicial não apontou, de forma clara e precisa, quais os dispositivos que são tidos por inconstitucionais. É bem de ver que a petição inicial se limita a afirmações genéricas sobre a autonomia do Bacen, sem fundamentar em dispositivo constitucional cada inconstitucionalidade apontada. Pela inadmissão da argumentação genérica e abstrata, já se posicionou a Corte Suprema, nestes termos: ‘5. Pedido articulado em termos meramente genéricos desatende pressuposto para desenvolvimento adequado do processo. Inicial inepta. Esta CORTE inadmite, para fins de questionamento da higidez constitucional de norma, que a impugnação se apresente de forma abstrata’ (ADI 282, Relator Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, em 05/11/2019, DJe-260 28-11-2019).”

24. No mesmo sentido foi o pronunciamento da Advocacia do Senado (peça 33 dos autos judiciais), reportando-se aos precedentes do STF firmados nos autos da ADI nº 1.775, rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. em 6/5/2001, DJ 18-5-2001, e da ADI nº 4.941, rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. em 14/8/2019, DJe-24 7-2-2020.

25. Com efeito, verifica-se que os dispositivos constitucionais apontados pela parte autora não guardam relação alguma com os argumentos lançados na petição inicial para alegar a inconstitucionalidade material da norma impugnada. Ademais, os próprios argumentos expendidos na inicial demonstram a incompreensão dos autores acerca da finalidade e do alcance da LC nº 179, de 2021, pois partem de premissas equivocadas quanto ao objetivo da norma e ao controle dos atos de um banco central autônomo.

26. Quanto ao art. 170 da Constituição, não decorre logicamente da argumentação da parte autora acerca da definição de objetivos do BCB a vulneração dos princípios da atividade econômica. Da mesma forma, não há lógica na fundamentação de que o Estado “*abriria mão*” do seu poder-dever de nortear e fiscalizar a atividade econômica (art. 174) e, especificamente, o sistema financeiro nacional (art. 192) pelo simples fato de estabelecer quais os objetivos do BCB, ou mesmo definir mandatos fixos às autoridades mencionadas na LC nº 179, de 2021. Quanto ao último ponto, ao contrário, a norma impugnada dispõe de forma objetiva e transparente sobre a forma de nomeação e exoneração do Presidente e dos Diretores do BCB, de modo a regulamentar o disposto no art. 84, inciso XIV, da Constituição.

27. Por fim, no que tange à alegada “*proibição ao retrocesso*”, além de a petição inicial ser de difícil compreensão nesse aspecto, não há precisão e coerência na argumentação, que aduz termos vagos e genéricos como “*degradação de valores do trabalho*”, “*o abalo negativo nos direitos sociais e dos trabalhadores, com potencialidade real de piora na condição social do trabalhador e da dignidade do cidadão brasileiro*”, e parte do pressuposto de “*ausência de participação popular*” na condução da política monetária e de crédito por parte do BCB, olvidando-se de que este continuará a ter Presidente e Diretores escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado e que os atos do BCB permanecerão sob o escrutínio do Poder Judiciário e demais órgãos de controle interno (Controladoria-Geral da União) e externo (Tribunal de Contas da União) da Administração Pública federal.

28. Também se observa que várias afirmações contidas na petição inicial que supostamente dariam suporte à inconstitucionalidade material da LC nº 179, de 2021, são destituídas de parâmetro de constitucionalidade.

29. Veja-se, como exemplo, a alegação de que a existência de BCB autônomo “*de fato*” desautorizaria a edição da LC nº 179, de 2021. Qual o parâmetro de constitucionalidade para que o STF aprecie essa suposta inconstitucionalidade da LC nº 179, de 2021, apenas porque o BCB já possuiria autonomia “*de fato*”? A petição inicial não indica.

30. Há outros exemplos de alegações de inconstitucionalidade material sem embasamento constitucional algum, como a adoção de “*quarentena*” ampliada para o Presidente e os Diretores após deixarem os cargos, o “*engessamento na exoneração*”, a suposta desregulamentação do sistema de

controle e de fiscalização do sistema financeiro nacional (SFN). A argumentação da parte autora, nos pontos mencionados, é, quando muito, metajurídica. Não há a indicação de qualquer norma ou princípio constitucional que fundamente as alegações de inconstitucionalidade.

31. Verifica-se, assim, que a petição inicial, na parte concernente à alegada inconstitucionalidade material, não preenche os requisitos previstos no art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.868, de 1999, por lhe faltar (a) um mínimo de correlação entre os dispositivos constitucionais indicados e a fundamentação jurídica do pedido; (b) clareza quanto às alegações demasiadamente genéricas de inconstitucionalidade; e (c) indicação de parâmetro mínimo de constitucionalidade.

32. Assim, em razão do não atendimento dos requisitos previstos no art. 3º da Lei nº 9.868, de 1998, o caso é, na forma dos precedentes do STF referenciados, de aplicação do art. 4º do mencionado normativo, com o reconhecimento da inépcia da inicial no tocante à alegada inconstitucionalidade material da LC nº 179, de 2021.

III. HISTÓRICO DO PROCESSO LEGISLATIVO QUE DEU ORIGEM À LEI COMPLEMENTAR Nº 179, DE 2021.

33. Antes de analisar as alegações de mérito da ADI nº 6.696, faz-se necessário relatar o processo legislativo que deu origem à LC nº 179, de 2021. O relato minudente a seguir formulado será capaz de demonstrar a perfeita regularidade e aderência aos trâmites constitucionais e regimentais da LC nº 179, de 2021, afastando, por consequência, as alegações de inconstitucionalidade formal formuladas.

1) Iniciativa do Presidente da República

34. Em 17 de abril de 2019, o Presidente da República encaminhou à Câmara dos Deputados, por meio do Ofício nº 77/2019/CC/PR, projeto de lei que “*dispõe sobre a autonomia técnica, operacional, administrativa e financeira do Banco Central do Brasil, define seus objetivos e altera a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*”.

35. Consoante se observa na Exposição de Motivos Interministerial (EMI) nº 25/2019 BACEN ME, de 11 de abril de 2019³, as razões que recomendaram a adoção da Lei Complementar haviam sido submetidas à Presidência da República por iniciativa do Ministro de Estado Presidente do BCB e do Ministro de Estado da Economia.

36. O anteprojeto de lei em apreço, entre outros pontos, previa os objetivos da atuação do BCB (art. 2º) e as competências do Conselho Monetário Nacional (CMN) para fixar as metas de política monetária e do BCB para conduzir a política necessária ao cumprimento das metas fixadas pelo CMN (art. 3º). Os artigos 7º e 8º fixavam em quatro anos os mandatos do Presidente e dos Diretores do BCB, com início no dia 1º de março do correspondente ano. Os mandatos dos dirigentes eram fixados de maneira escalonada em relação ao mandato do Presidente da República, iniciando-se o mandato do Presidente do BCB no segundo ano de mandato do Presidente da República.

3 Documento disponível no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados: <<https://bit.ly/38lEvE3>>. Acesso em: 2 mar. 2021.

2) Tramitação na Câmara dos Deputados (PLP nº 112, de 2019)

37. Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei Complementar (PLP) de iniciativa do Presidente da República foi denominado PLP nº 112, de 2019, e, na mesma data em que enviado, 17 de abril de 2019, foi afetado ao Plenário⁴.

38. Em 18 de junho de 2019, o PLP nº 112, de 2019, foi apensado ao PLP nº 200, de 1989. Este último, por sua vez, foi proposto em 30 de novembro de 1989 pelo Senador Itamar Franco, com o fim de “*regulamentar o disposto no art. 192, inciso V, da Constituição Federal de 1988*” e dispor sobre “*os requisitos para o exercício dos cargos de diretoria e presidência do Banco Central do Brasil*”.

39. Em seguida, o projeto de lei que confere autonomia ao BCB passou a tramitar em regime de urgência, nos termos do art. 155 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), e foi recebido na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), bem como na Coordenação de Comissões Permanentes. Entretanto, o projeto ficou sem movimentação do dia 18 de junho de 2019 até o dia 9 de fevereiro de 2021 (aproximadamente um ano e sete meses), quando foi desapensado do PLP nº 200, de 1989, e apensado ao PLP nº 19, de 2019, advindo do Senado Federal, cuja tramitação se relata a seguir.

3) Tramitação no Senado Federal (PLP nº 19, de 2019)

40. O PLP nº 19, de 2019, foi apresentado ao Senado Federal pelo Senador Plínio Valério, em 12 de fevereiro de 2019.

41. Inicialmente, o PLP nº 19, de 2019, tinha por objeto “*conferir autonomia formal ao BC para que execute suas atividades essenciais ao país sem sofrer pressões político-partidárias*”, dispondo basicamente sobre a autonomia do BCB e a nomeação e exoneração de seu Presidente e de seus Diretores, contando apenas com 4 artigos, caso se excluíssem as previsões de revogações e início de vigência, nele não se referindo, sequer, aos objetivos do BCB em sua atuação⁵.

42. Conforme o documentado nas diferentes fases da tramitação do PLP nº 19, de 2019, a abrangência do projeto foi ampliada para contemplar justamente o texto proposto pelo Poder Executivo na Câmara dos Deputados (o já referido PLP nº 112, de 2019). Com efeito, os relatórios produzidos pelo Relator do projeto, Senador Telmário Mota, em apreciação às emendas apresentadas pelos parlamentares, revelam que o substitutivo do projeto foi extensivamente discutido com representantes do Poder Executivo⁶.

43. Uma das primeiras modificações que atestam esse alinhamento com o texto da proposição apresentada pelo Presidente da República pode ser vislumbrada pela ampliação dos objetivos do BCB. No PLP nº 112, de 2019, do Executivo (que estava paralisado na Câmara), já constava como

4 Andamento disponível no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198617>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

5 O inteiro teor do PLP nº 19, de 2019, em sua versão original, pode ser consultado no sítio eletrônico do Senado. Disponível em: <<https://bit.ly/3tEhVP8>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

6 Relatório Legislativo de Plenário, de 19.10.2020, do Senador Telmário Mota. Disponível em: <<https://bit.ly/3eYoQLO>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

objetivo fundamental da Autarquia “assegurar a estabilidade de preços”, enquanto o PLP nº 19, de 2019, do Senado, nada mencionava a respeito dos objetivos do BCB. Após sua discussão e votação, no entanto, passaram a constar no substitutivo do Projeto do Senado (PLP nº 19, de 2019) – além do objetivo primordial já previsto no Projeto de Lei do Executivo –, também os objetivos de “zelar pela estabilidade e pela eficiência do sistema financeiro, suavizar as flutuações do nível de atividade econômica e fomentar o pleno emprego”⁷.

44. Sobre o tema, eis o que se expõe no Parecer do Senador Telmário Mota, que acatou a Emenda nº 4, de autoria do Senador Eduardo Braga, prestigiando, no entanto, a redação constante da Emenda nº 5, de autoria do Senador Tasso Jereissati:

“Quanto à emenda do Senador Eduardo Braga defendendo o crescimento econômico e o pleno emprego como objetivos do BC, a avaliação inicial, acolhida pela Comissão de Assuntos Econômicos, foi de que bancos centrais não têm o condão de afetar o crescimento sustentável, ou seja, de longo prazo, razão pela qual a prática internacional atribui a bancos centrais o objetivo fundamental de assegurar a estabilidade de preços. Bancos centrais devem ser isolados da influência política para evitar a utilização de política monetária inadequada com objetivo de gerar crescimento insustentável de curto prazo, ao sabor das influências advindas do ciclo político, que, ao fim e ao cabo, resultam na desancoragem das expectativas, no crescimento da inflação corrente e na redução do crescimento econômico, com impacto negativo no nível de emprego.

No meu último relatório àquela Comissão, destaquei que atribuir mandato duplo abriria espaço para o Banco Central ser afetado pelo ciclo político, sendo potencialmente mais pressionado a estimular a atividade econômica e o emprego no curto prazo, visando benefícios políticos e eleitorais, em detrimento de uma inflação mais alta no futuro próximo (dilema entre curto versus longo prazo).

Por outro lado, as novas interações ocorridas posteriormente à conclusão da análise da matéria pela Comissão de Assuntos Econômicos, todavia, com a participação do Senador Eduardo Braga e de representantes do Banco Central, permitiram compreender que é possível contemplar na atuação do Banco Central as legítimas preocupações com o pleno emprego, sem dar azo aos riscos cogitados na minha última manifestação.

Com efeito, até mesmo como decorrência dos fatores anteriores (estabilidade e eficiência do sistema financeiro e suavização das flutuações do nível de atividade econômica), a busca do pleno emprego tem maiores possibilidades de ser bem-sucedida numa economia em que as flutuações do nível de atividade econômica são graduais, o sistema financeiro é robusto e funciona de maneira eficiente e a moeda soberana retém o seu valor.

*Por tudo isso, faz-se necessário contemplar expressamente no mandato legal que, sem prejuízo de sua missão fundamental de assegurar a estabilidade monetária, o Banco Central deve atuar não apenas em busca da estabilidade e eficiência do sistema financeiro e da suavização das flutuações do nível de atividade econômica, mas também, na medida de suas possibilidades, para fomentar o pleno emprego. A inserção desses objetivos.”*⁸

⁷ Emenda nº 5 de autoria do Senador Tasso Jereissati

⁸ Conforme Parecer apresentado na Sessão Deliberativa Remota realizada em 3/11/2020, pelo Relator Senador Telmário Mota. Disponível em: <<https://bit.ly/2OJ1BoL>>. Acesso em: 20 mar. 2021. Destaques acrescidos.

45. A par disso, as demais alterações do substitutivo aprovado orientaram-se no sentido de incorporar ao projeto do Senado a proposição que fora enviada pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados. Com efeito, alinhando-se ao PLP nº 112, de 2019, de iniciativa do Poder Executivo, o substitutivo do PLP nº 19, de 2019, passou a conter determinação no sentido de que o CMN estabeleça as metas para a política monetária, cabendo ao BCB cumpri-las. Conforme justificado no Relatório mencionado,

“Além das prestações de contas ao Parlamento, essa é uma forma de submeter um banco central autônomo aos ditames de um governo eleito. Na prática, é o que ocorre atualmente com o Decreto nº 3.088, de 21 de junho de 1.999, que estabelece a sistemática de “metas para a inflação” como diretriz para fixação do regime de política monetária. Juridicamente, passará a ser uma exigência legal.”⁹

46. Além disso, o art. 6º do PLP nº 19, de 2019, passou a prever que o BCB seria “*autarquia de natureza especial*”, não se subordinando a nenhum ministério – precisamente a mesma fórmula utilizada no PLP nº 112, de 2019, de iniciativa do Poder Executivo. A propósito, assim consignou o aludido relatório:

“Na legislação em vigor, embora o Banco Central seja Autarquia federal, seu Presidente é titular de cargo de Ministro de Estado. Essa configuração dá certo nível de autonomia administrativa ao Banco Central, na medida em que o Presidente do Banco Central é auxiliar direto do Presidente da República (art. 76 da Constituição), o que permite que várias providências de natureza administrativa e operacional sejam realizadas diretamente pelo próprio Banco Central (sob a supervisão do Ministro de Estado Presidente do Banco Central, na forma do art. 87, parágrafo único, da Constituição), sem necessidade de intervenção de Ministério ao qual esteja vinculado. Afinal, não há de se falar de vinculação de um Ministro a outro Ministro. Ocorre que o cargo de Ministro é incompatível com mandato fixo, pois, por força da Constituição, o Ministro de Estado é livremente demissível pelo Presidente da República. Caso o PLP nº 19, de 2019, se limitasse a instituir mandatos fixos para os dirigentes do Banco Central, o Presidente da Autarquia deixaria de ser Ministro e, com isso, o Banco Central perderia o pouco de autonomia administrativa que hoje tem, retornando à condição de Autarquia integralmente supervisionada pelo Ministro da Economia. Em outras palavras: a mera atribuição de mandatos fixos não é suficiente para garantir autonomia ao Banco Central; ao revés, essa limitada alteração legal retiraria parte da autonomia que o Banco Central hoje tem.”¹⁰

47. Outrossim, o PLP nº 19, de 2019, passou a prever que o BCB seria órgão setorial em todos os sistemas da Administração Pública federal, estando, por conseguinte, no mesmo nível dos ministérios, tal qual previsto no PLP nº 112, de 2019, consoante justificado pelos parlamentares do Relatório de apresentação ao Plenário:

“A finalidade está em evitar que o Banco Central venha sofrer retrocessos em sua atual qualificação no âmbito da Administração Federal, permitindo que suas atividades continuem a ser desempenhadas com relativa autonomia administrativa e operacional frente aos Ministérios que compõem o Poder Executivo.”¹¹

⁹ Idem, ibidem.

¹⁰ Idem, ibidem.

¹¹ Idem, ibidem.

48. Dessa forma, pelo substitutivo aprovado no Senado, assim como no texto proposto pela Presidência da República, o BCB será órgão setorial em todos os sistemas da Administração Pública federal, como os de planejamento e orçamento, administração financeira, contabilidade, pessoal, controle interno, tecnologia da informação, gestão de documentos e outros.

48. Outras alterações foram realizadas, como a Emenda nº 7, de Plenário, de autoria da Senadora Rose de Freitas, acatada e incorporada ao substitutivo, que acrescentou disposição no sentido de que os currículos dos indicados aos cargos de presidente ou diretor do BCB deveriam ser disponibilizados para consulta pública e anexados no ato administrativo que fez a indicação. Também foi integralmente acatada a Emenda nº 8, de Plenário, do autor do PLP nº 19, de 2019, Senador Plínio Valério, sobre as atuais autoridades do BCB. Desse modo, passou a haver previsão do prazo de noventa dias após a vigência da lei para a nomeação do presidente e diretores, dispensando-se a aprovação pelo Senado para indicados que já estejam no exercício do cargo.

50. As Emendas nº 10, 12, 15 e 17, que foram parcialmente acatadas, pretendiam aumentar o período de quarentena para dois anos (conforme o texto das Emendas nº 10 e 12) ou para doze meses (consoante as Emendas nº 15 e 17). Os autores das referidas emendas argumentaram, em suma, que o período de seis meses para a quarentena seria curto demais e deveria ser proporcional à relevância do papel desempenhado pela pessoa que detém o cargo público. A propósito, deliberou-se que o prazo de quarentena deveria ser igual ao preconizado na Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego e estabelece o prazo de seis meses (art. 6º, inciso II).

51. Enfim, a Emenda nº 17 foi acatada no que dispôs sobre o período de três anos nos quais as ex-autoridades do BCB deveriam encaminhar relatórios semestrais ao BCB sobre atividades desempenhadas com potencial conflito de interesses, bem como quanto à disposição de que, durante o período de quarentena, a ex-autoridade deve receber remuneração compensatória a ser paga pelo BCB.

52. Ao fim da discussão e votação, o texto aprovado no Senado Federal passou a equivaler, em grande medida, ao PLP nº 112, de 2019, de autoria do Poder Executivo. A afinidade entre os projetos pode ser evidenciada na tabela abaixo, com a comparação entre o teor do PLP nº 112, de 2019, de autoria do Poder Executivo, e o teor do PLP nº 19, de 2019, do Senado Federal, tal qual foram encaminhados para apreciação e votação na Câmara dos Deputados, ao fim de cada ponto, indica-se se o tema era ou não abordado no PLP nº 19, de 2019 em sua redação original:

PLP nº 112, de 2019 (Autoria do Poder Executivo)	Versão original do PLP nº 19, de 2019 (Autoria do Senador Plínio Valério)	Projeto de Lei nº 19, de 2019 (Encaminhado pelo Senado Federal à Câmara dos Deputados)
Art. 1º Esta Lei Complementar define os objetivos do Banco Central do Brasil e dispõe sobre a sua autonomia técnica, operacional, administrativa e financeira e sobre os mandatos de seus dirigentes.	Dispõe sobre nomeação e demissão do Presidente e diretores do Banco Central do Brasil.	(Ementa) Define os objetivos do Banco Central do Brasil e dispõe sobre sua autonomia e sobre a nomeação e demissão de seu Presidente e de seus Diretores.
Art. 2º O Banco Central do Brasil tem por objetivo fundamental assegurar a estabilidade de preços. Parágrafo único. Sem prejuízo de seu objetivo fundamental, o Banco Central do Brasil também tem por objetivo zelar pela estabilidade financeira.	NIHIL	Art. 1º O Banco Central do Brasil tem por objetivo fundamental assegurar a estabilidade de preços. Parágrafo único. Sem prejuízo de seu objetivo fundamental, o Banco Central do Brasil também tem por objetivos zelar pela estabilidade e pela eficiência do sistema financeiro, suavizar as flutuações do nível de atividade econômica e fomentar o pleno emprego.
Art. 3º As metas de política monetária serão estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional e competirá privativamente ao Banco Central do Brasil conduzir a política monetária necessária para o cumprimento das metas estabelecidas.	NIHIL	Art. 2º As metas de política monetária serão estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, competindo privativamente ao Banco Central do Brasil conduzir a política monetária necessária para o cumprimento das metas estabelecidas.
Art. 4º O Banco Central do Brasil é autarquia de natureza especial caracterizada pela ausência de vinculação a Ministério, de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia técnica, operacional, administrativa e financeira, pela investidura a termo de seus dirigentes e pela estabilidade durante seus mandatos, e pelas demais disposições constantes desta Lei Complementar ou de leis específicas destinadas à sua implementação.		Art. 6º O Banco Central do Brasil é autarquia de natureza especial caracterizada pela ausência de vinculação a Ministério, de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia técnica, operacional, administrativa e financeira, pela investidura a termo de seus dirigentes e pela estabilidade durante seus mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei Complementar ou de leis específicas destinadas à sua implementação.

(continua)

(continuação)

<p>§ 1º O Banco Central do Brasil corresponderá a órgão setorial nos sistemas da administração pública federal, inclusive para os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal, de Pessoal Civil da Administração Pública Federal, de Controle Interno do Poder Executivo Federal, de Organização e Inovação Institucional do Governo Federal, de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação, de Gestão de Documentos de Arquivo e de Serviços Gerais.</p> <p>§ 2º Quando necessário ao registro, ao acompanhamento e ao controle dos fatos ligados à sua gestão e à formalização, à execução e ao registro de seus atos e contratos de qualquer natureza, o Banco Central do Brasil poderá optar pela utilização de sistemas informatizados próprios, compatíveis com sua natureza especial, sem prejuízo da utilização ou integração com os sistemas estruturantes da administração pública federal.</p> <p>§ 3º Os balanços do Banco Central do Brasil serão apurados anualmente e considerarão o período de 1º de janeiro a 31 de dezembro, inclusive para fins de destinação ou cobertura de seus resultados e constituição de reservas.</p>	<p>NIHIL</p>	<p>§ 1º O Banco Central do Brasil corresponderá a órgão setorial nos sistemas da Administração Pública Federal, inclusive nos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal, de Pessoal Civil da Administração Pública Federal, de Controle Interno do Poder Executivo Federal, de Organização e Inovação Institucional do Governo Federal, de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação, de Gestão de Documentos de Arquivo e de Serviços Gerais.</p> <p>§ 2º Quando necessário ao registro, ao acompanhamento e ao controle dos fatos ligados à sua gestão e à formalização, à execução e ao registro de seus atos e contratos de qualquer natureza, o Banco Central do Brasil poderá optar pela utilização de sistemas informatizados próprios, compatíveis com sua natureza especial, sem prejuízo da integração com os sistemas estruturantes da Administração Pública Federal.</p> <p>§ 3º Os balanços do Banco Central do Brasil serão apurados anualmente e considerarão o período de 1º de janeiro a 31 de dezembro, inclusive para fins de destinação ou cobertura de seus resultados e constituição de reservas.</p> <p>§ 4º Os resultados do Banco Central do Brasil, consideradas todas as suas receitas e despesas, de qualquer natureza, serão apurados pelo regime de competência, devendo sua destinação ou cobertura observar o disposto na Lei nº 13.820, de 3 de maio de 2019.</p> <p>§ 5º As demonstrações financeiras do Banco Central do Brasil serão elaboradas em conformidade com o padrão contábil aprovado na forma do art. 4º, inciso XXVII, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, aplicando-se, subsidiariamente, as normas previstas na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.</p>
---	---------------------	--

<p>Art. 5º O Banco Central do Brasil será administrado por Diretoria Colegiada, composta por um Presidente e oito Diretores, escolhidos dentre cidadãos brasileiros que, cumulativamente:</p> <p>I - tenham idoneidade e reputação ilibada; e</p> <p>II - tenham comprovados conhecimentos que os qualifiquem para a função.</p> <p>§ 1º Os cargos de Presidente e de Diretor do Banco Central do Brasil são de Natureza Especial.</p> <p>§ 2º A Diretoria Colegiada fixará os critérios para o provimento das Funções Comissionadas do Banco Central - FCBC, de exercício privativo dos membros das carreiras do Banco Central do Brasil.</p>	<p>NIHIL</p>	<p>Art. 3º A Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil terá nove membros, sendo um deles o seu Presidente, todos nomeados pelo Presidente da República entre brasileiros idôneos, de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros ou comprovados conhecimentos que os qualifiquem para a função.</p>
<p>Art. 6º O Presidente e os Diretores do Banco Central do Brasil:</p> <p>I - serão indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados após a aprovação da indicação pelo Senado Federal;</p> <p>II - poderão ser reconduzidos uma vez, por decisão do Presidente da República, sem prejuízo de novas indicações para mandatos não consecutivos, observado, nesta hipótese, o disposto no inciso I; e</p> <p>III - serão exonerados pelo Presidente da República nas seguintes hipóteses:</p> <p>a) a pedido;</p> <p>b) por acometimento de enfermidade que incapacite o titular para o exercício do cargo;</p> <p>c) quando sofrerem condenação, mediante decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, pela prática de ato de improbidade administrativa ou de crime cuja pena acarrete, ainda que temporariamente, a proibição ao acesso a cargos públicos;</p> <p>d) quando apresentarem comprovado e recorrente desempenho insuficiente para o alcance dos objetivos do Banco Central do Brasil de que trata o art. 2º.</p>	<p>Art. 2º O Presidente da República, no segundo semestre do seu segundo ano de mandato, indicará os nomes para Presidente e Diretores do Banco Central do Brasil, que terão mandatos de quatro anos, admitida uma recondução, observadas as seguintes condições:</p> <p>I – os mandatos do Presidente do Banco Central e de sua diretoria se iniciarão no primeiro dia útil do terceiro ano do mandato do Presidente da República;</p> <p>II – os indicados serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação de seus nomes pelo Senado Federal, em votação secreta, precedida de arguição pública;</p> <p>III – somente perderão seus mandatos nos casos de:</p> <p>a) condenação criminal transitada em julgado;</p> <p>b) pedido de dispensa formulado pelo próprio interessado, cujas razões devem ser encaminhadas ao Presidente da República e ao Senado Federal;</p>	<p>Art. 5º O Presidente e os Diretores do Banco Central do Brasil serão exonerados pelo Presidente da República:</p> <p>I – a pedido;</p> <p>II – no caso de acometimento de enfermidade que incapacite o titular para o exercício do cargo;</p> <p>III – quando sofrerem condenação, mediante decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, pela prática de ato de improbidade administrativa ou de crime cuja pena acarrete, ainda que temporariamente, a proibição de acesso a cargos públicos;</p> <p>IV – quando apresentarem comprovado e recorrente desempenho insuficiente para o alcance dos objetivos do Banco Central do Brasil.</p>

(continua)

(continuação)

<p>§ 1º Na hipótese prevista na alínea “d” do inciso III do caput, compete ao Conselho Monetário Nacional submeter ao Presidente da República a proposta de exoneração.</p> <p>§ 2º Na hipótese de que trata a alínea “d” do inciso III do caput, o ato de exoneração dependerá de aprovação prévia por maioria absoluta dos membros do Senado Federal.</p> <p>§ 3º Na hipótese de vacância do cargo de Presidente ou de Diretor do Banco Central do Brasil, um substituto será indicado e nomeado para completar o mandato, observados os procedimentos estabelecidos no inciso I do caput, situação em que a posse deverá ocorrer no prazo de quinze dias, contado da data de aprovação da indicação pelo Senado Federal.</p> <p>§ 4º Na hipótese prevista no § 3º, o cargo de Presidente do Banco Central do Brasil será exercido interinamente pelo Diretor com mais tempo de exercício no cargo e, dentre os Diretores com o mesmo tempo de exercício, o mais idoso, até a nomeação de novo Presidente.</p>	<p>c) demissão por iniciativa do Presidente da República, com justificação acompanhada da exposição de motivos, aprovada pelo Senado Federal, mediante votação secreta, sendo assegurada ao dirigente a oportunidade de esclarecimento e defesa, em sessão pública, anterior à deliberação. § 1º Fica dispensada a aprovação pelo Senado Federal que trata o art. 1º, inciso I, no caso de o primeiro indicado para cada um dos cargos da diretoria, após a publicação desta Lei, já estiver no exercício daquele cargo.</p>	<p>§ 1º Na hipótese de que trata o inciso IV, compete ao Conselho Monetário Nacional submeter ao Presidente da República a proposta de exoneração, cujo aperfeiçoamento ficará condicionado à prévia aprovação por maioria absoluta do Senado Federal.</p> <p>§ 2º Ocorrendo vacância do cargo de Presidente ou de Diretor do Banco Central do Brasil, um substituto será indicado e nomeado para completar o mandato, observados os procedimentos estabelecidos no art. 3º, devendo a posse ocorrer no prazo de quinze dias, contado da aprovação do nome pelo Senado Federal.</p> <p>§ 3º Na hipótese do § 2º, o cargo de Presidente do Banco Central do Brasil será exercido interinamente pelo Diretor com mais tempo no exercício do cargo e, dentre os Diretores com o mesmo tempo de exercício, pelo mais idoso, até a nomeação de novo Presidente.</p>
--	--	--

<p>Art. 7º O mandato do Presidente do Banco Central do Brasil terá duração de quatro anos, com início no dia 1º de março do segundo ano de mandato do Presidente da República.</p>	<p>Art. 2º O Presidente da República, no segundo semestre do seu segundo ano de mandato, indicará os nomes para Presidente e Diretores do Banco Central do Brasil, que terão mandatos de quatro anos, admitida uma recondução, observadas as seguintes condições:</p>	<p>Art. 4º O Presidente e os Diretores do Banco Central do Brasil serão indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação de seus nomes pelo Senado Federal.</p> <p>§ 1º O mandato do Presidente do Banco Central do Brasil terá duração de quatro anos, com início no dia 1º de janeiro do terceiro ano de mandato do Presidente da República.</p>
<p>Art. 8º Os mandatos dos Diretores do Banco Central do Brasil terão duração de quatro anos, observada a seguinte escala: I - dois Diretores terão mandato com início no dia 1º de março do primeiro ano de mandato do Presidente da República; II - dois Diretores terão mandato com início no dia 1º de março do segundo ano de mandato do Presidente da República; III - dois Diretores terão mandato com início no dia 1º de março do terceiro ano de mandato do Presidente da República; e IV - dois Diretores terão mandato com início no dia 1º de março do quarto ano de mandato do Presidente da República.</p>	<p>Art. 2º O Presidente da República, no segundo semestre do seu segundo ano de mandato, indicará os nomes para Presidente e Diretores do Banco Central do Brasil, que terão mandatos de quatro anos, admitida uma recondução, observadas as seguintes condições:</p>	<p>Art. 4º (...)</p> <p>§ 2º Os mandatos dos Diretores do Banco Central do Brasil terão duração de quatro anos, observando-se a seguinte escala: I – dois Diretores terão mandatos com início no dia 1º de março do primeiro ano de mandato do Presidente da República; II – dois Diretores terão mandatos com início no dia 1º de janeiro do segundo ano de mandato do Presidente da República; III – dois Diretores terão mandatos com início no dia 1º de janeiro do terceiro ano de mandato do Presidente da República; e IV – dois Diretores terão mandatos com início no dia 1º de janeiro do quarto ano de mandato do Presidente da República.</p> <p>§ 3º O Presidente e os Diretores do Banco Central do Brasil poderão ser reconduzidos uma vez, por decisão do Presidente da República, observando-se o disposto no caput na hipótese de novas indicações para mandatos não consecutivos.</p> <p>§ 4º O prazo de gestão do Presidente e de cada um dos Diretores do Banco Central do Brasil se estenderá até a investidura do sucessor no cargo.</p>

<p>Art. 9º A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>“Art. 10.</p> <p>IV - receber os recolhimentos compulsórios de que trata o inciso III e, ainda, os depósitos voluntários à vista ou a prazo das instituições financeiras, consoante remuneração, limites, prazos, formas de negociação e outras condições estabelecidos em regulamentação por ele editada;</p> <p>V - realizar operações de redesconto e empréstimo com instituições financeiras públicas e privadas, consoante remuneração, limites, prazos, garantias, formas de negociação e outras condições estabelecidos em regulamentação por ele editada;</p> <p>.....</p> <p>XII - efetuar, como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais, consoante remuneração, limites, prazos, formas de negociação e outras condições estabelecidos em regulamentação por ele editada, sem prejuízo do disposto no art. 39 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000;</p> <p>.....</p> <p>XIV - aprovar seu regimento interno; e</p> <p>XV - efetuar, como instrumento de política cambial, operações de compra e venda de moeda estrangeira e operações com instrumentos derivativos no mercado interno, consoante remuneração, limites, prazos, formas de negociação e outras condições estabelecidos em regulamentação por ele editada.</p> <p>.....</p> <p>§ 3º O Banco Central do Brasil informará previamente ao Conselho Monetário Nacional sobre o deferimento de operações na forma estabelecida no inciso V do caput sempre que identificar a possibilidade de impacto fiscal relevante.” (NR)</p>	<p>NIHIL</p>	<p>Art. 7º O art. 10 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>“Art. 10.</p> <p>V - realizar operações de redesconto e empréstimo com instituições financeiras públicas e privadas, consoante remuneração, limites, prazos, garantias, formas de negociação e outras condições estabelecidos em regulamentação por ele editada;</p> <p>.....</p> <p>XII - efetuar, como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais, consoante remuneração, limites, prazos, formas de negociação e outras condições estabelecidos em regulamentação por ele editada, sem prejuízo do disposto no art. 39 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000;</p> <p>.....</p> <p>XIV - aprovar seu regimento interno; e</p> <p>XV - efetuar, como instrumento de política cambial, operações de compra e venda de moeda estrangeira e operações com instrumentos derivativos no mercado interno, consoante remuneração, limites, prazos, formas de negociação e outras condições estabelecidos em regulamentação por ele editada.</p> <p>.....</p> <p>§ 3º O Banco Central do Brasil informará previamente ao Conselho Monetário Nacional sobre o deferimento de operações na forma estabelecida no inciso V do caput, sempre que identificar a possibilidade de impacto fiscal relevante.” (NR)</p>
---	---------------------	--

	<p>Art. 3º É vedado ao Presidente e aos diretores do Banco Central do Brasil:</p> <p>I – exercer qualquer outro cargo, emprego ou função, públicos ou privados, exceto o de professor;</p> <p>II – manter participação acionária, direta ou indireta, em instituição do sistema financeiro que esteja sob supervisão ou fiscalização do Banco Central do Brasil, incompatibilidade que se estende aos cônjuges, concubinos e aos parentes até o segundo grau;</p> <p>III – participar do controle societário ou exercer qualquer atividade profissional direta ou indiretamente, com ou sem vínculo empregatício, junto a instituições do Sistema Financeiro Nacional, após o exercício do mandato, a exoneração a pedido ou demissão justificada, por um período de seis meses;</p> <p>IV – intervir em qualquer matéria em que tiver interesse conflitante com os objetivos do Banco Central do Brasil, bem como participar de deliberação que, a respeito, tomarem os demais membros do órgão, devendo SF/19107.44993-06 3 dar-lhes ciência do fato e fazer constar em ata a natureza e extensão de seu impedimento;</p> <p>V – valer-se de informação à qual tenha acesso privilegiado em razão do exercício do cargo, relativa ao fato ou ato relevante não divulgado ao mercado, ou dela se utilizar para obter, para si ou para outrem, vantagem de qualquer natureza.</p> <p>§ 1º Os dirigentes a que se refere o caput deste artigo guardarão sigilo das informações relativas às matérias em exame no Banco Central do Brasil, até sua divulgação ao público.</p>	<p>Art. 10. É vedado ao Presidente e aos diretores do Banco Central do Brasil:</p> <p>I – exercer qualquer outro cargo, emprego ou função, públicos ou privados, exceto o de professor;</p> <p>II – manter participação acionária, direta ou indireta, em instituição do sistema financeiro que esteja sob supervisão ou fiscalização do Banco Central do Brasil, incompatibilidade que se estende a cônjuges e parentes até o segundo grau.</p> <p>III – participar do controle societário ou exercer qualquer atividade profissional direta ou indiretamente, com ou sem vínculo empregatício, junto a instituições do Sistema Financeiro Nacional, após o exercício do mandato, a exoneração a pedido ou demissão justificada, por um período de seis meses.</p> <p>Parágrafo único. No período de que trata o inciso III deste artigo, fica assegurado à ex-autoridade o recebimento da remuneração compensatória a ser paga pelo Banco Central do Brasil.</p>
--	---	--

(continua)

(continuação)

	<p>§ 2º Durante o impedimento de que trata o inciso III do art. 3º, fica assegurado aos ex-dirigentes que cumprirem integralmente o mandato para o qual foram eleitos, ou dele se afastarem por incapacidade física ou psicológica, comprovada mediante laudo de junta médica oficial, o recebimento, em caráter pessoal e intransferível, dos proventos do cargo exercido, salvo na hipótese de ocupar novo cargo, emprego ou função pública, ou ainda cargo, emprego ou função no setor privado que não colida com o disposto naquele inciso.</p>	
<p>Art. 10. Ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude, os integrantes da Diretoria Colegiada e os membros das carreiras do Banco Central do Brasil não serão passíveis de responsabilização por atos praticados no exercício de suas atribuições.</p> <p>Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo aos ex-ocupantes dos cargos referidos no caput quanto aos atos praticados no exercício das atribuições funcionais.</p>		

<p>Art. II. Sem prejuízo das obrigações previstas na legislação em vigor, o Banco Central do Brasil utilizará os seguintes instrumentos de transparência e prestação de contas quanto à manutenção da estabilidade monetária e financeira e à sua gestão, os quais serão amplamente divulgados, inclusive em meios eletrônicos de acesso público:</p> <p>I - comunicados e atas das reuniões para formulação da política monetária;</p> <p>II - relatório de inflação, que abordará a condução da política monetária, os resultados de suas decisões passadas e a avaliação prospectiva da inflação;</p> <p>III - relatório de estabilidade financeira, que abordará a evolução e as perspectivas da estabilidade financeira, com foco nos principais riscos, nas medidas adotadas para mitigá-los e na avaliação da resiliência do sistema financeiro;</p> <p>IV - indicadores de conjuntura econômico-financeira e outras informações de interesse coletivo ou geral;</p> <p>V - consultas públicas e outros mecanismos de participação popular na elaboração e na discussão de minutas de atos normativos, quando julgados convenientes para colher subsídios sobre assuntos de interesse geral; e VI - relatório da administração, demonstrações contábeis e financeiras e relatório de execução orçamentária e financeira.</p> <p>Parágrafo único. Sem prejuízo da prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, as demonstrações financeiras do Banco Central do Brasil serão auditadas por empresa de auditoria independente, cujos relatórios serão amplamente divulgados, inclusive em meios eletrônicos de acesso público.</p>	<p>Art. 4º O Presidente do Banco Central do Brasil deverá apresentar no primeiro e segundo semestres de cada ano o relatório de inflação e o relatório de estabilidade financeira, explicando as decisões tomadas no semestre anterior, no Senado Federal, em arguição pública.</p>	<p>Art. II. O Presidente do Banco Central do Brasil deverá apresentar no primeiro e no segundo semestres de cada ano relatório de inflação e relatório de estabilidade financeira, explicando as decisões tomadas no semestre anterior, no Senado Federal, em arguição pública.</p>
--	---	---

<p>Art. 12. No dia 1º de março de 2020, deverão ser nomeados um Presidente e oito Diretores do Banco Central do Brasil, cujos mandatos atenderão à seguinte escala, dispensada nova aprovação pelo Senado Federal para os indicados que, na ocasião, já estejam no exercício do cargo:</p> <p>I - o Presidente e dois Diretores terão mandatos de quatro anos;</p> <p>II - dois Diretores terão mandatos de três anos;</p> <p>III - dois Diretores terão mandatos de dois anos; e</p> <p>IV - dois Diretores terão mandatos de um ano.</p> <p>Parágrafo único. Observado o disposto no inciso II do caput do art. 6º, no art. 7º e no art. 8º, será admitida uma recondução para o Presidente e para os Diretores do Banco Central do Brasil que houverem sido nomeados na forma prevista neste artigo.</p>	NIHIL	<p>Art. 8º Em até 90 (noventa) dias após a vigência desta Lei Complementar, deverão ser nomeados Presidente e oito Diretores do Banco Central do Brasil, cujos mandatos atenderão à seguinte escala, dispensando-se nova aprovação pelo Senado Federal para os indicados que, na ocasião, já estejam no exercício do cargo:</p> <p>I – o Presidente e dois Diretores terão mandatos até o dia 31 de dezembro de 2024;</p> <p>II – dois Diretores terão mandatos até o dia 31 de dezembro de 2023;</p> <p>III – dois Diretores terão mandatos até o dia 28 de fevereiro de 2023;</p> <p>IV – dois Diretores terão mandatos até o dia 31 de dezembro de 2021.</p> <p>Parágrafo único. Será admitida uma recondução para o Presidente e para os Diretores do Banco Central do Brasil que houverem sido nomeados na forma prevista neste artigo.</p>
<p>Art. 13. O cargo de Ministro de Estado Presidente do Banco Central do Brasil fica transformado no cargo de Natureza Especial de Presidente do Banco Central do Brasil.</p>	NIHIL	<p>Art. 9º O cargo de Ministro de Estado Presidente do Banco Central do Brasil fica transformado no cargo de Natureza Especial de Presidente do Banco Central do Brasil.</p>
<p>Art. 14. Ficam revogados:</p> <p>I - em 1º de março de 2020, o inciso VII do caput do art. 20 da Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019; e</p> <p>II - na data de publicação desta Lei Complementar:</p> <p>a) os seguintes dispositivos da Lei nº 4.595, de 1964;</p> <p>1. os incisos I, II e III do caput do art. 3º;</p> <p>2. os incisos I, II, XIV, XVI, XVII, XIX e XXV do caput e o § 3º do art. 4º;</p> <p>3. o art. 6º;</p> <p>4. o art. 7º;</p> <p>5. o inciso IV do caput do art. 11; e</p> <p>6. o art. 14; e</p> <p>b) o art. 11 da Lei nº 9.069, de 29 de junho 1995.</p>	<p>Art. 5º Fica revogado o art. 14 da Lei nº 4.595, de 1964.</p>	<p>Art. 12 Ficam revogados:</p> <p>I - o inciso VII do caput do art. 20 da Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019;</p> <p>II - os seguintes dispositivos da Lei nº 4.595, de 1964:</p> <p>a) os incisos I, II e III do caput do art. 3º;</p> <p>b) os incisos I, II, XIV, XVI, XVII, XIX e XXV do caput e o § 3º do art. 4º;</p> <p>c) o art. 6º;</p> <p>d) o art. 7º;</p> <p>e) o inciso IV do caput do art. 11; e</p> <p>f) o art. 14; e</p> <p>III - o art. 11 da Lei nº 9.069, de 29 de junho 1995.</p>

	NIHIL	Art. 13 O curriculum dos indicados para ocupar o cargo de presidente e, ou de diretor do BACEN deverá ser disponibilizado para consulta pública e anexado no ato administrativo da referida indicação.
Art. 15. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos: I - a partir de 1º de janeiro de 2020, quanto ao disposto no art. 6º, no art. 7º e no art. 8º; II - a partir de 1º de março de 2020, quanto ao disposto no § 1º do art. 5º e no art. 13; e III - a partir da data de sua publicação, quanto aos demais dispositivos.	Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.	Art. 14 Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

53. Consoante se observa, não há diferenças substanciais entre os projetos de iniciativa do Executivo e a versão aprovada pelo Senado; tampouco criaram-se despesas. Em especial, pode-se destacar que a integralidade dos preceitos da versão final do PLP nº 19, de 2019, na forma aprovada pelo Senado, versou sobre matérias a cujo respeito já houvera a iniciativa do Presidente da República, mediante o encaminhamento do PLP nº 112, de 2019. É certo, ademais, que o cotejo acima realizado revela mais pontos de contato entre a versão final do PLP nº 19, de 2019, e o texto de iniciativa do Poder Executivo do que com o texto inicial da proposição.

54. O que se verifica é que as modificações do projeto inicial advindo do Senado, dentro da própria Casa Legislativa, alteraram o texto do PLP nº 19, de 2019, no sentido de alcançar a abrangência e o escopo do projeto de lei apresentado pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados. A aludida tramitação no Senado, que envolveu, como visto no Relatório de apresentação do texto ao plenário, discussões da matéria com o Poder Executivo, incluindo representantes do BCB, revela o intento de dar seguimento ao processo legislativo para aprovação de questão de tamanha relevância para o País, que já havia sido apresentada pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados.

4) Tramitação na Câmara dos Deputados do bloco de proposições relativo à autonomia do Banco Central do Brasil

55. O PLP nº 19, de 2019, com a redação final aprovada no Senado Federal, foi recebido na Câmara dos Deputados por meio Ofício nº 773/2020, de 10 de novembro de 2020, do Senado Federal.

56. A identidade entre o PLP nº 19, de 2019, aprovado pelo Senado Federal, e o PLP nº 112, de 2019, de iniciativa do Presidente da República, levou ao apensamento dos projetos, por despacho do Presidente da Câmara, em 9 de fevereiro de 2021, tendo sido ambos encaminhados para apreciação como o “bloco de proposições [...] cujo conteúdo também versa sobre a autonomia do Banco Central do Brasil”¹², nos termos do artigo 142 do RICD¹³.

57. É importante salientar que, em caso de tramitação conjunta, se um dos projetos semelhantes já houver sido aprovado pelo Senado, este encabeça a lista, tendo prioridade sobre os da Câmara, conforme o artigo 143 do RICD¹⁴.

58. Dessa feita, muito embora tenham tramitado conjuntamente na Câmara dos Deputados o PLP nº 112, de 2019, do Executivo, e o PLP nº 19, de 2019, do Senado, e tenham ambas as proposições o mesmo conteúdo material, o projeto do Senado, por disposição regimental da própria Câmara dos Deputados, teve preferência para discussão e votação.

12 Parecer proferido em Plenário pelo Relator na Câmara, Dep. Silvio Costa Filho (REPUBLIC-PE), pela Comissão de Constituição e Justiça e pela Comissão de Cidadania e pela Comissão de Finanças e Tributação, em 9.2.2021.

13 “Art. 142. Estando em curso duas ou mais proposições da mesma espécie, que regulem matéria idêntica ou correlata, é lícito promover sua tramitação conjunta, mediante requerimento de qualquer Comissão ou Deputado ao Presidente da Câmara, observando-se que: I - do despacho do Presidente caberá recurso para o Plenário, no prazo de cinco sessões contado de sua publicação; II - considera-se um só o parecer da Comissão sobre as proposições apensadas. (Primitivo inciso III renumerado pela Resolução nº 10, de 1991). Parágrafo único. A tramitação conjunta só será deferida se solicitada antes de a matéria entrar na Ordem do Dia ou, na hipótese do art. 24, II, antes do pronunciamento da única ou da primeira Comissão incumbida de examinar o mérito da proposição.”

14 “Art. 143. Na tramitação em conjunto ou por dependência, serão obedecidas as seguintes normas: I - ao processo da proposição que deva ter precedência serão apensos, sem incorporação, os demais; II - terá precedência: a) a proposição do Senado sobre a da Câmara; b) a mais antiga sobre as mais recentes proposições; III - em qualquer caso, as proposições serão incluídas conjuntamente na Ordem do Dia da mesma sessão. Parágrafo único. O regime especial de tramitação de uma proposição estende-se às demais que lhe estejam apensas.”

59. Outrossim, a ínfima diferença entre os projetos foi apreciada pela Câmara, tendo sido, inclusive, assim sintetizada no Parecer proferido em Plenário pelo Relator na Câmara, Deputado Silvio Costa Filho (REPUBLIC-PE), pela CCJ e pela Comissão de Finanças e Tributação (CFT), *verbis*:

“Ao Projeto de Lei Complementar nº 19, de 2019, foi apensado ao Projeto de Lei Complementar nº 112, de 2019, de autoria do Poder Executivo.

Sobre [re]ferido apensado, relatamos que, em grande medida, assemelha-se ao principal.

As principais diferenças dizem respeito a prever, no artigo 10, que, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude, os integrantes da Diretoria Colegiada e os membros das carreiras do Banco Central do Brasil não serão passíveis de responsabilização por atos praticados no exercício de suas atribuições.

Já o artigo 11 do apensado traz a lista de instrumentos de transparência e prestação de contas quanto à manutenção da estabilidade monetária e financeira e à gestão do BCB.

Finalmente, o artigo 9º do PLP 112, de 2019, traz dispositivos adicionais a serem alterados na Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1994, além daqueles previstos na proposição principal.”¹⁵

60. Durante a discussão da matéria, foram apresentadas 39 emendas de Plenário, as quais, no entanto, foram rejeitadas, conforme Parecer às emendas de plenário oferecidas ao PLP nº 19, de 2019, em 10 de fevereiro de 2021, prolatado pelo Deputado Silvio Costa Filho¹⁶.

61. Enfim, na Sessão Deliberativa Extraordinária virtual, que se iniciou em 10 de fevereiro de 2021, foi aprovado o PLP nº 19, de 2019, ressalvados os destaques. Tendo havido 339 votos pela aprovação e 114 pela não aprovação e uma abstenção. Superior, portanto, ao quórum de $\frac{3}{5}$ para aprovação de emenda à Constituição, de 308 votos! Situação análoga à aprovação do PLP no Senado, onde obteve 56 votos, sobejando o quórum de emenda constitucional de 49 votos.

62. Conforme previsão regimental, acima destacada, como consequência da aprovação, as proposições apensadas ficam prejudicadas, o que acarretou a desapensação automática do PLP nº 112, de 2019, e o encaminhamento do PLP nº 19, de 2019, à sanção pelo Presidente da República.

5) Sanção pelo Presidente da República e publicação

63. Com fundamento no art. 66, § 1º, da CRFB, o Presidente da República vetou parcialmente, por considerar contrários ao interesse público os incisos I e II do art. 10 do PLP nº 19, de 2019, os quais dispunham, respectivamente, que é vedado ao Presidente e aos Diretores do BCB exercer qualquer outro cargo, emprego ou função, público ou privado, exceto o de professor; bem como manter participação acionária, direta ou indireta, em instituição do sistema financeiro que esteja

¹⁵ Parecer proferido em Plenário pelo Relator na Câmara, Dep. Silvio Costa Filho (REPUBLIC-PE). Disponível em: <<https://bit.ly/3tC7UBW>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

¹⁶ Parecer às Emendas de Plenário Oferecidas ao PLP nº 19, de 2019, do Deputado Silvio Costa Filho. Disponível em: <<https://bit.ly/3lZL3nM>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

sob supervisão ou fiscalização do BCB, incompatibilidade que se estende a cônjuges e parentes até o segundo grau¹⁷.

64. Após a sanção dos demais dispositivos do projeto, vieram as fases de promulgação e publicação, o que ocorreu em 24 de fevereiro de 2021, tendo finalmente a LC nº 179 **entrado em vigor** em 25 de fevereiro, data de sua publicação no Diário Oficial da União.

IV. MÉRITO

65. Feita essa exposição introdutória sobre o processo legislativo, cumpre passar às considerações sobre o mérito da ADI nº 6.696. Demonstrar-se-á a seguir que, caso superadas as preliminares acima aduzidas, no mérito, a ação direta merece ser julgada improcedente, tanto em relação às alegadas inconstitucionalidades formais, quanto às supostas inconstitucionalidades materiais.

1) Constitucionalidade formal: regularidade do processo legislativo

a) A iniciativa concorrente para legislar sobre matéria financeira, cambial e monetária

66. Não procede a alegação de que a iniciativa de projetos de lei sobre as matérias versadas na LC nº 179, de 2021, seria privativa do Presidente da República. Como se demonstrará, a lei complementar questionada não dispõe sobre “*servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria*”, nem sobre “*criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI*”, como se alega na ADI nº 6.696, tampouco sobre qualquer matéria elencada no § 1º do art. 61 da CRFB, que trata da iniciativa de leis privativa do Presidente da República.

67. As leis que regulam os servidores públicos do BCB, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria são a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que “[d]ispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”, e a Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, que “[d]ispõe sobre o Plano de Carreira dos servidores do Banco Central e dá outras providências”. Não há nenhuma disposição da LC nº 179, de 2021, ora questionada, que promova a revogação, a alteração ou o acréscimo de qualquer disposição dos referidos diplomas legais.

68. Isso é o quanto basta para evidenciar que a lei impugnada não trata de matéria prevista no art. 61, § 1º, inciso II, alínea “c”, da CRFB. As leis que realmente dispõem sobre matérias referentes aos servidores do BCB (Lei nº 8.112, de 1990, e Lei nº 9.650, de 1998), cumpre reiterar, não sofreram nem a mais tênue modificação com o advento da LC nº 179, de 2021. Afinal, foi o próprio Presidente da República, em suas informações (peça 30 dos autos judiciais), quem afirmou que:

¹⁷ As razões de veto explicitam que o PLP não perdeu efetividade quanto ao tema do conflito de interesses: “Destaca-se que a Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813, de 2013) já proíbe aos dirigentes do Banco Central manter qualquer tipo de negócios com instituições reguladas e que, por força do Código de Conduta da Alta Administração Federal, é vedado o investimento em bens cujo valor ou cotação possa ser afetado pela conduta do dirigente ou sobre os quais o dirigente tenha informações privilegiadas, de modo que o presente veto não represente fragilidade sob o enfoque da ética pública”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-45.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

“A Lei Complementar em discussão não trata ou altera o regime jurídico dos servidores, como também não cria ou extingue um órgão. O Banco Central do Brasil continua existindo, nos termos da legislação. A nova legislação trouxe inovações no que tange aos procedimentos operacionais do Bacen, a determinação de objetivos, a fixação e rotatividade de mandatos e a autonomia da entidade no que tange à desvinculação ministerial. É de se concluir, portanto, que a alegação de inconstitucionalidade formal trazida pela pare autora é desarrazoada e não merece prosperar.”

69. É preciso esclarecer, ademais, que “Presidente e diretores do banco central” não são “servidores públicos” em sentido estrito, muito menos para os efeitos da competência privativa do Presidente da República para iniciar proposições legislativas, que deve ser interpretada restritivamente. Os dirigentes do BCB são agentes públicos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso III, da CRFB. Trata-se de cargos que, mesmo antes da LC nº 179, de 2021, poderiam ser ocupados por quem não é titular de cargo efetivo na administração pública.

70. E a LC nº 179, de 2021, em nada alterou a forma de “provimento” dos cargos de Presidente e Diretores do BCB, hipótese em que se poderia cogitar – ainda assim, mediante desautorizada interpretação ampliativa – de enquadramento na alínea “c” do inciso II do § 1º do art. 61 da CRFB. O provimento desses cargos continua a ocorrer na forma do art. 52, inciso III, alínea “d”, e do art. 84, inciso XIV, ambos da CRFB, consoante expressa determinação veiculada no *caput* do art. 4º da referida lei complementar.

71. Tampouco se poderia afirmar que o estabelecimento de “mandatos fixos” poder-se-ia enquadrar na expressão “estabilidade” a que se refere o mesmo dispositivo constitucional (art. 61, § 1º, inciso II, alínea “c”). “Estabilidade”, em sentido estrito, significa a impossibilidade de demissão do servidor público sem o devido processo administrativo disciplinar, conforme previsão do art. 41 da CRFB, garantida apenas aos “servidores nomeados para cargo de provimento efetivo”. Os ocupantes dos cargos de Presidente e Diretor do BCB deixarão de ser passíveis de demissão *ad nutum*, mas não terão *estabilidade*, pois poderão, sim, ser exonerados sem processo administrativo disciplinar, quando apresentarem “recorrente e comprovado desempenho insuficiente”, mediante o procedimento regulado pelo art. 5º, inciso IV, § 1º, da LC nº 179, de 2021.

72. Melhor sorte não teriam os autores desta ADI nº 6.696 para encaixar as disposições da LC nº 179, de 2021, na restrição da letra “e” do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição da República. Qual ministério ou órgão estaria sendo criado ou extinto pela LC nº 179, de 2021? Nenhum.

73. Não houve extinção de ministério. Não se confunda a transformação do cargo de Ministro de Estado Presidente do BCB em cargo de Natureza Especial de Presidente do BCB (fato que ocorre com redução de despesa, frise-se) com extinção de ministério. O Presidente do BCB era ministro, mas o BCB jamais foi ministério: era e continua a ser autarquia federal.

74. Aliás, nem mesmo o disposto no art. 9º da LC nº 179, de 2021, que transforma em cargo de Natureza Especial o cargo de Ministro de Estado Presidente do BCB, pode ser considerado matéria de iniciativa privativa do Presidente da República, até porque o citado dispositivo tem conteúdo meramente declaratório, porquanto o art. 20, inciso VII, da Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, transcrito a seguir, já dispunha que o Presidente do BCB deixaria de ser Ministro de Estado assim que fosse aprovada a autonomia da entidade:

“Art. 20. São Ministros de Estado:

I - os titulares dos Ministérios;

[...]

VII - o Presidente do Banco Central do Brasil, até que seja aprovada a autonomia da entidade.”

75. O caráter exclusivamente declaratório fica evidente quando se projeta improvável declaração de inconstitucionalidade apenas do disposto no art. 9º pelo STF nos autos desta ADI. Ora, o Presidente do BCB não voltaria a ser ministro de Estado, pois assim não poderia ser considerado, por força do art. 20, inciso VII, da Lei nº 13.844, de 2019.

76. O CMN e o BCB existiam e continuarão a existir. A composição do CMN e do BCB não sofreu nenhuma alteração. A “coordenação” das “políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna e externa” continua a cargo do CMN (Lei nº 4.595, de 1964), assim como o estabelecimento “das metas da política monetária” (art. 2º da LC nº 179, de 2021). Se alguma alteração substancial houve em relação ao CMN e ao BCB são alterações que dizem respeito, frise-se, à estrutura das instituições de cúpula do SFN, em ordem a regular o contido no art. 192 da CRFB¹⁸, além de matérias financeira, cambial, monetária, instituições financeiras e suas operações, moeda, seus limites de emissão etc., todas previstas, como se demonstrará adiante, como de iniciativa legislativa concorrente (art. 48, inciso XIII e XIV, da CRFB).

77. Ao tomar a iniciativa de apresentar o referido PLP nº 19, de 2019, a fim de estabelecer normas estruturantes do SFN, sobre os objetivos e o funcionamento das duas instituições centrais desse sistema, que são o CMN e o BCB, o Senado Federal exerceu a competência prevista no art. 192 da CRFB para, mediante lei complementar, dispor sobre a **estrutura do SFN**.

78. Ademais, as matérias reguladas pela lei em testilha se inserem na competência legislativa da União, cabendo ao Congresso Nacional legislar sobre o assunto, cuja iniciativa é concorrente, nos termos do art. 48, *caput*, e incisos XIII e XIV, e do art. 61, todos da Lei Maior¹⁹.

79. É evidente, a propósito, que o objetivo de ambos os projetos, tanto o do Presidente da República (tombado como PLP nº 112, de 2019), quanto o do Senador Plínio Valério (PLP nº 19, de 2019), foi o de tratar de matéria **estruturante do SFN** para, dispondo sobre as atribuições e a composição das instituições que regulam esse sistema (CMN e BCB), adequar a legislação para promover um sistema financeiro sólido e eficiente, livre de interferências tanto da disputa política – cotidiana e de curto prazo – quanto do mercado. Nesse sentido, destaque-se o trecho de apresentação do Parecer proferido em Plenário pelo Deputado Federal Silvio Costa Filho, Relator do PLP nº 19, de 2019, na Câmara:

¹⁸ “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”

¹⁹ “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...] XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações; XIV - moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal. [...] Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.”

“II.1 – Do mérito

Estamos vivenciando um momento de grande importância para a economia do País, que verifica profunda mudança, adequando o arcabouço normativo e institucional em favor de um ambiente de negócios favorável a quem realmente produz e gera substanciais riquezas que alavancam nossa economia.

Sejam trabalhadores, sejam empresários, sejam consumidores, todos se beneficiam da liberdade de contratar, da clareza de regras, e de mais previsibilidade, segurança jurídica e desejável equidade nas relações contratuais.

É sob esta perspectiva que vemos o Projeto de Lei Complementar nº 19, de 2019, que oferece maior previsibilidade, clareza de regras e de segurança jurídica.

No entanto, antes de entrar nos detalhes atinentes ao PLP nº 19, de 2019, quero tecer brevíssimos comentários ao momento pelo qual passamos.

Estamos em meio a uma fenomenal crise de saúde pública e também, como decorrência, econômica, que afeta praticamente todos os habitantes do Planeta.

[...]

Nosso nível de endividamento encontra-se bastante alto e nos cabe, neste momento, contribuir para tentar solucionar ou reduzir ao máximo os impactos que podem advir de um nível tão elevado de endividamento.

Neste difícil cenário, cuidar do quadro institucional de nossa economia, configura-se como de fundamental importância para a minoração dos efeitos do lado financeiro desta grave crise.

Neste sentido, passamos a observar o que o PLP nº 19, de 2019, vem nos oferecer. Estamos tratando de uma medida razoavelmente simples em termos de mudanças na vida do cidadão comum, mas que, sob o ponto de vista agregado, trará benefícios bilionários para serem partilhados pelos pagadores de impostos. E devemos lembrar que, dada a regressividade dos tributos, quem acaba arcando com boa parte deles é justamente a população menos favorecida de nosso País. Em síntese, o PLP nº 19, de 2019, como sobejamente detalhado no relatório deste parecer, trata dos objetivos do Banco Central do Brasil e dispõe sobre sua autonomia, nomeação e exoneração de seu Presidente e de seus Diretores.”²⁰

80. No mesmo sentido, o Parecer nº 157, de 2020-PLAN/SF, do Senador Telmário Mota, relator do PLP nº 19, de 2019, proferido no Plenário do Senado:

“Há pelo menos um século, a função primordial de qualquer banco central é garantir estabilidade monetária. A confiança dos agentes da economia e, sobretudo, da população de que a moeda soberana manterá seu poder de compra ao longo do tempo é fundamental para o desenvolvimento econômico e social do país.

Nesse sentido, é não apenas desejável, mas necessária a reafirmação de que o combate à inflação por meio da busca pela estabilidade de preços é parte essencial do mandato legal do BC, compreensão que norteou a elaboração do substitutivo já aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos.

É no poder-dever de assegurar a estabilidade de preços que o BC encontra sua missão institucional por excelência. Além disso, a Crise Financeira Global veio deixar claro que a garantia da estabilidade

²⁰ Parecer proferido em Plenário pelo relator Deputado Sílvio Costa Filho. Disponível em: <<https://bit.ly/3vHwjYx>>. Acesso em: 20 mar. 2021. Destaques acrescidos.

monetária depende igualmente de outros fatores socioeconômicos relevantes, demandando que os bancos centrais ampliem o seu foco de atuação.

Primeiro, não há como se atingir estabilidade de preços sem um sistema financeiro estável e eficiente, que possibilite a tempestiva transmissão da política monetária e a adequada alocação de crédito. Segundo, é sabido que flutuações exacerbadas do nível de atividade econômica afetam diretamente o nível de preços e a curva inflacionária, exigindo atenção da autoridade monetária.”²¹

81. É fácil discernir, assim, que o objetivo da norma impugnada é dispor sobre questões relativas ao desenvolvimento econômico e social do País, tais como estabilidade monetária e financeira, confiança dos agentes e da população nas instituições que regulam a economia do país, estabilidade de preços, enfim, fatores que demandam sistema financeiro estável e eficiente, livre de interferências políticas de curto prazo ou pressões do mercado, o que afasta, por si só, a alegação de que se trata de regulamentação de questões intestinas da administração pública, como servidores públicos ou criação e extinção de ministérios e órgãos.

82. De mais a mais, é preciso ressaltar que as hipóteses de iniciativa privativa – notadamente as que subtraem a iniciativa ao Poder Legislativo – devem ser interpretadas restritivamente, em consonância com o princípio hermenêutico da conformidade funcional, de modo que o intérprete não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório funcional constitucionalmente estabelecido²².

83. O escopo da iniciativa privativa é resguardar o equilíbrio entre os Poderes. Procura-se, com isso, conferir a cada Poder a prerrogativa de desencadear o processo legislativo em relação às matérias atinentes às suas atribuições constitucionais. Como ressalta João Trindade Cavalcante Filho, a função de legislar é atribuída, de forma típica, ao Congresso Nacional, o que pressupõe que ao órgão parlamentar deva ser dada a possibilidade de iniciar o processo legislativo, exceto quando haja expressa previsão em sentido contrário na Constituição da República²³.

84. É válida, nesse ponto, a lição hermenêutica clássica no sentido de que as exceções devem ser interpretadas de forma restritiva²⁴. Nesse sentido, já decidiu essa Suprema Corte especificamente sobre a iniciativa de leis:

“A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que, por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo, deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca.”²⁵

85. Ora, ao promover o desenvolvimento econômico e social do País, por meio do aperfeiçoamento e do fortalecimento da estrutura do SFN, no sentido de conferir autonomia à autoridade monetária, o Congresso Nacional e seus membros atuam no pleno exercício da competência constitucional para tomar a iniciativa de projetos de lei com esse objetivo. É elementar que o Senado Federal não

21 Conforme Parecer apresentado na Sessão Deliberativa Remota realizada em 3/11/2020, pelo Relator Senador Telmário Mota. Disponível em: <<https://bit.ly/2OJ1BoL>>. Acesso em: 20 mar. 2021. Destaques acrescidos.

22 CÉ. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p.1.224.

23 CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo legislativo constitucional**. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 54 e ss.

24 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 162 e ss.

25 STF, ADI(MC) nº 724, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 7/5/1992, DJ de 27-4-2001.

está usurpando nenhuma competência privativa do Presidente da República para dispor sobre administração pública ou sobre qualquer outra matéria elencada no § 1º do art. 61 da Constituição.

86. A interpretação postulada pelos autores da ADI nº 6.696 para o art. 61, § 1º, inciso II, alíneas “c” e “e”, da CRFB, revela-se demasiadamente ampla, enquanto todos os fatores relacionados às disposições constitucionais pretensamente violadas levam à inarredável conclusão de que as hipóteses de iniciativa privativa do Presidente da República devem ser interpretadas de forma restritiva, não apenas no sentido de que a enumeração constitucional é taxativa, mas também – e principalmente – porque não se deve ampliar, por via interpretativa, o alcance de seus dispositivos.

87. A propósito, interpretação ampliativa, nos termos citados, como bem alerta o Presidente da Câmara dos Deputados nas informações prestadas nestes autos, poderia até mesmo colocar em risco parte expressiva das normas em vigor sobre agências reguladoras:

“8. Vale ainda averbar que as Leis ns. 9.427/1996, 9.472/1997, 9.478/1997, 9.782/1999, 9.961/2000, 9.984/2000 e 11.182/2005, que respectivamente instituíram a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), foram todas alteradas pela Lei n. 13.848/2019, oriunda do Projeto de Lei n. 6.621/2016 (PLS n. 52/2013), de autoria do Senador Eunício Oliveira.”²⁶

88. Por todas essas razões, verifica-se a ausência de vício formal na Lei impugnada, que se revela em estrita consonância com as normas relativas à iniciativa do processo legislativo previstas na Constituição da República.

b) Efetivo exercício da iniciativa pelo Presidente da República

89. Não obstante, ainda que se pudesse, mediante inadmissível interpretação extensiva, com muito esforço argumentativo, encastrar as matérias tratadas na LC nº 179, de 2021, nas regras excepcionais sobre a iniciativa privativa do Presidente da República, em contraste com o entendimento externado pelo próprio titular da Presidência em informações nestes autos, mesmo assim, a ADI nº 6.696 não seria exitosa, porquanto, no presente caso, está presente o efetivo exercício da iniciativa do projeto de lei pelo Presidente da República.

90. Como destacado alhures, foi o Presidente da República quem encaminhou o PLP que “[d]ispõe sobre a autonomia técnica, operacional, administrativa e financeira do Banco Central do Brasil, define seus objetivos e altera a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964”, à Câmara dos Deputados, por meio do Ofício nº 77/2019/CC/PR, de 17 de abril de 2019, tombado como PLP nº 112, de 2019, naquela Casa de Leis.

91. A iniciativa é o ato que dá início à tramitação do projeto de lei. É o ato que deflagra o processo legislativo. É a “mola propulsora” do procedimento legislativo, como afirma Luciana Botelho

²⁶ Negritos no original. Peça 35 dos autos judiciais.

Pacheco²⁷. O poder de iniciativa é o poder de provocar o Congresso Nacional para que delibere sobre determinada proposição legislativa e este poder, de fato, foi exercido na elaboração da Lei impugnada. Após esse exercício, fica aberto, de modo amplo, o debate parlamentar, inclusive pela apresentação de textos alternativos substitutivos.

92. Com efeito, há de se atentar que, com a propositura do projeto de lei, há o efetivo exercício do poder de iniciativa, o que se confirma pelo fato de que, na fase seguinte (tramitação no âmbito do Poder Legislativo), o texto proposto já não pode ser alterado pela autoridade iniciadora. Assim, uma vez exercida a iniciativa, exaure-se a fase de propositura da lei, passando-se, pois, para a fase seguinte, constitutiva, em que a lei é efetivamente produzida, abre-se o debate parlamentar, por meio de deliberações, constituídas pelas subfases de discussão e votação²⁸.

93. Como mencionado, muito embora o Projeto de Lei de iniciativa do Presidente da República tenha sido devidamente encaminhado à Câmara dos Deputados e despachado pela Presidência daquela Casa para tramitar em regime de urgência (art. 155 da RICD), ficou paralisado por quase dois anos, sem nenhum andamento.

94. O que se observa é que a tramitação do projeto do Senado (PLP nº 19, de 2019), com todas as suas adequações ao texto proposto pelo Presidente, não teve outro objetivo senão promover a apreciação da matéria, o que o fez com o apoio do Poder Executivo, como destacado no Parecer do Senador Telmário Mota (cf. itens 42 a 45 deste pronunciamento).

95. Com efeito, ambos os projetos trataram do mesmo objeto. Não houve alteração no âmbito material da proposição jurídica. O texto aprovado no Senado Federal não excedeu os limites materiais traçados pelo projeto de iniciativa do Presidente da República, o que foi efetivamente reconhecido pela aprovação integral, pela Câmara dos Deputados, do projeto enviado pelo Senado Federal.

96. O STF reconhece a existência de vício de iniciativa nos casos em que o projeto de lei advindo do Poder Executivo é substancialmente alterado pelo Legislativo²⁹; *a contrario sensu*, há de se considerar legítimo o projeto de lei que, advindo de parlamentar, funde-se ao texto de iniciativa do Presidente da República, a ponto de serem apensados e apreciados conjuntamente, em plena observância do artigo 63 da Constituição da República – cumprindo registrar, ainda, a inexistência de aumento de despesa.

97. Como já se consagrou cientificamente, o processo legislativo é, pois, o meio (instrumento) de que se utiliza a ordem jurídica democrática para regular a criação do próprio direito, é direito à produção do direito, é instrumento de produção de normas jurídicas³⁰. Nesse raciocínio e sem nenhum intento de se referir à convalidação de nulidades – que não encontra espaço no processo legislativo –, o que importa, no caso, é que o texto apresentado pela Presidência da República, que atribui autonomia ao BCB, passou pelas três fases do procedimento padrão para aprovação de leis

27 PACHECO, Luciana Botelho. *Como se fazem as leis*. 3ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013, p. 28.

28 CAVALCANTE FILHO, ob. cit., p. 52.

29 “Embora o dispositivo seja decorrente de projeto de lei do Governador de Estado, a Assembleia Legislativa alterou substancialmente a redação originária, criando uma nova gratificação, o chamado *Pró-labore de Êxito Fiscal*, e não mais transformação apenas nominativa do título, o que acabou por violar a Constituição, no que diz respeito à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para editar leis que disponham sobre servidores públicos, sua remuneração e regime jurídico (artigo 61, § 1º, II, “a” e “c” da CF)”. STF, ADI nº 2.079, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 29/4/2004, DJ 18-06-2004.

30 Cf. CAVALCANTE FILHO, ob. cit.

complementares: 1) fase pré-parlamentar (iniciativa); 2) fase constitutiva (deliberação legislativa: discussão e votação e deliberação executiva (sanção ou veto)); e 3) fase complementar (promulgação e publicação).

98. Há de se atentar que “[...] a produção legislativa [...] não é feita exclusivamente pelas Casas Legislativas, mas em regime de coparticipação entre os Poderes, notadamente entre Legislativo e Executivo”.³¹

99. No tocante à apreciação do vício de iniciativa, há de se observar diferença essencial entre o ato normativo impugnado nesta ADI e alguns precedentes do STF sobre o tema. Afinal, o ponto diferencial da hipótese presente é que houve efetiva participação do Chefe do Executivo no projeto inicial, e a lei aprovada se mostrou totalmente aderente ao teor da norma por ele proposta.

100. Não é difícil encontrar na jurisprudência do STF precedentes recentes em que se afirma que a sanção pelo Presidente da República não é capaz de sanar o vício de iniciativa, tendo, pois, por superada a previsão do enunciado da Súmula 5 da Corte³². Nesse sentido, por exemplo, o seguinte precedente:

“A sanção do projeto de lei não convalida o vício de inconstitucionalidade resultante da usurpação do poder de iniciativa.

*A ulterior aquiescência do chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade. Insubsistência da Súmula 5/STF.”*³³

101. Ocorre que essa também não é a hipótese dos autos. No presente caso, a sanção do Presidente da República não teve por finalidade sanar vício de inconstitucionalidade formal, já que essa mesma autoridade máxima do Estado brasileiro foi quem procedeu à propositura da lei sancionada, mediante o encaminhamento do projeto para a Câmara dos Deputados.

102. Com efeito, **a aquiescência do Presidente da República quanto à LC nº 179, de 2021, não é ulterior, mas anterior ao início do processo. Não se trata aqui de alegar a convalidação em razão da sanção, mas de demonstrar, como de fato ficou demonstrado, que o projeto de lei sancionado tem âmbito normativo materialmente idêntico àquele iniciado pelo próprio Presidente da República e que fora apensado ao oriundo do Senado Federal.**

103. Essa hipótese, de identidade entre projeto de iniciativa parlamentar e do Poder Executivo – diferentemente das hipóteses em que há mera sanção pelo Presidente da República – é aceita pelo STF, conforme atesta precedente da lavra do Min. Ricardo Lewandowski, cuja ementa e voto são parcialmente transcritos a seguir:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...] INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA.

[...]

³¹ PACHECO, ob. cit., p. 15.

³² “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo.” Aprovada em 13/12/1963.

³³ STF ADI nº 2.867, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 3/12/2003, DJ 09-02-2007.

I - Dispositivos impugnados que constituem mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, em uma relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal.

Voto:

Tendo, pois, em consideração tais parâmetros, verifico que os dispositivos do texto legal impugnado não violam o art. 61, § 1º, II, a e e, da Carta Magna, porquanto não versam sobre criação de órgãos, cargos, funções ou empregos públicos, nem sobre a sua extinção, como também não desbordam do poder de apresentar ou emendar projetos de lei, que o texto constitucional atribuiu aos congressistas, o qual foi qualificado, na mencionada ADI 1.050MC/RO, de ‘prerrogativa de ordem político-jurídica inerente ao exercício da atividade parlamentar’.

Com efeito, a maior parte deles constitui mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha. Quando tal não ocorre, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, isto é, mantêm relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela presidência da República.”³⁴

104. Ao fim deste tópico, ainda quanto ao argumento dos autores no sentido de que o vício de iniciativa não pode ser convalidado por eventual e posterior apensamento de projeto de iniciativa do Presidente da República, verifica-se que não se está, na verdade, discutindo questão constitucional relativa à iniciativa, mas, sim, disposições do regimento interno da Câmara dos Deputados que permitem o apensamento de projetos semelhantes. Trata-se, pois, de questão *interna corporis*.

105. A mesma objeção aplica-se em relação ao argumento de que, embora tenha tramitado conjuntamente, o projeto do Presidente da República foi rejeitado, havendo-se aprovado o PLP nº 19, de 2019. A propósito, cabe salientar que, conforme já destacado no relato acima feito acerca do processo legislativo, há disposição regimental da Câmara dos Deputados segundo a qual a aprovação de qualquer dos projetos apensados implica a prejudicialidade e o consequente arquivamento dos demais, tendo precedência o texto já apreciado pelo Senado Federal, nos termos dos artigos 143 e 163 do RICD³⁵.

106. Cabe destacar, mais uma vez e enfim, que a tramitação conjunta de proposições que regulem matéria idêntica ou correlata é permitida pelo regimento da Câmara e implica apreciação conjunta dos projetos³⁶.

107. No caso dos autos, como já mencionado, os projetos foram encaminhados para apreciação como o “*bloco de proposições [...] cujo conteúdo também versa sobre a autonomia do Banco Central do Brasil*”.

³⁴ STF, ADI nº 3.112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 2/5/2007, DJE-131 26-10-2007.

³⁵ “Art. 143. Na tramitação em conjunto ou por dependência, serão obedecidas as seguintes normas: I - ao processo da proposição que deva ter precedência serão apensos, sem incorporação, os demais; II - terá precedência: a) a proposição do Senado sobre a da Câmara [...] Art. 163. Consideram-se prejudicados: [...] III - a discussão ou a votação de proposição apensa quando a aprovada for idêntica ou de finalidade oposta à apensada”.

³⁶ Cf. notas de rodapé 13 e 14.

108. Sobre o tema, os autores remetem, ainda, a precedentes decididos no âmbito da Câmara dos Deputados (peças nº 13 e nº 14 dos autos judiciais). A simples invocação desses precedentes, aliás, já revela que, em boa verdade, a discussão é exclusivamente *interna corporis* e não abre espaço para a procedência de ação direta por suposta violação ao devido processo legislativo. Todavia, ainda que se avaliem os precedentes citados, não é difícil demonstrar que não são aplicáveis à hipótese.

109. Com efeito, no caso da Questão de Ordem (QO) nº 10430, de 1993, questionou-se a apensação do Projeto de Lei (PL) nº 2248, de 1991, do Poder Executivo, ao PL nº 4573, de 1991, do Senado. O autor da QO alegou que, “*apensando o Projeto de iniciativa do Presidente da República, cuja tramitação obrigatoriamente se inicia na Câmara, por mandamento constitucional, a Câmara estaria renunciando ao direito de pronunciar-se em última instância sobre Projetos do Executivo*”. Requereu, pois, o desapensamento do Projeto e a tramitação precedente ao do Senado.

110. No julgamento do recurso relativo à referida QO, foi acolhida a tese da necessidade de desapensamento, mas por hipótese que **não** ocorreu no caso da lei ora impugnada. Com efeito, na ocasião, a CCJ da Câmara dos Deputados acolheu o recurso em vista da possibilidade de o projeto do Senado – que, na oportunidade, não fora sequer conhecido – ser aprovado como substitutivo. Senão, observe-se:

“Isso ocorrendo, terá o Senado Federal a prerrogativa de se pronunciar em última análise sobre a matéria e, indiretamente, o projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo terá tido tramitação diversa do previsto constitucionalmente.

Pelo exposto, concluímos que a norma regimental do art. 143 não se compatibiliza com o mandamento constitucional do art. 64, uma vez que a nossa lei maior discrimina a tramitação especial dos projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo, prevendo inclusive que solicitando o presidente da república urgência para os projetos de sua iniciativa, terão a Câmara dos Deputados e o Senado Federal que se manifestar em até quarenta e cinco dias sucessivamente.

Isso posto, no mérito, meu voto é pelo acolhimento do Recurso nº 102, de 1993.”

111. Os autores argumentam, ainda, a QO nº 658, mais recente, acerca da desapensação do PL nº 6136, de 2005, do Poder Executivo, do PL nº 203, de 1991, do Senado Federal. Novamente, porém, a discussão cinge-se à possibilidade de pronunciamento indireto e final do Senado sobre projeto de iniciativa do Poder Executivo³⁷, o que desvirtuaria o rito constitucionalmente previsto para sua tramitação. Essa circunstância, porém, de fato, não se verificou na hipótese dos autos da ADI em exame.

112. No caso da LC nº 179, de 2021, como já exaustivamente demonstrado, não houve alteração, pela Câmara, da proposição oriunda do Senado: ambos os projetos estavam em sintonia em seu teor, e o pronunciamento final foi o da Câmara dos Deputados, o que evidencia a obediência ao artigo 64 da CRFB. Mais do que isso, a proposição foi acolhida por expressiva maioria da Câmara, como visto.

³⁷ “Em tese, portanto, não haveria essa possibilidade de pronunciamento ‘indireto’ e final do Senado sobre projeto de iniciativa do Poder Executivo, desvirtuando-se o rito constitucionalmente previsto para sua tramitação, que deve sempre se encerrar na Câmara. Se o projeto originário do Senado for o aprovado, é porque a Casa preferiu dar-lhe acolhimento e não ao de iniciativa do Poder Executivo; se, ao contrário, o aprovado for o do Executivo, o arquivado será o do Senado, permanecendo a Câmara com ‘a decisão final’ sobre a matéria.” Trecho da peça nº 13 dos autos judiciais.

113. Cabe salientar que o egrégio STF já firmou entendimento pela impossibilidade de controle de questões atinentes exclusivamente à interpretação e à aplicação dos regimentos das casas legislativas, as quais constituem matéria *interna corporis*, da alçada exclusiva da respectiva Casa.³⁸

114. Especificamente, quanto ao apensamento, desde que não seja contrário aos comandos regimentais e constitucionais expressos, não pode ser questionado perante o Poder Judiciário. Nesse sentido:

“O apensamento das proposições da mesma espécie para tramitação conjunta (art. 142 e 143 do RCD) e a conclusão dos autos para aguardar despacho do Presidente demonstram a adoção de diligências administrativas com vistas ao preparo dos requerimentos à apreciação da autoridade competente. A partir dessas considerações, conclui-se que o acolhimento da pretensão do impetrante, no sentido de que sejam apreciadas por esta Corte suas proposições administrativas individuais em substituição ao Presidente da Câmara dos Deputados, configuraria usurpação de competência daquela Casa Legislativa para análise da matéria dentro do prazo regimental previsto e, por consequência, violação ao princípio da separação de poderes, o que não se admite.”³⁹

115. Esse entendimento traduz a jurisprudência pacífica da Suprema Corte, que, em diversas outras oportunidades, assentou não ser possível ao Poder Judiciário a análise ou a modificação da compreensão legitimamente conferida às previsões regimentais de organização procedimental pela Casa Legislativa, por se tratar de matéria *interna corporis*⁴⁰.

116. Por todo o exposto, verifica-se que não encontra suporte a alegação de vício de iniciativa quanto à LC nº 179, de 2021, pois (i) o Presidente da República, de fato, desencadeou o processo legislativo para a aprovação da autonomia do Banco Central, por meio de mensagem e projeto encaminhado à Câmara dos Deputados; (ii) o projeto advindo no Senado adequou-se ao texto originário do Poder Executivo; (iii) ambos os projetos foram apreciados conjuntamente como o bloco de proposições que confere autonomia ao BCB, circunstância admitida pela jurisprudência do STF (ADI nº 3.112); (iv) a Câmara deu a última palavra sobre o texto aprovado, em obediência ao artigo 65 da CRFB; e, ainda, (v) as questões quanto à inviabilidade de apensamento dos projetos cingem-se à interpretação de normas do regimento interno das Casas do Congresso Nacional, matéria *interna corporis*, insuscetível, pois, de apreciação pelo Poder Judiciário.

2) Constitucionalidade material

a) Possibilidade de fixação de mandatos na jurisprudência do STF

117. Os partidos políticos autores da ADI nº 6.696 argumentam que a fixação de mandatos importa na perda de competência constitucional do Poder Executivo. Afirmam expressamente que,

³⁸ STF, MS nº 26.074, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgado em 8/9/2006, DJ 13-9-2006

³⁹ STF, MS 35794, Rel. Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgado em 28/8/2018, DJ 30-8-2018.

⁴⁰ “1. O Poder Judiciário não possui competência para sindicat ar atos das Casas Legislativas que se sustentam, unicamente, na interpretação conferida às normas regimentais internas. Precedentes: MS 25.144 AgR, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 28.02.2018; MS 31.951 AgR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 31.08.2016, MS 24.356, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 12.09.2003. 2. A inexistência de fundamento constitucional no ato emanado do Poder Legislativo, cujo alicerce decorre unicamente da exegese do Regimento Interno das Casas Legislativas, revela hipótese de ato *interna corporis* insindicatável pelo Poder Judiciário.” STF, MS(AgRg) nº 35.581, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, julgado em 15/6/2018, DJe 22-6-2018.

com os mandatos fixos e a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos Diretores e do Presidente do BCB, o Executivo “[c]apitula e abdica, sem que possa, das obrigações constitucionais emanadas do art. 170, art. 174 e 192. Agindo como ultra vires societatis, pratica [...] um ato de lesa pátria”. Os autores argumentam, ainda, que a mudança para o sistema de mandatos “afeta o sistema representativo e os mecanismos de funcionamento e controle dos órgãos estatais”.

118. Mais uma vez, a alegação de violação material da CRFB padece de ausência de indicação clara de parâmetro de constitucionalidade da norma impugnada mediante ação direta. A leitura não permite conhecer de que forma os dispositivos constitucionais invocados (artigos 170, 174 e 192 da Constituição) seriam violados pela nova legislação. Apura-se, pois, que o autor não atendeu à previsão do art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.882, de 1999, mediante a indicação dos “fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações”, como já articulado preliminarmente.

119. De toda sorte, convém reconhecer que a jurisprudência do STF, desde a edição, nos anos 1960, do enunciado da Súmula nº 25 da Corte⁴¹, já compreendeu que determinados órgãos do Estado podem contar com rigidez no mandato e que tal sistemática não importa em violação de quaisquer princípios constitucionais, desde que sejam estabelecidas hipóteses específicas de perda do mandato que mantenham o equilíbrio entre os poderes. Nesse sentido:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). Necessidade de prévia aprovação pela Assembleia Legislativa da indicação dos conselheiros. Constitucionalidade. Demissão por atuação exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa à separação dos poderes. Vácuo normativo. Necessidade de fixação das hipóteses de perda de mandato. Ação julgada parcialmente procedente. [...]”

2. São inconstitucionais as disposições que amarram a destituição dos dirigentes da agência reguladora estadual somente à decisão da Assembleia Legislativa. O voluntarismo do legislador infraconstitucional não está apto a criar ou ampliar os campos de intersecção entres os poderes estatais constituídos sem autorização constitucional, como no caso em que se extirpa a possibilidade de qualquer participação do governador do estado na destituição do dirigente da agência reguladora, transferindo-se, de maneira ilegítima, a totalidade da atribuição ao Poder Legislativo local. Violação do princípio da separação dos poderes.

3. Ressalte-se, ademais, que conquanto seja necessária a participação do chefe do Executivo, a exoneração dos conselheiros das agências reguladoras também não pode ficar a critério discricionário desse Poder. Tal fato poderia subverter a própria natureza da autarquia especial, destinada à regulação e à fiscalização dos serviços públicos prestados no âmbito do ente político, tendo a lei lhe conferido certo grau de autonomia.

*4. A natureza da investidura a termo no cargo de dirigente de agência reguladora, bem como a incompatibilidade da demissão *ad nutum* com esse regime, haja vista que o art. 7º da legislação gaúcha prevê o mandato de quatro anos para o conselheiro da agência, exigem a fixação de balizas precisas quanto às hipóteses de demissibilidade dos dirigentes dessas entidades. Em razão do vácuo normativo resultante da inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97 e tendo em vista que o diploma legal não prevê qualquer outro procedimento ou garantia contra a exoneração imotivada dos conselheiros da*

⁴¹ “A nomeação a termo não impede a livre demissão pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia.” Aprovada em 13/12/1963.

Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), deve a Corte estabelecer, enquanto perdurar a omissão normativa, as hipóteses específicas de demissibilidade dos dirigentes dessa entidade.

5. A teor da norma geral, aplicável às agências federais, prevista no art. 9º da Lei Federal nº 9.986/2000, uma vez que os dirigentes das agências reguladoras exercem mandato fixo, podem-se destacar como hipóteses gerais de perda do mandato: (i) a renúncia; (ii) a condenação judicial transitada em julgado e (iii) o procedimento administrativo disciplinar, sem prejuízo de outras hipóteses legais, as quais devem sempre observar a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo.

6. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97, em sua redação originária e naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, fixando-se ainda, em razão da lacuna normativa na legislação estadual, que os membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de processo administrativo disciplinar, sem prejuízo da superveniência de outras hipóteses legais, desde que observada a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo.”⁴²

120. A hipótese da LC nº 179, de 2021, ajusta-se como luva à compreensão fixada pelo STF. As exonerações dos dirigentes, a despeito dos mandatos fixos, são autorizadas em quatro hipóteses diferentes previstas no art. 5º da legislação: (i) a pedido; (ii) por enfermidade incapacitante; (iii) por condenação em razão da prática de ato de improbidade administrativa ou de crime que acarreta, ainda que temporariamente, a proibição de acesso a cargos públicos; e (iv) por comprovado e recorrente desempenho insuficiente para o alcance dos objetivos da instituição. Nesta última hipótese, a proposta de exoneração será formulada pelo CMN ao Presidente da República, dependendo sua aprovação de prévia anuência do Senado. Enfim, ocorre unicamente com observância da “*necessidade de motivação e de processo formal*”, na dicção empregada pelo STF na ementa referida.

121. Mais recentemente, a Corte, por ocasião do julgamento de mérito nos autos da ADI nº 1.668, afirmou que a autonomia concedida a determinados órgãos reguladores não exclui a autoridade do Presidente da República na gestão da administração pública, razão pela qual sequer se conhecia da ação direta quanto ao tema. Consignou expressamente no voto disponibilizado no âmbito da sessão virtual que “*todas as entidades da administração indireta estão sujeitas à supervisão do Ministro a cuja Pasta estejam vinculadas, ou da Presidência da República, caso se trate de autarquia a ela vinculada.*”⁴³

122. Na hipótese dos autos, o art. 6º, *caput*, da LC nº 179, de 2021, exclui a possibilidade de vinculação a ministério, mas não afasta, até porque não poderia, a Autarquia da Administração Pública federal, incluindo-a expressamente em todos os seus sistemas estruturantes e submetendo-a, por conseguinte, aos pertinentes mecanismos de coordenação e controle, tudo em harmonia com as previsões contidas no art. 84, inciso II, da CFRB. Com efeito, dispõe o § 1º do art. 6º da LC nº 179, de 2021, que o “*Banco Central do Brasil corresponderá a órgão setorial nos sistemas da Administração Pública*

⁴² STF, ADI nº 1.949, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 17/9/2014, DJe-224 14-11-2014.

⁴³ Trecho do voto do Min. Edson Fachin, proferido na sessão realizada entre 19 e 26 de fevereiro de 2021, acórdão pendente ainda de publicação.

Federal, inclusive nos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal, de Pessoal Civil da Administração Pública Federal, de Controle Interno do Poder Executivo Federal, de Organização e Inovação Institucional do Governo Federal, de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação, de Gestão de Documentos de Arquivo e de Serviços Gerais.”

123. Ademais, como visto, a nomeação dos dirigentes é de responsabilidade da autoridade máxima da Administração Pública federal, bem como será do Presidente da República a responsabilidade por sua exoneração, na forma do art. 5º da LC nº 179, de 2021. Não se pode deixar de apontar, ainda, que as metas de política monetária serão fixadas pelo CMN, consoante previsão do art. 2º da LC nº 179, de 2021, sendo o referido Conselho composto pelo Ministro de Estado da Economia, que o preside, pelo Secretário Especial de Fazenda do Ministério da Economia e pelo Presidente do BCB, sendo os dois primeiros nomeados e demissíveis *ad nutum* pelo Presidente da República, tudo conforme previsão do art. 8º da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995.

124. Diante do exposto, apura-se que a atuação do BCB não será indiferente ao arcabouço legal que rege a atuação da Administração Pública federal, não obstante sua autonomia técnica e operacional e a concessão de mandatos a seus dirigentes. Há relação de equilíbrio entre os Poderes e, exatamente em razão disso, o estabelecimento de mandatos por agentes reguladores é expressamente admitida pela jurisprudência do STF.

b) Inconstitucionalidades decorrentes de eventual supressão da autonomia *de jure* do Banco Central

125. Na forma dos argumentos expostos ao longo deste pronunciamento, já se pode apurar que não há vício de iniciativa, eis que, efetivamente, não se trata de matéria reservada à iniciativa do Presidente da República, pois, antes de dizer sobre organização administrativa, a LC nº 179, de 2021, diz mais diretamente sobre a regulamentação dos artigos 164, *caput*, e 192, ambos da Constituição. Quando não, demonstrou-se que o Presidente da República efetivamente exerceu a competência constitucional pertinente.

126. Todavia, calha, ainda, relevante argumento adicional. É que, em verdade, a declaração de inconstitucionalidade da LC nº 179, de 2021, importaria em inconstitucionalidade ainda mais grave do que a supostamente impugnada nesta ADI: a supressão da autonomia concedida e pretendida diretamente pela CRFB ao banco central em nosso ordenamento jurídico.

127. Efetivamente, a CRFB, embora não crie, diretamente, o banco central, preconiza, ela própria, os elementos característicos da autonomia da autoridade monetária. Tais elementos permitem identificar, no plano constitucional, claro programa de concessão de autonomia ao banco central.

128. Com efeito, podem-se alinhar os seguintes elementos constitutivos da autonomia de um banco central: (i) competência privativa do banco central para a emissão de moeda; (ii) restrições à utilização do banco central para financiamento do governo; (iii) admissão de operações com títulos da dívida do governo apenas para regulação da oferta de moeda ou da taxa de juros (ou seja, para fins de política monetária); (iv) ausência de previsão de qualquer órgão governamental

com poder de mando ou ingerência sobre a execução da política monetária pelo banco central; (v) exigência de participação do Poder Legislativo no processo de designação dos dirigentes do banco central; (vi) especificação de mandatos fixos para os dirigentes da instituição. Note-se que o texto constitucional manifestamente atende aos cinco primeiros elementos constitutivos.

129. Segundo a CRFB, o monopólio de emissão é assegurado pelo art. 164, *caput*, nos seguintes termos: “[a] competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central.” O foco na utilização de operações com títulos da dívida pública federal unicamente para fins de regulação da oferta de moeda ou da taxa de juros está no § 2º do mesmo dispositivo, segundo o qual “[o] banco central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros.” A restrição – efetiva vedação – ao financiamento do governo, está no § 1º do art. 164 da Constituição, que estabelece: “[é] vedado ao banco central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira.” Por fim, a par do eloquente silêncio quanto a órgãos que se possam imiscuir na execução da política monetária, há expressa previsão de competência do Senado Federal para aprovar previamente a escolha do presidente e dos diretores do banco central (art. 52, inciso III, alínea “d”, da CRFB).

130. Assim, apenas o sexto elemento, previsão de mandatos fixos, não foi expressamente preconizado pelo constituinte originário. Pois bem, mas por que razão o constituinte originário não estabelecera, desde logo, os mandatos fixos? O histórico do processo constituinte ajuda a compreender e revela que a única razão para a não fixação diretamente no texto constitucional dos mandatos fixos foi a compreensão de que o tema não seria materialmente constitucional.

131. Nesse ponto, confira-se o seguinte excerto de aprofundado estudo sobre o tema da autonomia do BCB, que o aborda com inúmeras referências históricas:

“A interpretação histórica, por seu turno, permitiu verificar, sobretudo, que, no curso dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987-1988, foi expressamente discutida como questão central, no tocante à organização do sistema monetário-financeiro do País, a atribuição, ou não, ao BCB de um perfil autônomo – como era o perfil com que a instituição havia contado até o recrudescimento do regime militar e o advento do AI-5, quando se intensificou a ingerência do Ministério da Fazenda (MF) sobre o BCB e se suspendeu a eficácia da regra legal atinente aos mandatos fixos dos dirigentes da instituição. Observou-se, então, que, ao desfecho dos debates havidos nas instâncias temáticas pertinentes da ANC, que eram a Subcomissão do Sistema Financeiro (SSF) e a Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças (CSTOF) da Assembleia, prevaleceu posição francamente favorável à autonomia do BCB, materializada pela proposição de normas constitucionais relacionadas aos seguintes elementos autônomos: (i) exclusividade do exercício da competência de emissão pelo BCB; (ii) vedação da concessão, mesmo indireta, de empréstimos seus ao Estado; (iii) vinculação da compra e venda de títulos públicos pelo BCB a propósitos de política monetária; (iv) ausência de previsão do CMN ou de qualquer outro órgão com algum tipo de ascendência específica sobre a atuação do BCB; (v) necessidade de prévia aprovação senatorial para a nomeação, pelo Presidente da República, do Presidente e dos Diretores do BCB; e (vi) especificação de mandatos de quatro anos para tais dirigentes. Observou-se também que, de tais elementos, apenas o referente à especificação do tempo de mandato dos citados dirigentes não se manteve até a promulgação da Carta de 1988, por ter sido considerado, já no âmbito da Comissão de Sistematização (CS) da ANC, mais afeito a disciplinamento no plano infraconstitucional”.

[...]

Com efeito, a única razão consignada pelo relator da CS [Comissão de Sistematização] para, excepcionalmente, retirar do Anteprojeto de Constituição que aquela Comissão submeteria ao Plenário da ANC uma matéria aprovada por Comissão Temática da Assembleia – como a proposta, sufragada no âmbito da CSTOF, de que se especificasse, no próprio texto constitucional, a duração de quatro anos para o mandato dos dirigentes do BCB – foi o fato de se tratar de ‘matéria que pudesse ser reputada de nível da lei ordinária’ (BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Anteprojeto de Constituição da Comissão de Sistematização. Brasília, jun. 1987, p. 2. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017).⁴⁴

132. Esse estudo e compreensão histórica do processo constituinte originário facilita a compreensão da razão pela qual apenas a autarquia banco central é referenciada entre as alíneas do inciso III do art. 52 da CRFB, especificamente na alínea “d”⁴⁵. Os cinco elementos de relevo presentes no plano constitucional – competência exclusiva para emissão de moeda, proibição de financiamento ao Tesouro, foco em política monetária para a atuação com títulos públicos, ausência de ingerências externas sobre a regulação da oferta de moeda e da taxa de juros e participação do Senado Federal na designação dos dirigentes – já demonstram o programa constitucional de que o País conte com banco central dotado de autonomia.

133. Ao legislador infraconstitucional, nesse contexto positivo constitucional, cumpria dar efetividade ao programa constitucional de gestão da moeda e constituir banco central com verdadeira autonomia e apto a garantir que o SFN promova “o desenvolvimento equilibrado do País” e seja capaz de “servir aos interesses da coletividade” (CRFB, art. 192), não banco central capturado pela vontade política circunstancial de curto prazo ou mesmo pelo próprio mercado. Assim, é a possibilidade de demissão *ad nutum* dos dirigentes do banco central pelo Presidente da República, ignorando a diretriz constitucional de autonomia e a inafastável participação do Senado Federal no processo de designação, que é, ela própria, inconstitucional ou, no mínimo, atentatória à vontade do constituinte originário.

134. Portanto, a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada importaria em atentar contra a vontade do constituinte originário. Isso porque há mais de trinta anos a Constituição reclama, como revela o processo histórico de compreensão de suas normas, a efetivação da autonomia do Banco Central pela fixação de mandatos aos dirigentes.

135. Daí se percebe que eventual declaração de inconstitucionalidade da LC nº 179, de 2021, implicaria ofensa ao próprio programa constitucional. Em outras palavras, eventual procedência da ADI nº 6.696 acarretaria, para o País, esta sim, situação de inconstitucionalidade ainda mais grave do que a alegada nesta ADI, em razão da contrariedade ao desiderato constitucional, que é central para a disciplina da ordem econômica e financeira, de concessão de autonomia à autoridade monetária.

44 XIMENES DE VASCONCELOS, Rafael Bezerra. **Autonomia do banco central: um comando constitucional ignorado**. Dissertação de Mestrado aprovada pelo Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. Orientador: Prof. Doutor Ivo Teixeira Gico Jr., 2018, f. 37, 38 e 409.

45 “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: [...] d) Presidente e diretores do banco central”.

c) A inviabilidade da discussão política em ADI sobre os benefícios ou não da consagração da diretriz constitucional de banco central autônomo

136. Verifica-se que as partes autoras da ADI nº 6.696 buscam, na verdade, fazer prevalecer posição política própria acerca da necessidade de se ter ou não o BCB autônomo. E o fazem indevidamente sob a roupagem de ação direta, visando a prolongar a discussão política que foi travada e democraticamente resolvida no Congresso Nacional.

137. Nota-se, para justificar a afirmação acima vertida, que as partes autoras não desenvolvem fundamentação jurídica adequada quanto à inconstitucionalidade material, mas, sim, aduzem argumentos metajurídicos e pseudossociais a justificar a não adoção de BCB autônomo. Máxime as menções de que o BCB é autônomo “*de fato*”, de que perderá sua credibilidade, de que haverá desregulamentação do SFN etc. Ou seja, nenhum argumento estritamente jurídico.

138. Como se não bastasse a ausência de argumentação jurídica suficiente que amparasse a pretensão de inconstitucionalidade material, tem-se que a opção de BCB autônomo foi, ao contrário, intenção do Poder Constituinte originário, extensamente consagrada na Constituição de 1988. Como já foi demonstrado, a autonomia do banco central não se resume a mandatos fixos, e a Constituição de 1988 contemplou cinco aspectos fundamentais da autonomia do BCB, relegando apenas a questão dos mandatos fixos à legislação infraconstitucional.

139. E, mesmo que não tivesse sido essa a intenção do constituinte originário, a discussão política acerca dos benefícios ou prejuízos da adoção do BCB autônomo deve ser empreendida no foro competente, que é o Congresso Nacional. Por sinal, o Congresso Nacional empreendeu tal discussão ao longo de trinta anos, até a promulgação da LC nº 179, de 2021, norma que veio a dar concretude aos dispositivos previstos nos artigos 164 e 192 da CRFB. Tal discussão política não pode ser feita em sede de ADI, sem um mínimo de lastro jurídico, sob pena de o Poder Judiciário substituir o Poder Legislativo e o Poder Executivo nas escolhas políticas exercidas constitucional, legítima e democraticamente pelas Casas do Congresso Nacional, com sanção, ao final, pelo Presidente da República.

140. Dessa forma, não procede a argumentação dos requerentes que, no tocante à suposta inconstitucionalidade material, mal disfarçadamente, pretendem rediscutir a conveniência do banco central autônomo, não sua adequação ou inadequação ao texto constitucional.

d) Análise do modelo de banco central autônomo no direito comparado europeu

141. Demonstrar-se-á, nesta parte, a perfeita compatibilidade do conceito de autonomia da autoridade monetária com o princípio democrático, bem como o reconhecimento da legitimidade da atuação do banco central autônomo, à luz da jurisprudência dos tribunais constitucionais nacionais europeus e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), fazendo-se, assim, paralelo com o modelo de autonomia aperfeiçoado pela LC nº 179, de 2021.

142. Em determinado trecho da petição inicial, os autores, mal comparando a relação entre o governo da Grécia e o Banco Central Europeu (BCE), de um lado, com a relação entre o governo

do Brasil e o BCB, de outro, alegam que haveria descoordenação entre políticas econômica e fiscal, como revelaria a crise grega, eis que o “governo grego não pode imprimir moeda porque quem imprime moeda é o BCE. O governo grego não pode mexer nem movimentar as taxas de juros porque quem altera as taxas de juros é o BCE. A Grécia também não pode alterar os demais instrumentos de controle monetário, como redescontos bancários e depósitos compulsórios. Sempre o mentor das movimentações dos instrumentos monetários é o BCE.”

143. Não é preciso abordar a diferença entre o relacionamento político e institucional do governo da Grécia com o BCE e o registrado na experiência pátria entre o governo brasileiro e o BCB. Além de autônomo, o BCE é experiência única de banco central supranacional. O BCB, como visto, continua a integrar a Administração Pública federal, integrando todos os seus sistemas na condição de órgão setorial (cf. itens 122 a 124 deste pronunciamento).

144. Mas, já que os autores desta ADI trouxeram à baila o BCE, é oportuno fazer referência à jurisprudência europeia, que será capaz de espancar qualquer alegação de violação ao princípio democrático. Faz-se o cotejo, sob perspectiva democrática, com a autoridade monetária europeia, firmando comparação possível, *mutatis mutandis*.

145. O BCE e o Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) constituem modelo paradigmático de atuação autônoma de banco central, que, ressalvadas as peculiaridades locais e regionais, guarda, em sua essência e em seu desenho institucional, indicações relevantes para o modelo de autonomia aperfeiçoado no ordenamento jurídico brasileiro pela LC nº 179, de 2021.

146. O modelo europeu, no qual os tratados constitutivos da União Europeia (UE) atribuem ampla independência institucional ao BCE, já foi objeto de profundo escrutínio doutrinário e jurisprudencial. Por meio do exame da jurisprudência dos tribunais constitucionais nacionais europeus e do TJUE, depreende-se que a afirmação de conceito funcionalizado de independência garantiu que a atuação do BCE autônomo fosse considerada plenamente compatível com as exigências do princípio democrático.

147. Além disso, o exame da jurisprudência europeia sobre a matéria permite, igualmente, que se observe que a atribuição, pelo ordenamento jurídico, de independência à atuação do BCE não o colocou em situação de intangibilidade ou vazio institucional, sendo, na realidade, complementada pela sujeição a mecanismos fiscalizadores garantidores de transparência, pela necessária vinculação a objetivos ditados pelas normas e instituições comunitárias europeias e, ainda, pela plena submissão de suas ações ao controle judicial exercido pelo TJUE.

148. Essas características se fazem também presentes no modelo de autonomia do BCB, aperfeiçoado pela LC nº 179, de 2021. É possível, portanto, mesmo levando-se em conta as especificidades dos bancos centrais e dos ordenamentos constitucionais brasileiro e europeu, traçar paralelo entre a adequação constitucional da LC nº 179, de 2021, e a afirmação, pela jurisprudência dos tribunais constitucionais europeus e do TJUE, da legitimidade jurídica e democrática da atuação de um banco central autônomo.

149. Fundamental para a compreensão do tema é a análise empreendida pelo TJUE no julgamento do processo C-11/00⁴⁶ (Commission v. ECB), no qual a Corte Europeia fixou importantes diretrizes que esclareceram o modo como o princípio da independência do banco central presente no tratado constitutivo da UE deve ser interpretado para a sua compatibilização com as exigências do Estado Democrático de Direito e do princípio democrático, também presentes nos tratados constitutivos da UE e nas constituições nacionais europeias.

150. Afirmou-se, nesse relevante precedente, conceito funcionalizado de independência do banco central⁴⁷, em que esta não deve ser vista ou considerada como fim em si mesma, servindo, na realidade, a propósito específico: proteger a atuação e o processo decisório do BCE de pressões políticas de curto prazo, tornando-o, assim, capaz de perseguir de forma efetiva o objetivo primordial da estabilidade de preços e, ainda, sem prejuízo da persecução desse objetivo, auxiliar as políticas econômicas comunitárias igualmente presentes nos tratados constitutivos da UE.

151. Da mesma forma, o TJUE deixou claro, em sua apreciação do caso, que a independência atribuída ao BCE não tem como consequência destacá-lo completamente da Comunidade Europeia ou subtraí-lo à aplicação das normas de direito comunitário. Ao contrário, o BCE atua nos limites das atribuições que lhe são conferidas pelo Tratado e pelos Estatutos do SEBC, estando, além disso, sujeito a diversas fiscalizações comunitárias, nomeadamente as do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas. Destaca-se, nesse sentido, o seguinte trecho do acórdão exarado pela Corte Europeia:

“Comissão das Comunidades Europeias contra Banco Central Europeu. – Acórdão do Tribunal de 10 de Julho de 2003 - Banco Central Europeu (BCE) - Decisão 1999/726/CE relativa à prevenção da fraude - Protecção dos interesses financeiros das Comunidades - Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF) - Regulamento (CE) n.º 1073/1999 - Aplicabilidade ao BCE - Excepções de ilegalidade - Admissibilidade - Independência do BCE - Artigo 108.º CE - Base jurídica - Artigo 280.º CE - Consulta do BCE - Artigo 105.º, n.º 4, CE - Proporcionalidade. - Processo C-11/00.

[...]

134. Por outro lado, como resulta da própria redacção do artigo 108.º CE, as influências externas contra as quais essa disposição pretende proteger o BCE e os seus órgãos de decisão são as que podem interferir com o cumprimento das «missões» que o Tratado CE e os Estatutos do SEBC conferem ao BCE. Como referiu o advogado-geral nos n.os 150 e 155 das suas conclusões, o artigo 108.º CE visa, essencialmente, preservar o BCE de todas as pressões políticas a fim de lhe permitir prosseguir eficazmente os objectivos consignados às suas missões, graças ao exercício independente dos poderes específicos de que dispõe para esse efeito por força do Tratado CE e dos Estatutos do SEBC.

135. Inversamente, como alegam justificadamente a Comissão e os intervenientes, o reconhecimento ao BCE dessa independência não tem como consequência destacá-lo completamente da Comunidade

⁴⁶ C-11/00 Commission v. ECB, EU:C:2003:395.

⁴⁷ Sobre o tema, ver GONZALÉZ BOTIJA, Fernando: Los Límites de la Autonomía del Banco Central Europeo: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2003. Comisión de las Comunidades Europeas contra Banco Central Europeo (BCE) - Asunto C-11/00, *Revista española de Derecho Administrativo* 2004 p. 469-50; LAVRANOS, Nikolaos: Die begrenzte, funktionelle Unabhängigkeit der Europäischen Zentralbank, *Europarecht* 2003 p.878-887; SPAGNUOLO, Francesca; PIZZANELLI, Giovanna: La Corte di giustizia nel caso OLAF precisa che l'indipendenza della BCE e della BEI non determina il loro isolamento dal contesto giuridico comunitario, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2005 p.233-2520; e ELDERSON, Frank; WEENINK, Hans: The European Central Bank redefined? A landmark judgment of the European Court of Justice, *Euredia* 2003 p. 273-301.

Europeia e subtraí-lo à aplicação das normas de direito comunitário. Com efeito, resulta, antes de mais, do artigo 105.º, n.º 1, CE que o BCE tem por finalidade contribuir para a realização dos objectivos da Comunidade Europeia, enquanto o artigo 8.º CE precisa que o BCE actua nos limites das atribuições que lhe são conferidas pelo Tratado CE e pelos Estatutos do SEBC. Em seguida, como recordou a Comissão, o BCE está, nas condições previstas por este Tratado e pelos referidos estatutos, sujeito a diversas fiscalizações comunitárias, nomeadamente as do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas. Por último, verifica-se que os autores do Tratado CE não pretenderam, de modo algum, subtrair o BCE a qualquer forma de intervenção normativa do legislador comunitário, como são disso testemunho, nomeadamente, os artigos 105.º, n.º 6, CE, 107.º, n.os 5 e 6, CE, bem como 110.º, n.º 1, primeiro travessão, CE e 3.º, CE, invocados pela Comissão.”⁴⁸

152. A conclusão alcançada pelo TJUE corrobora, em larga medida, o exame feito pelo Advogado Geral Francis Jacobs no caso. Em seu parecer⁴⁹, são elencadas várias salvaguardas institucionais que complementam o princípio da independência do banco central e que garantem que o BCE não atue em uma situação de completo isolamento em relação às demais instâncias da UE.

153. Entre esses mecanismos estão, por exemplo, a participação do Parlamento Europeu no processo de indicação dos dirigentes do BCE, o dever do presidente do BCE de apresentar regularmente ao Parlamento Europeu relatório prestando contas sobre as atividades de política monetária, a possibilidade de comissões parlamentares organizarem audiências com o presidente e os membros do corpo decisório do BCE e o poder do Conselho e do Parlamento Europeus de editarem normas sobre as atividades do BCE e de lhe atribuírem tarefas na área da supervisão prudencial.

154. Embora o BCE goze de independência institucional maior do que a atribuída ao BCB, e o exame da constitucionalidade da atuação deste último deva, evidentemente, ser feito à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da tradição constitucional pátria, fica claro que as salvaguardas institucionais exigidas pela jurisprudência europeia para compatibilizar a atuação do banco central autônomo com o princípio democrático e com as exigências do Estado de Direito estão também presentes no modelo brasileiro.

155. A LC nº 179, de 2021, atribuiu, nesse sentido, já no seu artigo 1º, ao BCB objetivo fundamental claro e inequívoco, ou seja, a estabilidade de preços, objetivo este que legitima e justifica sua atuação autônoma e que também permite, como ocorre na experiência europeia, a construção de conceito funcionalizado de independência, no qual esta não é fim em si mesma, não isola o BCB do restante do ordenamento jurídico pátrio e serve a propósito específico: proteger a atuação e o processo decisório do BCB de pressões políticas de curto prazo, tornando-o assim capaz de perseguir de forma efetiva o objetivo primordial da estabilidade de preços.

156. A LC nº 179, de 2021, determina, igualmente, que a autonomia do BCB é restrita à escolha dos *instrumentos* para atingir metas de política monetária estabelecidas por órgão da União, o CMN (art. 2º), cujos membros são, em sua maioria, nomeados e demissíveis *ad nutum* pelo Presidente da República. Verifica-se, portanto, que o BCB não tem autonomia para estipular seus próprios objetivos ou metas, mas, apenas, para manusear, de forma objetiva e tecnicamente

⁴⁸ C-11/00 Commission v. ECB, EU:C:2003:395. Destaques acrescentados.

⁴⁹ Commission v. ECB. Opinion of Advocate General Jacobs, de 3 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47730&doclang=EN>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

fundamentada, os instrumentos de política monetária necessários para alcançar os objetivos e metas democraticamente estabelecidos.

157. É também o Presidente da República, por outro lado, quem detém o poder de indicar o Presidente e os Diretores do BCB, em processo de nomeação condicionado pela decisiva deliberação do Poder Legislativo, por meio do Senado Federal (art. 4º).

158. O Senado detém, da mesma forma, como já esclarecido, a prerrogativa de decidir, a partir de proposição do Presidente da República, provocado, por seu turno, pelo CMN, sobre a exoneração do presidente e diretores do Banco Central (art. 5º, inciso IV, § 1º).

159. Na mesma linha, o presidente do BCB deverá apresentar ao Senado, em arguição pública, no primeiro e no segundo semestres de cada ano, relatório de inflação e relatório de estabilidade financeira, explicando ao Parlamento as decisões tomadas no semestre anterior (art. 11).

160. A atuação do BCB, conforme o modelo de autonomia aperfeiçoado pela LC nº 179, de 2021, não está, enfim, de forma alguma isolada do ordenamento jurídico brasileiro, sujeitando-se, ao contrário, a par da obrigação específica prevista no art. 11 da referida lei, a uma série de salvaguardas institucionais e mecanismos de fiscalização, transparência e prestação de contas que asseguram sua plena adequação às exigências do Estado Democrático de Direito estabelecidas pela CRFB, entre as quais o inafastável controle jurisdicional dos seus atos pelo Poder Judiciário, além dos demais controles internos e externos a que se sujeitam todos os órgãos e entidades da Administração Pública federal, bem como inúmeros mecanismos de transparência de gestão e de participação popular na elaboração e discussão de atos normativos de competência da Autarquia.

e) Razões que fundamentam a autonomia do BCB

161. A autonomia do BCB prevista na LC nº 179, de 2021, não é escolha político-ideológica, mas sim decisão democraticamente adotada pelo Estado, por iniciativa do Presidente da República e aprovada pelo Congresso Nacional, fruto de longo processo de amadurecimento político-institucional, que passou por várias legislaturas e mandatos presidenciais, além de encontrar importantes e bem-sucedidos paralelos na experiência internacional.

162. Não se trata de medida apressada, mas que deflui de antiga discussão política, técnica e acadêmica que remonta a períodos anteriores aos primórdios da criação do BCB, passa pela tramitação parlamentar da proposição legislativa que leva à edição da Lei nº 4.595, de 1964, volta à tona nas deliberações da Assembleia Nacional Constituinte, adquire *status* constitucional na Constituição de 1988 – quando apenas a questão sobre mandatos fixos é delegada ao legislador infraconstitucional –, progride ao longo de debates parlamentares a respeito de inúmeros projetos que buscavam regulamentar os artigos 164 e 192 da CRFB e, finalmente, deságua no texto da LC nº 179, de 2021.

163. O próprio BCB também evoluiu desde sua criação, adequando sua organização administrativa e institucional para alcançar, após o exercício da autonomia “*de fato*” de que já dispunha, a necessária maturidade para merecer a confiança da sociedade e dos poderes constituídos, estando, pois, apto a receber a autonomia formal, a fim de que seus dirigentes possam bem conduzir a política

monetária mediante o exercício de mandatos fixos, vinculados ao cumprimento dos objetivos constitucionais e legais da Autarquia, empregando os meios legalmente previstos para alcançar as metas estabelecidas pelo CMN.

e.1) A ideia de banco central autônomo não é monopólio de nenhuma corrente política, econômica ou ideológica

164. Para evidenciar que não se trata de optar por determinada linha da teoria econômica ou doutrina político-ideológica e também demonstrar que o tema vem sendo debatido desde antes da criação do BCB, bastaria citar alguns excertos do Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social, 1963-65⁵⁰, concebido pelo então Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda do Governo João Goulart, o economista Celso Furtado. Dentre as chamadas “DIRETRIZES PARA AS REFORMAS DE BASE REQUERIDAS PELO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO”, destaca-se daquele Plano Trienal, de 1962, a falta de “condições institucionais básicas” para combater “a pressão inflacionária e o conseqüente alto custo social do desenvolvimento de nossa economia”, razão por que se propunha, entre outras medidas:

“5.2. – REFORMA BANCÁRIA

[...]

No que respeita ao problema de estrutura administrativa pública mais adequada ao controle da moeda e do crédito, convém distinguir liminarmente, dois níveis: o Conselho Monetário, com a função de determinar a política monetária e bancária e o Banco Central, propriamente dito, cuja função é executar a política traçada pelo Conselho.

Examinando-se, em primeiro lugar, o problema de Banco Central, cabe indagar que aperfeiçoamentos devem ser introduzidos na estrutura dos órgãos que atualmente desempenham função dessa natureza, relegando-se a segundo plano o exame de alternativas teóricas. Colocada nestes termos a questão, há que examinar três posições básicas:

a) expansão da SUMOC, para completar-lhe a estrutura e funções instituídas em 1945, com o objetivo expresso de preparar a criação do Banco Central;

b) transferência ao Banco do Brasil S. A. de todas as funções de Banco Central, continuando aquela Instituição a desempenhar, concomitantemente, funções de banco comercial, rural e industrial;

c) a alternativa anterior, com eliminação, todavia, de todas as funções do Banco do Brasil incompatíveis com as de Banco Central.

Das três alternativas apontadas, a primeira e a última são aceitáveis, em termos de boa técnica de Banco Central, mas a segunda representaria hipertrofiar ainda mais as funções do Banco do Brasil, com repercussões seguramente negativas. Omitindo-se, por questão de síntese, as razões que justificam, embora teoricamente correta, a segunda alternativa, reconhece-se como solução mais recomendável a que compreende a ampliação da SUMOC, incorporando-se-lhe a Carteira de Redescostos e a Caixa

50 BRASIL, Presidência da República. Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social, 1963-65 – síntese. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1962, pp. 192 e 193. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.seplan.planejamento.gov.br/handle/iditem/495>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

de Mobilização Bancária, cujas atribuições atuais representam praticamente o essencial das funções executivas de Banco Central, cabendo acrescentar, apenas, o poder de supervisão do mercado cambial e a custódia das reservas monetárias internacionais oficiais. Paralelamente a SUMOC será transformada em Autarquia, para que tenha independência administrativa e possa atuar eficientemente.”⁵¹

165. A solução então proposta para a criação de um banco central brasileiro foi aquela formulada por Celso Furtado, considerado “*um grande crítico do liberalismo*”⁵². Furtado propôs a criação de banco central independente, “*para que possa atuar eficientemente*”, considerado uma das “*condições institucionais básicas*” para o desenvolvimento econômico com controle sobre a “*pressão inflacionária*” e sem o “*consequente alto custo social*”.

166. Àquela época, 1962, o maior grau de autonomia que uma entidade de direito público poderia ter seria adquirindo a natureza de autarquia. É legítimo afirmar que a simples “*independência administrativa*”, naquelas circunstâncias históricas – quando preponderava a concepção de Estado intervencionista e planejador do desenvolvimento econômico –, já seria administrativa e politicamente igual a ou maior do que a “*autonomia*” que hoje a LC nº 179, de 2021, confere ao BCB, no atual contexto, em que vários setores da atividade econômica são regulados por agências dotadas de autonomia e dirigidas por autoridades com mandatos fixos, não coincidentes com o de Presidente da República.

167. Atualmente, um banco central sem autonomia completa seria, *mutatis mutandi*, mais fraco e ineficiente para cumprir os objetivos da política monetária do que banco central apenas com natureza autárquica em 1962 (ano do Plano Trienal) ou 1964 (ano em que a Sumoc viria finalmente a ser transformada na autarquia BCB). Considerando, portanto, que o banco central autárquico em 1962 já era um grande avanço em termos de autonomia, declarar, em sentido contrário, a esta altura do desenvolvimento institucional do País, que o Congresso Nacional e o Presidente da República, em conjunto, não podem, por lei complementar, atribuir autonomia ao banco central seria lamentável e injustificável retrocesso.

168. Mas, já naquela época, discutiu-se o assunto e acabou-se decidindo pela concessão de autonomia, com mandatos fixos para os dirigentes do banco central, na versão original da Lei nº 4.595, de 1964.

169. Muito embora o PL nº 15, de 1963⁵³, que viria a ser aprovado na forma da Lei nº 4.595, de 1964, não trouxesse originalmente a previsão de mandatos fixos para os dirigentes do banco central – mas sim para três dos sete membros do CMN –, em sua tramitação parlamentar a ideia de independência evoluiu, e a lei que criou o BCB foi editada com mandato de seis anos para os diretores da autarquia monetária. Tal mandato viria posteriormente a ser ampliado para sete anos em 1967 e, por fim, extinto em 1968 pelo Ato Institucional nº 5.

170. Nada mais é preciso dizer para desvincular a ideia de autonomia do banco central de qualquer dogma doutrinário ou preferência político-ideológica.

⁵¹ Idem, ibidem. Destaques acrescentados.

⁵² Disponível em: <<https://voyager1.net/economia/economistas-de-esquerda/>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

⁵³ Diário do Congresso Nacional, de 6 de abril de 1963, Seção I, pp.1256/1260. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCDo6ABR1963.pdf#page=10>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

e.2) A maturidade institucional do BCB para ser autônomo

171. Alan Blinder, economista americano que foi Vice-Presidente do banco central americano entre junho de 1994 e janeiro de 1996, na coletânea de conferências publicada na forma de sucinto, mas impactante, livro, intitulado *Bancos Centrais: Teoria e Prática*, na última conferência, denominada *Independência do Banco Central*, trata, além de considerações econômicas, de aspectos práticos, filosóficos e organizacionais relativos à ideia de independência do banco central.

172. Sobre a **definição e base teórica** da questão da independência do banco central, afirma Blinder que a independência do banco central pressupõe o atendimento de duas condições. Primeiro, “*em uma democracia, parece inteiramente apropriado que as autoridades políticas definam os objetivos e depois instruem o banco central a tentar atingi-los*”. O banco central “*não precisa ter autoridade para definir os objetivos*”, o que seria “*uma concessão de poder inapropriadamente grande*”. Basta que tenha “*independência de instrumento, mas não de objetivo*”⁵⁴.

173. É exatamente o que consta na LC nº 179, de 2021: os objetivos do Banco Central já estão definidos no art. 1º, e o estabelecimento das metas da política monetária é atribuído pelo art. 2º ao CMN, cabendo ao BCB “*conduzir a política monetária necessária para o cumprimento das metas estabelecidas*”. Vale dizer, o BCB não irá definir os objetivos da política monetária, mas sim adotar as medidas necessárias para alcançá-los.

174. A segunda condição vislumbrada por Blinder diz respeito à quase irreversibilidade das decisões do banco central, no sentido de que o custo político para que se reverta uma decisão técnica do banco central seja elevado. Não fosse assim, “*o Fed não seria realmente independente, já que suas decisões seriam acatadas apenas quando não desagradassem alguém mais poderoso*”, afirma o autor. Ele ainda esclarece que “[p]ara ser independente, o banco central precisa ter a liberdade de fazer as coisas politicamente impopulares”, mas tecnicamente necessárias.⁵⁵

175. Sem dúvida, combater a inflação muita vez requer da autoridade monetária a adoção de medidas contrárias às preferências políticas dos governantes, o que por si só justifica a necessidade de autonomia, considerações perfeitamente aplicáveis à realidade brasileira. Para isso, os mandatos que a novel LC nº 179, de 2021, confere ao BCB constituem salutar medida de boa técnica de bancos centrais, a fim de controlar as “*pressões inflacionárias*” e evitar o “*alto custo social*” do desenvolvimento econômico, conforme já prenunciava o referido projeto de lei de criação do BCB.

176. E o banco central deve ser independente, ainda segundo Blinder, por razão muito simples: “[a] política monetária, por sua própria natureza, requer um horizonte de longo prazo”, pois “*as pessoas responsáveis pela tomada de decisões não veem os resultados de suas ações por um bom tempo*”.⁵⁶

177. É sábio, conforme preconiza o autor, “*despolitizar a política monetária*”, colocando-a nas mãos de uma **Diretoria composta por profissionais com notório saber na área**, aprovados pelo Senado, mas “*protegidos do agito da política*”. Eis as “*razões para retirar as decisões relativas à política*

⁵⁴ BLINDER, Alan S. *Bancos centrais: teoria e prática*. Tradução de Maria Abramo Caldeira Brant. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 72.

⁵⁵ Idem, ibidem, p. 77.

⁵⁶ Idem, ibidem, p. 73.

*monetária da ‘selva política’: as decisões sobre políticas monetárias claramente exigem um horizonte de longo prazo, porque seus efeitos alocativos e distribucionais irão reverberar por muitos anos”.*⁵⁷

178. A LC nº 179, de 2021, vem, em boa hora, ao encontro dessas orientações, que têm o propósito de propiciar boa política monetária, de modo a promover o desenvolvimento equilibrado da economia, com controle sobre as “pressões inflacionárias”, razão por que os diretores do BCB terão mandatos fixos e serão “*todos nomeados pelo Presidente da República entre brasileiros idôneos, de reputação ilibada e de notória capacidade em assuntos econômico-financeiros ou com comprovados conhecimentos que os qualifiquem para a função*” (art. 3º), “*após aprovação de seus nomes pelo Senado Federal*” (art. 4º).

f) O banco central e a alegação de “captura” pelo mercado

179. Os autores da ADI nº 6.696 alegam que a autonomia do BCB tornaria a instituição vulnerável à “captura” pelo mercado. Essa argumentação, que se fundamenta em indemonstrados riscos de influências indevidas sobre os dirigentes e servidores da autoridade monetária, ignora a inserção do BCB na administração pública e toda a robusta e diversificada estrutura legal e institucional em matéria de deveres funcionais e éticos dos agentes públicos.

180. Com efeito, o BCB sujeita-se a extenso arcabouço normativo que visa a preservar os agentes públicos de conflitos de interesse no exercício de suas atribuições e após deixarem seus cargos. Podem-se citar, como exemplos de diplomas aplicáveis aos dirigentes e servidores do BCB em matéria de obrigações funcionais, ética pública e transparência e responsabilidade na gestão, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Lei do Regime Jurídico Único dos servidores públicos federais) e extensa legislação complementar (por exemplo, a Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, e a Lei nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008); a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação); a Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 (Lei de Conflito de Interesses); a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei da Empresa Limpa); a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa); o Código de Conduta da Alta Administração Federal, divulgado pela Exposição de Motivos nº 37, de 18 de agosto de 2000; o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, anexo ao Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994; o Código de Conduta dos Servidores do Banco Central do Brasil, aprovado pelo Voto BCB nº 136, de 22 de abril de 2008; e as Resoluções e Orientações da Comissão de Ética Pública (CEP) da Presidência da República (CEP-PR). A tais normas, a que se alude em caráter exemplificativo, soma-se contundente legislação penal, podendo-se referir, à guisa de exemplo na esfera de atuação do BCB, os crimes contra a administração pública e os crimes contra o SFN.

181. Esse abrangente e variado contexto normativo é acompanhado por robusta estrutura de órgãos dedicados à fiscalização e ao controle dos atos dos dirigentes e servidores do BCB, podendo-se referir, sob esta rubrica, o Congresso Nacional, o Ministério Público e o Poder Judiciário, bem como o Tribunal de Contas da União, a Controladoria-Geral da União e a Comissão de Ética Pública da Presidência da República. Nessa linha, citem-se, ainda, as instâncias de controle próprias do BCB, que compreendem a Procuradoria-Geral, a Corregedoria-Geral e a Auditoria Interna, bem como a auditoria de suas demonstrações financeiras por empresa de auditoria independente. Ademais,

⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 76. Destaques acrescentados.

deve-se recordar que a governança e os procedimentos e rotinas do BCB sujeitam-se a avaliações internacionais por organismos e fóruns multilaterais, cabendo indicar, dentre outros, o *Financial System Assessment Program*, conduzido conjuntamente pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial, e as avaliações realizadas pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (Gafi).

182. Por fim, não é demais recordar que o corpo funcional do BCB é integralmente composto por funcionários de carreira, admitidos por concurso público e detentores de cargos efetivos, contando o BCB com arraigada cultura institucional de tratamento técnico, ético e profissional das questões compreendidas na esfera de suas atribuições. Todas as funções de chefia e de assessoramento do BCB são, por determinação legal, de exercício privativo dos integrantes de suas carreiras. A única exceção são os cargos de Presidente e de Diretores do BCB, cujos provimento e exoneração, consoante extensamente demonstrado acima, sujeitam-se, na forma da CRFB e da LC nº 179, de 2021, a mecanismos eficazes de controle por instâncias democráticas e judiciais.

183. Toda essa estrutura legal e institucional continua a aplicar-se integralmente ao BCB, nada havendo, na LC nº 179, de 2021, que afaste sua incidência. Não há, portanto, qualquer suporte à afirmação de que a autonomia do BCB abriria espaço para indiscriminada “captura” por interesses de mercado; ao contrário, o ordenamento jurídico pátrio é pleno em normas, procedimentos e controles para evitar influências indevidas e conflitos de interesses no âmbito do BCB.

184. A bem da verdade, é na ausência de autonomia que se poderia vislumbrar, em tese, o risco de influências indevidas de agentes de mercado, mediante pressões encampadas por meio do poder político. A experiência institucional brasileira, afortunadamente, não registra casos de ingerências indevidas sobre a atuação da autoridade monetária. Não se pode negar, em todo o caso, o mérito da LC nº 179, de 2021, para, na linha de experiências bem-sucedidas na esfera internacional, consagrar modelo de gestão autônoma e técnica para o BCB.

g) Abertura e responsabilização do BCB

185. Medidas de política monetária têm efeitos profundos sobre as vidas de pessoas comuns. Em uma democracia, o banco central deve *explicação* sobre o que está fazendo, por que o faz e o que espera conseguir.

186. A liberdade de agir do banco central implica *obrigação* de explicar – motivar – suas decisões perante a população. A independência e a responsabilização são simbióticas, não conflitantes. Mas explicar as decisões não significa submetê-las a votação. Uma maior abertura pode até mesmo melhorar a eficiência da política monetária como estabilizador macroeconômico.

187. Essa *abertura* e, especificamente, esse dever de *explicação*, estão expressamente impostos ao BCB pelo art. 11 da LC nº 179, de 2021⁵⁸. Mas isso não é novidade. O BCB já apresentava, periodicamente, relatórios à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado.

⁵⁸ “Art. 11. O Presidente do Banco Central do Brasil deverá apresentar, no Senado Federal, em arguição pública, no primeiro e no segundo semestres de cada ano, relatório de inflação e relatório de estabilidade financeira, explicando as decisões tomadas no semestre anterior”.

188. Exemplo da transparência do BCB no desempenho de suas atribuições legais é a publicação imediata das atas do Copom. Pelo menos desde a 24ª Reunião do Copom, realizada em 20 de maio de 1998, as atas do Copom são publicadas no sítio eletrônico do BCB.⁵⁹

189. A Lei de Acesso à Informação, instituto amplamente apropriado e utilizado pelos cidadãos brasileiros, também visa a atender a esse requisito de abertura e transparência, sendo mais uma boa prova da maturidade institucional, nesse caso, não só do BCB, mas da própria sociedade brasileira para exigir abertura e responsabilidade de um banco central autônomo.

190. Um lado importante dessa abertura é a promoção da educação financeira. Não basta o banco central ser aberto e explicar suas ações de modo mais claro, objetivo e acessível ao público em geral. É preciso, por outro lado, promover também a educação financeira do consumidor do serviço bancário para que esta explicação lhe seja mais compreensível. Para isso, o Programa de Educação Financeira do BCB⁶⁰ é mais uma prova de maturidade para a autonomia do banco central.

191. Os relatórios e explicações semestrais que o BCB deve apresentar em “*arguição pública*” no Senado (art. 11 da LC nº 179, de 2021) visam a atender ao requisito de transparência, somando-se a inúmeras outras medidas de prestação de contas e divulgação de informações, já previstas na legislação em vigor, a exemplo da divulgação das atas do Copom.

192. A autonomia concedida pela LC nº 179, de 2021, conforme já se aventou acima, também tem o efeito de conferir ao BCB maior independência em relação aos mercados, de modo a adotar decisões que não necessariamente sigam as expectativas já “precificadas” pelos agentes econômicos. O controle do Senado sobre as indicações de nomes para ocupantes das diretorias do BCB milita no mesmo sentido de mitigar riscos de captura da autarquia especial por pessoas que representem interesses de grupos específicos da sociedade.

193. E a “quarentena”, prevista no art. 10, inciso III e parágrafo único, da LC nº 179, de 2021, além de outras normas e órgãos de controle, como já ressaltado, contribui para propiciar a autonomia do presidente e dos diretores do BCB não só em relação à política, mas também em relação ao mercado, o que é igualmente relevante.

194. Enfim, pode-se concluir, com base nos registros históricos da evolução do tema no Brasil, que o BCB está maduro o suficiente para receber a autonomia que os poderes legitimamente constituídos lhe conferem por meio da CRFB (art. 164) e da LC nº 179, de 2021. Essa escolha não está baseada em motivações político-ideológicas ou em dogmas doutrinários, mas em razões técnicas e práticas que levaram o Estado a conceder autonomia ao BCB, por ser a solução que melhor atende ao objetivo constitucional do SFN, que é promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade (art. 192).

59 Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/publicacoes/atascopom>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

60 Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pre/pef/port/pefpublicoexterno.asp?frame=1>>. Acesso em: 14 mar. 2021. “O Programa de Educação Financeira do Banco Central (PEF-BC) envolve ações que visam propiciar orientação à sociedade sobre assuntos financeiros, destacando o papel do Banco Central como agente promotor da estabilidade econômica. O propósito é contribuir para que as pessoas entendam as relações que influenciam suas vidas na área da economia e das finanças. Trata-se de um programa sintonizado com tendências de bancos centrais de outros países e de instituições financeiras modernas, que vêm aderindo a essa nova forma de contato com os cidadãos, independentemente do segmento social a que estes pertencam.”

h) Elementos da prestação de contas do BCB. Fundamentação das decisões do Copom e transparência da Autarquia. Publicação de exposição de motivos e outros

195. Outro ponto que merece ser rebatido, na argumentação veiculada pela petição inicial, diz respeito à suposta inexistência de mecanismos de controle e de prestação de contas BCB.

196. Para a parte autora, a LC nº 179, de 2021, permitiria que o BCB passasse a atuar de forma ilimitada, sem qualquer previsão de controle e de prestação de contas de seus atos. A parte autora afirma que a norma legal impugnada tornaria o BCB um “superpoder”, sem legitimidade democrática.

197. Nada mais desarrazoado e desconectado com os preceitos constitucionais aos quais a atuação do BCB está jungida.

198. Primeiro, os atos do BCB, que continua integrando a Administração Pública federal, na condição de autarquia de natureza especial, continuarão a ser fiscalizados nos termos da CRFB e das leis de regência. Nada se encontra na LC nº 179, de 2021, ou na legislação em vigor, que torne o BCB ou seus dirigentes imunes aos imperativos constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, nem que os dispense da observância do regime jurídico-administrativo incidente sobre a integralidade da Administração Pública, sob vigilante controle do Congresso Nacional, do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público e do Poder Judiciário, além das instâncias de controle interno do Poder Executivo, a exemplo da Controladoria Geral da União.

199. No que concerne à adoção de mandatos fixos para os dirigentes do BCB, o STF, como já consignado, tem precedente que considera constitucional a previsão de mandatos para o exercício de cargo de dirigente de agência reguladora.⁶¹ Ou seja, não há inconstitucionalidade na LC nº 179, de 2021, no que tange à adoção de mandatos fixos para o presidente e os diretores do BCB, tampouco a lei questionada torna os atos dos mencionados dirigentes imunes a qualquer tipo de controle.

200. Na verdade, a norma legal impugnada traz, de forma inédita, as hipóteses que autorizam a exoneração do Presidente e dos Diretores do BCB, de forma a, num só tempo, tornar mais transparente para a sociedade as situações em que um dirigente do BCB pode ser exonerado pelo Presidente da República e permitir o controle dos atos praticados na condução das políticas públicas a cargo da Autarquia. Vejam-se, como exemplo, as situações descritas nos incisos III e IV do art. 5º da LC nº 179, de 2021, que contradizem a argumentação da parte autora de que o BCB seria um “superpoder” imune ao controle da sociedade.

201. Quanto à sustentada ausência de previsão na norma impugnada de meios que permitissem a prestação de contas, a parte autora não aponta qual norma ou princípio constitucional estaria sendo vulnerado e demonstra desconhecer as várias iniciativas do BCB no sentido de tornar mais transparente a gestão das políticas públicas a cargo da Autarquia, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição.

⁶¹ STF, ADI nº 1.949, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 17/9/2014, DJe-224 14-11-2014. A ementa deste precedente está transcrita no item 119 deste pronunciamento.

202. Por exemplo, o BCB disponibiliza em sua página eletrônica acesso à informação institucional, planejamento estratégico, ações e programas, além de convênios, acordos e demais compromissos da espécie.⁶² No mesmo diapasão, o BCB publica anualmente todos os pedidos formulados de acesso à informação com base na Lei nº 12.527, de 2011.

203. Cite-se, também nesse passo, a divulgação da agenda regulatória, a Agenda BC#, projeto iniciado em 2016, na qual o BCB tornou pública a sua agenda de trabalho, prestando conta de ações a serem desenvolvidas no curto, médio e longo prazo.⁶³ Além de buscar a queda no custo do crédito, a modernização da legislação e a eficiência no sistema, a Agenda BC# mira a inclusão, a competitividade e a transparência, pautas de um sistema financeiro do futuro.⁶⁴

204. A Agenda BC# se fundamenta em cinco dimensões: (i) inclusão: facilidade de acesso ao mercado para todos: pequenos e grandes, investidores e tomadores, nacionais e estrangeiros; (ii) competitividade: adequada precificação por meio de instrumentos de acesso competitivo aos mercados; (iii) transparência: no processo de formação de preço e nas informações de mercado e do BC; (iv) educação: conscientização do cidadão para que todos participem do mercado e cultivem o hábito de poupar; (v) sustentabilidade: alocação de recursos direcionada para o desenvolvimento de uma economia mais sustentável, dinâmica e moderna.

205. Lembre-se, outra vez mais, a divulgação em transparência ativa das atas do Copom e da previsão da LC nº 179, de 2021, das arguições públicas semestrais (art. 11) com a apresentação de relatório de inflação e de relatório de estabilidade financeira.⁶⁵

206. Desse modo, contrariamente ao que argumenta a parte autora, a adoção política de um BCB autônomo não gerará insindicabilidade ou falta de transparência dos atos da Autarquia.

CONCLUSÃO

207. Posto isso, conclui-se, preliminarmente, que a ADI nº 6.696 não merece sequer ser conhecida, ante a ausência da adequada e específica fundamentação jurídica do pedido e, ainda mais grave, a ausência de pedido de declaração de inconstitucionalidade (Lei nº 9.868, de 1999, art. 3º).

208. No mérito, verifica-se que a LC nº 179, de 2021, não padece dos vícios de constitucionalidade formal e material alegados na petição inicial. Muito distintamente, a referida lei complementar vem conferir concretude ao programa constitucional de autonomia na gestão monetária.

É o parecer que, uma vez aprovado pelo Procurador-Geral, poderá ser remetido à consideração do senhor Advogado-Geral da União.

62 Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/lai>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

63 Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/bemais>>. Acesso em 10 mar. 2021.

64 Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/bchashtag>>. Acesso em 10 mar. 2021.

65 Sobre o tema, cf., ainda, o Despacho 6874/2021-BCB/Depep, acostado aos autos com as informações do Presidente da República (peça 31 dos autos, em especial fl. 33).

LUCIANA LIMA ROCHA
Subprocuradora-Chefe do Banco Central
Procuradoria Especializada em Processos
Judiciais Relevantes (PRJUD)
OAB/DF 25.743

GUILHERME CENTENARO HELLWIG
Procurador do Banco Central
Procuradoria Regional do Banco Central no Rio
Grande do Sul (PRERS)
OAB/RS 47.267

LUCAS FARIAS MOURA MAIA
Procurador-Chefe do Banco Central
Procuradoria Especializada em Processos
Judiciais Relevantes (PRJUD)
OAB/GO 24.625

ERASTO VILLA-VERDE FILHO
Subprocurador-Geral do Banco Central
Câmara de Contencioso Judicial e
Execução Fiscal
OAB/DF 9.393

FLAVIO JOSÉ ROMAN
Procurador-Geral Adjunto do Banco Central
Seção de Contencioso Judicial e Gestão Legal (PGA-2)
OAB/DF 15.934

Aprovo o percuciente parecer.

Ao senhor Advogado-Geral da União, conjuntamente com o pronunciamento técnico expedido pelo Departamento de Estudos e Pesquisas do Banco Central do Brasil (Despacho 6874/2021-BCB/Depep), a título de subsídios para sua manifestação na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.696-DF.

CRISTIANO COZER
Procurador-Geral do Banco Central
OAB/DF 16.400 – Matrícula 2.191.156-8

Parecer Jurídico 417/2020-BCB/PGBC

Parecer que analisa a conduta a ser adotada por área técnica do Banco Central nos casos de pedidos de acesso à informação, com base na Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação ou LAI), que solicitam acesso a documentos e informações constantes em processos que examinam propostas de Termo de Compromisso (TC).

André Ubaldo Roldão

Procurador do Banco Central

Eliane Coelho Mendonça

Procuradora-Chefe do Banco Central

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Subprocuradora-Geral do Banco Central

Marcel Mascarenhas dos Santos

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

Parecer Jurídico 417/2020-BCB/PGBC
PE 177650

Belo Horizonte, 13 de julho de 2020.

Ementa: Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP). Departamento de Gestão Estratégica e Supervisão Especializada (Degef). Consulta sobre a conduta a ser adotada pela área técnica nos casos de pedidos de acesso à informação, com base na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação ou LAI), que solicitam acesso a documentos e informações constantes em processos que analisam propostas de Termo de Compromisso (TC). Art. 13 da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. A legislação, quando assegura o sigilo da proposta de TC, garante a confidencialidade de toda a negociação levada a efeito no âmbito do Banco Central do Brasil (BCB). Por outro lado, desde que suprimidas as informações porventura protegidas por outras hipóteses de segredo legal, deve-se fornecer ao cidadão, no âmbito do procedimento da LAI, além do inteiro teor do TC (que já é publicado), também a decisão administrativa e eventual manifestação jurídica que veiculam os fundamentos de fato e de direito para a celebração do referido instrumento. Pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso. Art. 2º, inciso I, da Portaria PGBC nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018.

Senhora Procuradora-Chefe,

ASSUNTO

Trata-se de consulta do Departamento de Gestão Estratégica e Supervisão Especializada (Degef), formulada no documento Informações e Despacho 17268/2020-BCB/Degef, de 1º de julho de 2020, por meio da qual a área técnica solicita que a Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) examine a “*pertinência de pedidos de acesso a informações e/ou documentos constantes de processos relativos a propostas de Termo de Compromisso (TC)*” baseados na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação ou LAI) (doc. 1).

2. O Degef, na parte inicial da consulta, apresenta as seguintes considerações:

2. Para a referida análise, permita-nos apresentar, em síntese, algumas considerações sobre o possível sigilo a que estariam submetidas essas informações: i) o regime de sigilo estatuído pela Lei nº 13.506/2017; ii) o posicionamento deste Banco Central sobre o sigilo bancário, comercial e o tratamento confidencial das informações de Supervisão e suas implicações no TC; iii) eventual antinomia entre a LAI e a Lei nº 13.506/2017, e os critérios consagrados para solução de conflito aparente entre normas; iv) o posicionamento da Controladoria-Geral da União (CGU) corroborando a preocupação desta Autarquia em não divulgar informações sensíveis à estabilidade do Sistema Financeiro Nacional (SFN), e sua pertinência ao TC; v) eventual inobservância dos deveres anexos de conduta decorrentes da boa-fé objetiva e o risco de esvaziamento da utilização do instrumento negocial; e, por fim, vi) razões de ordem prática.

3. Após expor seus argumentos sobre cada um dos tópicos acima, o Degef assim conclui sua manifestação:

42. Feitas essas considerações, oportuno ressaltar que as manifestações da Autarquia presentes nos processos que tratam de proposta de TC, principalmente os relatórios e os votos referentes à admissibilidade e à aprovação do TC, fazem, a toda evidência, constantemente referências às pretensões e condições ofertadas na proposta (à qual, conforme exposto, é atribuído rigoroso regime de sigilo). Some-se a isso que ditas manifestações, não raro, aludem a dados protegidos por sigilo bancário ou comercial e a informações sobre ações de supervisão em execução, não se devendo perder de vista, ainda, a natureza da cognição exercida por esta Autarquia sobre o contexto fático subjacente ao TC.

43. À vista do exposto, entendemos que os pedidos de acesso a informações constantes de processos que tratam de proposta de TC com base na LAI devem ser indeferidos, sobretudo em razão do regime de sigilo estatuído pela Lei nº 13.506/2017, mas, também, em função de que a exposição dos dados poderia gerar risco de imagem ao BCB e de esvaziamento da utilização do TC, o que iria na contramão do aperfeiçoamento da Supervisão do SFN.

4. Os autos eletrônicos, então, foram submetidos a esta Procuradoria Especializada e a mim distribuídos, para análise e manifestação.

5. É o necessário relatório. Passo à apreciação jurídica.

APRECIÇÃO

6. A Lei nº 12.527, de 2011, respaldada nos art. 5º, inciso XXXIII¹, e 37², da Constituição da República, possui algumas normas que demonstram que a regra no exercício das funções públicas deve ser a publicidade, e a exceção, o sigilo. Por pertinente, são colacionados alguns dispositivos do referido diploma legal:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

[...]

Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:

I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação; [...]

¹ Art. 5º [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...]

² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

7. Por outro lado, a LAI, ao disciplinar o acesso à informação, não ignorou as hipóteses legais de sigilo, consagrando-as em seus arts. 6º, inciso III, 7º, § 1º, e 22, *in verbis*³:

Art. 6º [...] III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

[...]

Art. 7º [...] § 1º O acesso à informação previsto no caput não compreende as informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

[...]

Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.

8. Uma dessas hipóteses legais de sigilo, resguardadas pela LAI, encontra-se disciplinada no art. 13, § 1º, da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, que prescreve a confidencialidade da proposta de TC, nos seguintes termos:

Art. 13. O termo de compromisso será publicado, de forma clara e suficiente para compreensão de suas cláusulas, no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil, no prazo de 5 (cinco) dias, contado de sua assinatura.

§ 1º A proposta de termo de compromisso será sigilosa.

[...].

9. Conforme esclarecido na Nota Jurídica 3933/2018-BCB/PGBC, de 18 de dezembro de 2018⁴, ao tratar do sigilo da proposta de TC, a legislação busca incentivar o administrado a utilizar o referido instituto jurídico, garantindo que aquele que vem a esta Autarquia informar uma conduta supostamente ilícita não seja exposto desnecessariamente, uma vez que a proposta pode ou não culminar na celebração do acordo. Ainda segundo a referida manifestação jurídica, e corroborando os apontamentos do Degef, de forma distinta ao que ocorre com o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (APS)⁵, a norma assegura a confidencialidade da proposta de TC independentemente de o instrumento ser celebrado ou não com esta Autarquia. Dessa forma, tem razão a área técnica, que, em seu arrazoado, sustenta:

3 No âmbito infralegal, o art. 6º, inciso I, do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, estabelece que o acesso à informação disciplinado naquele decreto não se aplica “às hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça”.

4 De autoria da Procuradora Fernanda Quintas Vasconcelos, com despacho da Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça.

5 O art. 30, § 1º, da Lei nº 13.506, de 2017, estabelece que a proposta de APS “permanecerá sob sigilo até que o acordo seja celebrado”.

[...] o legislador, quando quis que o sigilo dos instrumentos de supervisão constituídos pela Lei nº 13.506/2017 fosse levantado, ele o fez expressamente. Ao tratar de TC, contudo, aduziu simplesmente que a proposta será sigilosa, sem estabelecer um marco temporal para que ela fosse divulgada a terceiros, do que se pode depreender que ela deverá ser mantida em sigilo mesmo após a celebração do instrumento negocial.

10. Além da questão relacionada ao incentivo à utilização do instituto jurídico, pontuada na Nota Jurídica 3933/2018-BCB/PGBC, o sigilo da proposta de TC também guarda pertinência com o interesse público, uma vez que, consoante elucidado no Parecer Conjunto 524/2017-Diorf/PGBC, de 3 de agosto de 2017⁶, a integridade e a estabilidade do Sistema Financeiro Nacional (SFN), em razão da natureza diferenciada de suas operações, são alicerçadas na confiança e credibilidade que os investidores depositam em suas instituições. Nesse sentido, considerando que o TC não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta (art. 14, parágrafo único⁷, da Lei nº 13.506, de 2017), a divulgação das tratativas no âmbito desta Autarquia poderia levar os agentes de mercado a conclusões equivocadas, com eventuais repercussões negativas tanto à própria instituição quanto ao sistema como um todo, a depender do caso⁸.

11. Nesse contexto, em linha com os objetivos da legislação e como forma de melhor preservar o interesse público, entende-se que o sigilo estabelecido pelo art. 13, § 1º, da Lei nº 13.506, de 2017, não se restringe à proposta de TC em si, mas a todos os documentos e informações produzidos pelo proponente e pelo BCB no curso da negociação levada a efeito no âmbito desta Autarquia, que se constituem, em suma, em desdobramento lógico do próprio conteúdo fático narrado na proposta.

12. Por outro lado, o mesmo art. 13 da Lei nº 13.506, de 2017, ao tempo em que determina a confidencialidade da proposta de TC, impõe apenas a publicação do instrumento celebrado no sítio eletrônico do BCB, de forma clara e suficiente para a compreensão de suas cláusulas. Apesar de não haver exigência legal de divulgação de seu inteiro teor, esta Autarquia, como medida de transparência e para atender a compromissos assumidos no trâmite do projeto da aludida lei, no âmbito do Congresso Nacional⁹, publica em seu sítio eletrônico a íntegra dos TC formalizados¹⁰.

13. De fato, a publicação do TC é medida bastante salutar, pois é do interesse desta Autarquia que os usuários do SFN conheçam as obrigações assumidas pelas instituições, inclusive para alinhar suas expectativas e permitir a colaboração para que os acordos sejam efetivamente cobrados e cumpridos¹¹. Ademais, é possível que parcela dos usuários do SFN seja beneficiária de compromissos assumidos pelas instituições, em caso de pactuação, por exemplo, de obrigação de restituir valores cobrados de seus clientes. É importante ressaltar, ainda, que, apesar de ser um instrumento negocial,

6 Subscrito pelo Diretor Sidnei Corrêa Marques e pelo Procurador-Geral Cristiano Cozer.

7 Art. 14. [...] Parágrafo único. O termo de compromisso não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem em reconhecimento da ilicitude da conduta analisada.

8 Na ocasião da edição do Parecer Conjunto 524/2017-Diorf-PGBC, a manifestação examinou dispositivo contido na Medida Provisória nº 784, de 7 de junho de 2017, que previa a possibilidade de o TC não ser publicado, nos casos em que a autoridade competente entender, mediante despacho fundamentado, que sua publicidade pode colocar em risco a estabilidade e a solidez do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Pagamentos Brasileiro ou de instituição supervisionada (art. 14, parágrafo único).

9 Conforme pontuado no Parecer Jurídico 593/2018-BCB/PGBC, de 10 de setembro de 2018, de minha autoria, com despachos da Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça e da Subprocuradora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira.

10 Conforme se pode conferir em: [https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanciera/termos_processosfn]. Acesso em 3 de julho de 2020.

11 Consoante afirmado no Parecer Conjunto 524/2017-Diorf/PGBC.

o TC não perde a sua condição de ato administrativo (em sentido amplo¹²) que limita ou afeta direitos ou interesses de sujeitos regulados, impondo-se ao BCB, portanto, o dever de motivá-lo, com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que levaram à sua edição, nos termos do art. 50, inciso I¹³, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

14. Assim, como forma de compatibilizar as normas até agora mencionadas, sopesando a transparência da atuação da Administração Pública com a proteção do administrado que busca nesta Autarquia a solução consensual de controvérsia, entende-se que, quando a legislação assegura o sigilo da proposta de TC, está-se garantindo a confidencialidade de toda a negociação levada a efeito no âmbito do BCB. **Há, portanto, sigilo imposto por lei aos documentos que instruem a proposta de TC e consubstanciam a interlocução entre o BCB e o administrado.** Por outro lado, desde que suprimidas as informações porventura protegidas por outras hipóteses de segredo legal, deve-se fornecer ao cidadão, no âmbito do procedimento da LAI, além do inteiro teor do TC (que já é publicado), também a decisão administrativa e eventual manifestação jurídica que veiculam os fundamentos de fato e de direito para a celebração do acordo.

15. Passando à análise do conteúdo dos documentos cujo acesso é admitido, não se olvida que, em tais instrumentos – quais sejam decisão administrativa e manifestação jurídica utilizada como fundamento para decidir – podem existir informações protegidas por sigilo (bancário, fiscal, empresarial etc.), pelo direito à intimidade *lato sensu* (art. 5º, inciso X¹⁴, da Constituição da República, e art. 31¹⁵ da LAI) ou cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (art. 5º, § 2º¹⁶, do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012), ou ainda informações sujeitas a outras hipóteses legais de restrição de acesso, as quais não podem ser divulgadas ao cidadão. Nessa situação, deve a área técnica franquear ao demandante acesso à parte não sigilosa da informação, mediante ocultação da parte sob sigilo, consoante procedimento previsto no art. 7º, § 2º, da LAI, *in verbis*:

Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

[...]

§ 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.

12 De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, ato administrativo em sentido amplo constitui-se na “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pg. 356), abrangendo, além dos atos administrativos em sentido estrito, os atos normativos da Administração Pública (que são gerais e abstratos) e os atos convencionais (a exemplo do TC).

13 Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; [...].

14 Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...].

15 Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

16 Art. 5º [...] § 2º Não se sujeitam ao disposto neste Decreto as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos.

16. Apesar de o referido dispositivo legal estabelecer que a informação parcialmente sigilosa pode ser fornecida ao cidadão de três maneiras distintas (certidão, extrato ou cópia com tarjas), recomenda-se que a área técnica, sempre que possível, opte por conceder acesso à documentação mediante a ocultação da parte sob sigilo, uma vez que essa é a única forma que garante a primariedade¹⁷ da informação. Essa, pois, é a orientação da Controladoria-Geral da União (CGU), extraída do estudo denominado “Aplicação da Lei de Acesso à Informação na Administração Pública Federal”¹⁸, que esclarece o seguinte quanto ao art. 7º, § 2º, da LAI:

Dentre as três opções apresentadas pelo legislador (certidão, extrato ou cópia com tarja), a CGU tem privilegiado a ocultação de trechos sigilosos, de modo que a primariedade da informação seja garantida. Por meio da tarja, não há intermediários entre a informação e o cidadão, que pode vê-la com os próprios olhos. Esse tipo de prática diminui a desconfiança do cidadão perante a administração e está intimamente relacionado à primariedade – conceito chave para a compreensão deste tópico (conforme definido na LAI, art. 4º):

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

X - primariedade - qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações; [...].

17. Passa-se, agora, ao exame mais detalhado de algumas considerações apresentadas pelo Degef no documento Informações e Despacho 17268/2020-BCB/Degef, que sustentariam o indeferimento total de pedidos de informações relacionados a processos relativos a TC e que, a meu ver, devem ser rechaçadas.

18. Em duas passagens (parágrafos 22¹⁹ e 36²⁰), a área técnica defende o tratamento sigiloso das informações colhidas pela Área de Supervisão do BCB, com base no seguinte excerto extraído da Nota Jurídica 146/2019-BCB/PGBC, de 23 de janeiro de 2019²¹:

16. São essencialmente sigilosas as informações que esta autarquia levanta a respeito da higidez econômico-financeira de instituições supervisionadas (ou mesmo com o objetivo de apurar a possível prática de irregularidades por estas), não podendo ser dadas a conhecer ao público em geral, sob pena de causar grave prejuízo à própria instituição – que pode eventualmente não padecer dos vícios de que se suspeita – e ao sistema financeiro nacional.

19. Para alcançar a referida conclusão, o autor daquela manifestação jurídica baseou-se numa interpretação ampla da expressão “informações” que consta do art. 2º, *caput*²², da Lei Complementar

17 O art. 7º, inciso II, da LAI, dispõe que o acesso à informação de que trata a Lei compreende o direito de obter “informação *primária, íntegra, autêntica e atualizada*”. (G. n.).

18 Disponível em: [https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/29957/12/aplicacao_lai_3a_ed.pdf]. Acesso em 2 de julho de 2020.

19 22. Nesse diapasão, já se concluiu que “são essencialmente sigilosas as informações que esta autarquia levanta a respeito da higidez econômico-financeira de instituições supervisionadas (ou mesmo com o objetivo de apurar a possível prática de irregularidades por estas), não podendo ser dadas a conhecer ao público em geral, sob pena de causar grave prejuízo à própria instituição – que pode eventualmente não padecer dos vícios de que se suspeita – e ao Sistema Financeiro Nacional”.

20 36. Oportuno reforçar o posicionamento de que “são essencialmente sigilosas as informações que esta autarquia levanta a respeito da higidez econômico-financeira de instituições supervisionadas (ou mesmo com o objetivo de apurar a possível prática de irregularidades por estas), não podendo ser dadas a conhecer ao público em geral, sob pena de causar grave prejuízo à própria instituição – que pode eventualmente não padecer dos vícios de que se suspeita – e ao sistema financeiro nacional”.

21 De autoria do Procurador Luis Eduardo Galvão Machado Cardoso, com despachos da Procuradora-Chefe Chiarely Moura de Oliveira, do Subprocurador-Geral Leonardo de Oliveira Gonçalves e do Procurador-Geral Adjunto Marcel Mascarenhas dos Santos.

22 Art. 2º O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.

nº 105, de 10 de janeiro de 2001, de forma a abranger todas as atividades do BCB que “*possam, de alguma forma, ser qualificadas como operações desta autarquia ou como informações obtidas em razão de suas atribuições*”, incluindo “*aquelas atividades desta autarquia realizadas em momento imediatamente anterior à coleta de informações e especificamente direcionadas à consecução de tais informações*”.

20. Não obstante, esse ponto foi objeto de ressalva expressa no despacho do Procurador-Geral Adjunto, uma vez que a interpretação atual da PGBC acerca do referido dispositivo legal restringe o sigilo bancário às informações obtidas pelo BCB relativas a operações ativas e passivas de instituições supervisionadas e aos serviços por elas prestados, quando permitam identificação dos titulares dos dados. Por pertinente, reproduz-se trecho do Parecer PGBC-128/2012, de 3 de maio de 2012²³, que traz sumário da tese vigente neste órgão jurídico:

3. Quanto à primeira parte da pergunta, cumpre consignar que esta Procuradoria-Geral outrora já se posicionou no sentido de que o dever de sigilo estampado no art. 2º²⁴ da Lei Complementar nº 105, de 2011, abrangeria quaisquer informações obtidas por esta Autarquia no exercício de suas atribuições²⁵. No entanto, **vigora atualmente o entendimento de que a expressão “informações que obtiver no exercício de suas atribuições”, contida no referido dispositivo legal, não abrange qualquer tipo de informação, mas apenas aquelas relativas à “operações ativas, passivas e serviços prestados pelas instituições financeiras”, conforme prescrito no art. 1º²⁶ da aludida lei complementar**. É o que consignou, a propósito, o Sr. Subprocurador-Geral Ailton Cesar dos Santos, em despacho, a seguir reproduzido, lançado no Parecer Dejur-459, de 2003²⁷:

Divirjo, com a devida vênia, da interpretação dada ao art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, pelo PARECER/2003/00442/DEJUR/PRCON e seguida nesta manifestação pelo Dr. Nelson Aguiar Júnior.

De fato, penso que a interpretação da lei há de se dar em seu conjunto, o que se denomina exegese sistêmica, além de outros métodos, todos devendo preferir à interpretação literal e isolada de dispositivo legal.

No caso presente, a expressão ‘informações que obtiver no exercício de suas atribuições’, constante do dispositivo em evidência, só pode se referir às informações tratadas na própria lei como estando sujeitas ao sigilo bancário, ou seja, aquelas relativas a operações ativas e passivas e serviços prestados pelas instituições financeiras, objeto do disposto no art. 1º da lei complementar.

As demais informações que o Banco Central obtiver no exercício de suas atribuições [...] obviamente não se tornam sigilosas porque delas toma conhecimento a autoridade monetária.

Ou seja, a informação está protegida pelo sigilo bancário na sua gênese, quando (i) tratar-se de operação ativa e passiva e serviço prestado por instituição financeira (art. 1º), ou (ii) quando disser respeito às operações próprias do Banco Central (art. 2º, ambos da Lei complementar nº 105, de 2001). O fato de o Banco Central tomar conhecimento de informações outras, não

23 De autoria de Igor Arruda Aragão e Leonardo de Oliveira Gonçalves, com despachos de Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, Arício José Menezes Fortes e Isaac Sidney Menezes Ferreira.

24 Art. 2º O dever de sigilo é extensível ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.

25 Conforme Parecer Dejur-442, de 2003, de autoria do procurador José Henrique Reis Rodrigues, com despacho da procuradora-chefe Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira e aprovado pelo subprocurador-geral João Correia de Magalhães.

26 Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

27 De autoria do procurador-chefe Nelson Alves de Aguiar Júnior, com despacho do subprocurador-geral Ailton Cesar dos Santos e aprovado pelo procurador-geral Francisco José de Siqueira.

originariamente sigilosas, não as faz tornarem-se sujeitas ao comando imperativo do sigilo bancário, conforme definido na lei. Como consequência, as informações sigilosas de que o Banco Central toma conhecimento no exercício de sua competência, também somente poderão ser desvendadas se a lei assim o autorizar. (G.n.)

4. Saliente-se ainda que as hipóteses em que o dever de sigilo desta Autarquia é excepcionado estão previstas expressamente na referida Lei Complementar e que entre elas não se encontra a divulgação de informações “não identificadas” ou “não identificáveis”. Recorde-se, entretanto, que se encontra pacificado, no seio desta Procuradoria-Geral, o entendimento de que a revelação de informações consolidadas, isto é, que não discriminam, de forma individualizada, operações ativas, passivas e serviços prestados por instituições financeiras, não constitui violação ao dever de sigilo imposto pela Lei Complementar nº 105, de 2001²⁸. Ressalve-se, contudo, que, se for verificado que o cruzamento de informações consolidadas com outros dados pode, de algum modo, comprometer a atuação deste Banco Central ou de alguma instituição financeira, o acesso a essas informações consolidadas deve ser negado por esta Autarquia. [...] (Destaques ausentes no original.)

21. Destarte, a proteção ao sigilo bancário somente incide sobre dados individualizados acerca de operações ativas ou passivas ou serviços prestados por instituições integrantes do sistema financeiro, que porventura existam na documentação constante dos processos relacionados a TC, não podendo o art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, servir de suporte para a proteção de toda e qualquer informação produzida ou colhida pela Área de Supervisão.

22. A restrição de acesso a esse tipo de informação, quando não sujeita a outra hipótese legal de sigilo e porventura acarrete risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; ou comprometa atividades de fiscalização ou investigação em andamento, em regra, demanda classificação mediante assinatura de termo de classificação de informação (TCI), por enquadramento em uma das situações previstas no art. 23, incisos IV e VIII²⁹, da Lei nº 12.527, de 2011, hipótese essas que, salvo avaliação distinta da autoridade legalmente competente, não nos parece aplicáveis às decisões administrativas e pronunciamentos jurídicos que sustentam a assinatura de TC.

23. Outra questão ventilada pelo Degef é a eventual existência de informações capazes de ensejar vantagem competitiva aos demais integrantes do SFN na documentação constante de processos que examinam TC, a atrair a incidência do disposto no art. 5º, § 2º, do Decreto nº 7.724, de 2012. Nesse ponto, cabe repetir que os documentos que instruem a proposta e a negociação do TC propriamente dita são protegidos por sigilo, nos termos do art. 13, §1º, da Lei nº 13.506, de 2017. Desse modo, a existência de eventual vantagem competitiva em caso de revelação das informações deve ser examinada considerando os documentos que podem ser divulgados: decisão administrativa e eventual manifestação jurídica antecedente.

28 Cite-se, nesse sentido, as Notas-Jurídicas PGBC-355, de 2012, PGBC-1825, de 2008, PGBC-234, de 2008 e PGBC-1419, de 2007, as Cotas Dejur-1101, de 2001, Dejur-4077, de 2000, e Dejur-1552, de 2000, e os Pareceres Dejur-236, de 1996 e PGBC-317, de 2007.

29 Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

[...]

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

[...]

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

24. Conforme afirmado na Nota Jurídica 4926/2015-BCB/PGBC, de 3 de dezembro de 2015³⁰, as informações cuja divulgação possa representar vantagem competitiva aos demais agentes econômicos decorrem do sigilo empresarial ou comercial, “*que visa preservar informações sensíveis acerca do funcionamento, organização e estratégias da empresa, [e] fundamenta-se, do ponto de vista jurídico, na proteção à livre concorrência, um dos princípios da ordem econômica, conforme o art. 170, IV³¹, da CF. No âmbito infraconstitucional, encontra-se proteção ao segredo de comércio no art. 206³² da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*”.

25. Caso a área técnica vislumbre a existência de informações protegidas por essa espécie de sigilo (ou mesmo qualquer outra), nas decisões administrativas ou pronunciamentos jurídicos que sustentem o TC celebrado, não se deve indeferir, quanto a esses documentos, o pedido formulado segundo o procedimento da LAI, mas permitir o acesso à parte não sigilosa da informação, nos termos do art. 7º, § 2º, do referido diploma legal, consoante já explanado. Não vejo, aqui, a possibilidade de aplicação do entendimento firmado na Nota Jurídica 1974/2020-BCB/PGBC, de 15 de junho de 2020³³, no sentido da inviabilidade de encaminhamento de informações caso não seja possível segregar aquelas protegidas por sigilo, sem que o sentido dos atos perca precisão nesse processo. Caso, **em determinada situação excepcional**, a área técnica de depare com essa impossibilidade de separação das informações sigilosas daquelas passíveis de divulgação, a hipótese seria de fornecimento de certidão ou extrato da documentação, consoante também permitido pelo art. 7º, § 2º, da LAI, e não de indeferimento total do pleito.

26. Outrossim, diferentemente do que alega o Degef, entende-se que o art. 7º, § 3º³⁴, da LAI, e o art. 205, do Decreto nº 7.724, de 2012, não sustentam o indeferimento de pleitos de acesso à informação como os da espécie, sob o argumento de que “*a mera celebração do TC não põe fim ao processo de supervisão envolvendo a controvérsia*”. Em sentido diametralmente oposto, tomando por base somente a LAI, a interpretação jurídica mais adequada dos referidos dispositivos seria no sentido de se revelar todos os documentos e informações constantes em processos relativos à negociação de TC (suprimidas eventuais informações sigilosas), após a formalização do instrumento. Todavia, isso somente não ocorre em razão do sigilo específico de que trata o art. 13, § 1º, da Lei nº 13.506, de 2017, que, como dito, assegura a confidencialidade de todo o processo negocial, com exceção da decisão administrativa e de eventual manifestação jurídica que sirvam de fundamento de fato e de direito para a assinatura do TC, documento cuja publicidade é imposta pela própria Lei nº 13.506, de 2017.

27. Importante ressaltar que, conforme delineado pela Lei nº 13.506, de 2017, e, mais precisamente, pela Circular nº 3.857, de 14 de novembro de 2017³⁶, existe um procedimento específico para a apreciação

30 Datada de 3 de dezembro de 2015, de autoria do Procurador José de Lima Couto Neto, com despacho do Procurador-Chefe Igor Arruda Aragão.

31 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]

IV - livre concorrência; [...].

32 Art. 206. Na hipótese de serem reveladas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, sejam segredo de indústria ou de comércio, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades.

33 De autoria do Procurador Alexandre Miranda Cardoso, com despacho do Subprocurador-Chefe Márcio Rafael da Silva Laeber.

34 Art. 7º [...] § 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.

35 Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.

36 Dispõe sobre o rito do processo administrativo sancionador, a aplicação de penalidades, o termo de compromisso, as medidas acautelatórias, a multa cominatória e o acordo administrativo em processo de supervisão previstos na Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017.

de TC, que se inicia com a apresentação da proposta pelo interessado e finaliza com a celebração do instrumento, procedimento esse que, inclusive, deve tramitar em autos apartados a eventual processo administrativo sancionador a que se refira (art. 61, § 2º³⁷, da Circular nº 3.857, de 2017). Considerando que a legislação expressamente impõe o dever de dar publicidade ao TC formalizado, eventuais desdobramentos do processo de Supervisão (como a fiscalização do cumprimento do acordo ou relacionados ao processo administrativo sancionador) não são suficientes para afastar a obrigação de divulgação dos fundamentos de fato e de direito que sustentam o referido ato administrativo.

28. Como último ponto a ser enfrentado, entendo que o pedido de acesso à documentação passível de ser desvendada em processo que examina TC, já subscrito e divulgado por esta Autarquia, não pode ser considerado desarrazoado, de forma a atrair a incidência do art. 13, inciso II³⁸, do Decreto nº 7.724, de 2012, uma vez que a situação não se assemelha àquela examinada pela CGU no âmbito do NUP nº 18600002407/2013-09³⁹. Com efeito, veja o que esclarece o material “Aplicação da Lei de Acesso à Informação na Administração Pública Federal” sobre o pedido desarrazoado:

É aquele que não encontra amparo para a concessão de acesso solicitado nos objetivos da LAI e tampouco nos seus dispositivos legais, nem nas garantias fundamentais previstas na Constituição. É um pedido que se caracteriza pela desconformidade com os interesses públicos do Estado em prol da sociedade, como a segurança pública, a celeridade e a economicidade da administração pública.

[...]

A título de exemplo, considera-se desarrazoado, a princípio, o seguinte pedido de acesso hipotético: “Gostaria de obter cópia da planta da penitenciária Y”.

29. Como indicado pelo Procurador-Geral Adjunto em seu despacho de aprovação do Parecer Jurídico 618/2019-BCB/PGBC, de 28 de agosto de 2019⁴⁰, “o que importa, para aplicação desse preceito [art. 13, inciso II, do Decreto nº 7.724, de 2012] é a ponderação entre a transparência desejada e outros valores previstos na Constituição, como o da segurança da sociedade ou do Estado, cabendo ao gestor público avaliar se é razoável priorizar a publicidade em detrimento de outro interesse público tutelado pelo Estado”. E complementa, citando lição doutrinária:

Sempre que a transparência impuser à Administração Pública um custo mais elevado e sujeitar a risco desproporcional ou desarrazoado, impõe-se a recusa ao pedido de informação. Nesse sentido, confira-se a doutrina especializada:

A razão pública é a orientação político-jurídica atribuída constitucionalmente ao Estado que determina a legitimidade para as suas ações. Dessa forma, o Estado deve pautar a sua conduta, por exemplo, na economicidade, na efetividade, na celeridade, no bem-comum e nos bons costumes.

³⁷ Art. 61. A qualquer momento antes da prolação da decisão de primeira instância, é cabível a apresentação de proposta de termo de compromisso em relação às infrações às normas legais e regulamentares de regência do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios, do Sistema de Pagamentos Brasileiro e a outras normas legais cujo cumprimento seja fiscalizado pelo Banco Central do Brasil.

[...]

§ 2º A proposta de termo de compromisso tramitará em autos apartados.

³⁸ Art. 13. Não serão atendidos pedidos de acesso à informação:

[...]

II - desproporcionais ou desarrazoados; ou [...].

³⁹ Disponível em [http://buscaprecedentes.cgu.gov.br/busca/dados/Precedente/18600002407201309_CGU.pdf]. Acesso em 3 de julho de 2020.

⁴⁰ De autoria do Procurador Luiz Eduardo Galvão Machado Cardoso, com despachos do Subprocurador-Geral Leonardo de Oliveira Gonçalves, do Procurador-Geral Adjunto Marcel Mascarenhas dos Santos e do Procurador-Geral Cristiano Cozer.

Dessa forma, as ações do Estado devem ser ordenadas em termos de prioridades e atender aos pedidos de acesso à informação é apenas um dos diversos deveres constitucionalmente previstos. Por isso, um pedido de informações feito ao Estado precisa estar em conformidade com a razão pública⁴¹, pois, do contrário, o Estado estará proibido de atendê-la, conforme prescrito no inciso II do seu art. 13 do Decreto 7.724/12.

A proibição de atendimento a pedidos em desconformidade com a razão de Estado existe não por força de um ato infralegal, mas por ditames constitucionais ou pelo menos legais. Logo, não é o Decreto n. 7.724/12 que define o que é razoável ou não, mas a lei ou a própria Constituição.⁴²

30. Em casos de pedidos de informação como os da espécie, por se tratar de requerimento de documentos que servem de motivação de ato administrativo devidamente publicado pela Administração Pública, o interesse público reside na divulgação da informação solicitada, nos limites propostos neste parecer, e não na manutenção dos dados sob sigilo.

31. Vale dizer que a publicidade da decisão administrativa que fundamentar a celebração de TC está em linha com a orientação contida no Parecer Jurídico 713/2019-BCB/PGBC, de 4 de outubro de 2019⁴³, que, destacando as normas que preconizam a publicidade dos atos da Administração Pública, concluiu que não há impedimento jurídico à publicação do inteiro teor das decisões de primeira instância proferidas pelo BCB em sede de processos administrativos sancionadores, bem como daquela extraída do Parecer Jurídico 864/2019-BCB/PGBC, de 4 de dezembro de 2019⁴⁴, que defendeu a viabilidade jurídica de publicação das decisões desta Autarquia que analisam atos de concentração envolvendo instituições financeiras.

CONCLUSÃO

32. Diante do exposto, conclui-se que, como forma de compatibilizar as normas previstas na LAI com o art. 13 da Lei nº 13.506, de 2017, sopesando a transparência da atuação da Administração Pública com a proteção do administrado que busca nesta Autarquia a solução consensual de controvérsia, entende-se que, quando a legislação assegura o sigilo da proposta de TC, está-se garantindo a confidencialidade de toda a negociação, bem como dos documentos correlatos, levada a efeito no âmbito do BCB. Por outro lado, **desde que suprimidas as informações porventura protegidas por outras hipóteses de sigilo legal**, deve-se fornecer ao cidadão, no âmbito do procedimento da LAI, além do inteiro teor do TC (que já é publicado), também a decisão administrativa e eventual manifestação jurídica que veiculam os fundamentos de fato e de direito para a celebração do referido instrumento.

33. Por fim, considerando que a presente consulta foi formulada em tese, eventuais dúvidas sobre a aplicação do entendimento jurídico ora firmado em casos concretos devem ser objeto de nova apreciação da PGBC.

⁴¹ O pedido será razoável e consequentemente atendido “quando acreditamos sinceramente que as razões que ofereceríamos para as nossas ações políticas (...) são suficientes, e pensamos razoavelmente que outros cidadãos também poderiam aceitar razoavelmente essas razões” (RAWLS, 2004, p. 181). Evidencia-se que a ideia de pedido razoável tem como fulcro construções sociais e não uma opinião particular. [Nota do original.]

⁴² CUNHA FILHO, Marcio Camargo; XAVIER, Vítor César Silva. Lei de acesso à informação: teoria e prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pp. 344-345. [Nota do original.]

⁴³ De autoria da Procuradora Fernanda Quintas Vasconcelos, com despacho do Subprocurador-Chefe Márcio Rafael da Silva Laeber.

⁴⁴ De autoria da Procuradora Amanda Marcos Favre, com despacho da Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça.

34. Registra-se a possibilidade de acesso público ou ostensivo da presente manifestação, nos termos do art. 2º, inciso I, da Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018.

À consideração de Vossa Senhoria.

ANDRÉ UBALDO ROLDÃO
Procurador do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)
OAB/MG 128.386

De acordo.

À Sra. Subprocuradora-Geral titular da Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCiPG).

ELIANE COELHO MENDONÇA
Procuradora-Chefe do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)
OAB/MG 78.456

De acordo.

Ao Procurador-Geral Adjunto.

WALKYRIA DE PAULA RIBEIRO DE OLIVEIRA
Subprocuradora-Geral do Banco Central
Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCiPG)
OAB/DF 10.000

(Segue despacho).

Aprovo o judicioso pronunciamento legal, que, mediante aplicação dos métodos sistemático e teleológico de hermenêutica jurídica, bem conclui pela incidência de sigilo sobre a proposta de termo de compromisso, mesmo depois de firmado o instrumento, em decorrência do § 1º do art. 13 da Lei nº 13.506, de 2017.

2. Endosso a avaliação de que o sigilo legal aplica-se não apenas ao requerimento de celebração de termo de compromisso, devendo-se compreender a expressão “proposta” de modo mais amplo, a abranger também a negociação entre a entidade supervisionada e o Banco Central e os documentos correspondentes, que instruem o processo e definem o mérito do instrumento a ser celebrado, por meio de interações sucessivas e concessões recíprocas.

3. Também acompanhando o parecerista, ressalto que o sigilo previsto no § 1º do art. 13 da Lei nº 13.506, de 2017, não alcança o termo de compromisso propriamente dito, já publicado pela Autarquia, nem a decisão administrativa que autorizou a celebração da avença e eventual parecer jurídico que sirva de fundamento para decidir sobre a proposta ou assinar o instrumento.

4. Como bem assentado na manifestação, a decisão administrativa representa ato formal, constitutivo de direitos e obrigações, que traz os fundamentos fáticos e jurídicos acerca do preenchimento dos requisitos legais para celebração do termo de compromisso e indica ainda as razões de conveniência e de ordem geral levadas em conta para adoção de solução consensual como alternativa à instauração ou ao prosseguimento de processo administrativo sancionador.

5. Como ato que constitui uma escolha do Banco Central dentre as possibilidades de sua atuação, a decisão administrativa está sujeita a controle – institucional, pelas instâncias públicas competentes, a exemplo do Tribunal de Contas da União (TCU) e da CGU, e também social, em linha com os princípios constitucionais de legalidade, moralidade e publicidade previstos no art. 37 da Constituição.

6. É direito, pois, da sociedade como um todo, conhecer os motivos pelos quais o Banco Central decidiu firmar termo de compromisso com entidade supervisionada, inclusive para perscrutar se a fundamentação exigida pelo art. 50, inciso I, da Lei nº 9.784, de 1999, está presente e se mostra adequada e suficiente.

7. Vale mencionar que recentemente a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, alterou o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou simplesmente LINDB), para incrementar exigências de análise e fundamentação às decisões administrativas. A matéria foi ainda regulada, no âmbito federal, pelo Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que traz a seguinte orientação aplicável, em princípio, a todos os processos administrativos:

Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

8. Assim, seja porque a decisão que aprova a celebração de termo de compromisso não se enquadra no conceito de “proposta” de que trata o § 1º do art. 13 da Lei nº 13.506, de 2017, seja porque os atos administrativos decisórios, de modo geral, estão sujeitos aos ditames constitucionais de transparência e controle, seja, por fim, porque há notório interesse público em sindicarem as razões de decidir que levaram o Banco Central a optar por solução alternativa à instauração ou continuidade de processo sancionador, tenho por acertada a conclusão de que não há sigilo que, *prima facie*, impeça o acesso a toda e qualquer decisão que tiver dado origem a termo de compromisso. Essa conclusão, por corolário, estende-se a eventual manifestação jurídica desta Procuradoria-Geral que tenha servido de fundamento para a decisão, pois será considerada parte integrante dela.

9. Dito isso, eventual negativa de acesso à decisão prévia ao termo de compromisso dependerá da existência de classificação da informação em grau de sigilo ou da incidência de outra hipótese legal de restrição de acesso, a exemplo de sigilo bancário, fiscal ou empresarial, incluindo a proteção à concorrência prevista no art. 5º, § 2º, do Decreto nº 7.724, de 2012, e da proteção às informações pessoais de que trata o 31 da LAI. A restrição, no caso, estará limitada à parte dos documentos que contenham as informações protegidas, as quais poderão ser objeto de tarjas, em linha com o § 2º do art. 7º da LAI. Não sendo viável ocultar os trechos sensíveis com preservação do sentido do documento, excepcionalmente a entrega da informação solicitada poderá se dar por meio de extrato ou certidão.

Ao Degef.

MARCEL MASCARENHAS DOS SANTOS
Procurador-Geral Adjunto do Banco Central
Seção de Consultoria e Representação Extrajudicial (PGA-1)
OAB/DF 31.580

Parecer Jurídico 794/2020-BCB/PGBC

Parecer que analisa a conduta a ser adotada pela Administração no caso de solicitação de acesso a Processos Administrativos Sancionadores (PAS).

André Ubaldo Roldão

Procurador do Banco Central

Eliane Coelho Mendonça

Procuradora-Chefe do Banco Central

Alexandre Forte Maia

Subprocurador-Geral do Banco Central, substituto

Parecer Jurídico 794/2020-BCB/PGBC
S/proc

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2020.

Ementa: Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP). Departamento de Resolução e de Ação Sancionadora (Derad). Consulta sobre a conduta a ser adotada no caso de solicitação de acesso a Processos Administrativos Sancionadores (PAS). Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação ou LAI). Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ou LGPD). Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Circular nº 3.857, de 14 de novembro de 2017. Exame dos questionamentos propostos. Pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso. Art. 2º, inciso I, da Portaria PGBC nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018.

Senhora Procuradora-Chefe,

ASSUNTO

Trata-se de consulta do Departamento de Resolução e de Ação Sancionadora (Derad), formulada à Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) por e-mail¹, por meio da qual são apresentados os seguintes questionamentos relacionados à possibilidade de acesso a Processos Administrativos Sancionadores (PAS), tendo em vista dispositivos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação ou LAI), da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, e de suas respectivas regulamentações:

Considerando que:

- I) a Lei 12.527, de 2011 (Lei de Acesso à informação) determina, em seu art. 7º, §3º, que o direito ao acesso às informações é assegurado apenas após a edição do ato decisório;
- II) a Circular 3.857, de 2017, que regulamenta a Lei 13.506, de 2017, determina, em seu art. 14, que o acesso aos autos do PAS é restrito às partes e seus representantes;

Questionamos:

- a) Tendo em vista que o art. 14 da Circular 3.857, de 2017, não menciona nenhum marco temporal, é correto entender que o acesso aos processos administrativos sancionadores é restrito às partes e seus representantes inclusive nos casos em que tenha havido proferimento de decisão?
- b) A restrição de acesso ao PAS prevista no art. 7º, §3º da LAI, se aplica aos processos em que tenha havido proferimento de decisão de primeira instância e interposição de recurso ao CRSFN? Em outras palavras: o PAS continua sendo considerado documento preparatório até que haja decisão definitiva do CRSFN e, nestes termos, o acesso a ele deve ser negado, ou a decisão de primeira instância é suficiente para que se conceda o acesso ao processo, para fins de atendimento ao disposto na LAI?

¹ Enviado por Fernando Lima Pereira Dutra, Chefe Adjunto do Derad, à Procuradora-Chefe desta Procuradoria Especializada, em 15 de outubro de 2020, e a mim encaminhado na mesma data.

b.1) Caso cópia do PAS após proferimento da decisão de primeira instância deva ser fornecida, independentemente da interposição de recurso por algum acusado, podemos fornecer cópia parcial dos autos, considerando que não temos acesso aos documentos produzidos pelo CRSFN até que o processo nos seja remetido após o julgamento definitivo?

c) No caso dos processos em que tenha havido decisão definitiva, qual deve ser o tratamento conferido aos documentos privados, produzidos fora do BC (por exemplo, a defesa do acusado)? A estes documentos particulares se aplica a LAI? Temos que conceder acesso a esses documentos ou eles devem ser integralmente tarjados?

d) Qual deve ser o procedimento a ser adotado no caso dos processos em que tenha havido decisão definitiva e que o tarjamento das informações sigilosas comprometa o entendimento do teor do documento? Caso tenhamos que fornecer um extrato, que informações devem constar deste documento?

e) Qual deve ser o tratamento dado às solicitações de acesso/cópia de processos administrativos sancionadores que estejam suspensos durante o cumprimento de Termo de Compromisso celebrado entre o Banco Central e os acusados?

f) Caso o cidadão solicite informação sobre a existência de processo administrativo sancionador contra determinada pessoa/empresa, e não o acesso ao processo, devemos informar?

f.1) Se sim, essa informação pode ser fornecida mesmo que não tenha havido proferimento de decisão?

f.2) Se sim, quais informações podemos divulgar (quem são os envolvidos? a irregularidade objeto do processo? Penalidades aplicadas)?

g) Diante da entrada em vigor da Lei 13.709, de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), qual deve ser o tratamento às solicitações de acesso/cópia de PAS fundamentadas na LAI, no caso dos processos em que haja decisão definitiva?

2. É o que basta relatar. A seguir, o exame jurídico.

APRECIACÃO

3. Antes de enfrentar especificamente as questões apresentadas, é imperioso destacar que a Lei nº 12.527, de 2011, respaldada nos arts. 5º, inciso XXXIII², e 37³, da Constituição da República, possui algumas normas que demonstram que a regra no exercício das funções públicas deve ser a publicidade, e a exceção, o sigilo. Por pertinente, são colacionados alguns dispositivos do referido diploma legal:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

² Art. 5º [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...].

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

[...]

Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:

I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação; [...]

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

4. Por outro lado, a LAI, ao disciplinar o acesso à informação, não ignorou as hipóteses legais de sigilo, consagrando-as em seus arts. 6º, inciso III, 7º, § 1º, e 22, *in verbis*⁴:

Art. 6º [...] III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

[...]

Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

§ 1º O acesso à informação previsto no caput não compreende as informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

[...]

Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.

5. O mesmo diploma legal ainda estabelece hipótese de restrição temporária de acesso à informação, consoante prescrito em seu art. 7º, § 3º, a seguir reproduzido:

Art. 7º [...] § 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.

6. Dispositivo similar consta do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2020 – que regulamentou a Lei de Acesso à Informação –, nos seguintes termos:

Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.

4 No âmbito infralegal, o art. 6º, inciso I, do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, estabelece que o acesso à informação disciplinado naquele decreto não se aplica “às hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça”.

Parágrafo único. O Ministério da Fazenda e o Banco Central do Brasil classificarão os documentos que embasarem decisões de política econômica, tais como fiscal, tributária, monetária e regulatória.

7. Por pertinente, cabe ainda evocar o art. 14 da Circular nº 3.857, de 14 de novembro de 2017, que, ao regulamentar a Lei nº 13.506, de 2017, assim disciplinou o direito de consultar e obter cópias de PAS instaurado por esta Autarquia:

Art. 14. O direito de consultar e de obter cópias do processo, de cuja despesa o Banco Central do Brasil pode exigir ressarcimento, será restrito às partes, seus representantes legais ou mandatários.

8. No âmbito da PGBC, o entendimento jurídico mais atual em relação ao tema objeto da consulta é aquele exprimido pelo Procurador-Geral Adjunto titular da Seção de Consultoria e Representação Extrajudicial (PGA-1) em despacho contido no Parecer Jurídico 590/2020-BCB/PGBC, de 10 de setembro de 2020⁵, no qual consignou o que se segue:

2. Embora o Derad tenha se voluntariado a examinar cada um dos processos citados pelo demandante, de modo a prover o fornecimento das informações não sigilosas, excluindo ou tarjando eventuais documentos ou trechos contendo informações pessoais ou protegidas por alguma espécie de sigilo legal, entendo que o art. 7º, § 3º, da LAI e o art. 20, *caput*, do Decreto nº 7.724, de 2012, autorizam – eu diria recomendam – o não fornecimento, ainda que parcial, dos processos administrativos sancionadores que foram suspensos pela celebração de termo de compromisso.

3. Isso porque, como parece intuitivo, esses processos ainda não foram concluídos, estando suspensos para que se verifique o cumprimento ou não das obrigações assumidas pelo administrado, de modo que somente haverá a decisão a que se refere o § 3º do art. 7º da LAI depois do desfecho do termo de compromisso, podendo ser “arquivado se todas as condições nele estabelecidas forem atendidas” (art. 15, *caput*, da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017), ou haver o “prosseguimento do processo administrativo, a fim de dar continuidade à apuração das infrações e de aplicar as sanções cabíveis” (art. 15, § 2º, da mesma Lei).

4. Enquanto não arquivado o processo sancionador ou julgado o seu mérito, tudo que consta nos autos reveste-se da qualidade de documento preparatório, devendo ser acessado apenas pelas partes do processo, como, aliás, preconiza o art. 14 da Circular 3.857, de 14 de novembro de 2017⁶.

5. Assim, o atendimento parcial da demanda do cidadão, com exclusão dos trechos e documentos contendo informações pessoais ou protegidas por alguma espécie de sigilo legal, mediante trabalho de tratamento de dados dispensado pela legislação, deve ser encarado como mera liberalidade do departamento técnico – em excepcional deferência à transparência –, não havendo qualquer obrigação legal do Banco Central de atender pedidos da espécie. Aliás, deve-se ter como procedimento padrão justamente a negativa de acesso a processos administrativos sancionadores ainda em curso, a exemplo daqueles suspensos em razão da execução de termo de compromisso, de modo a maximizar a proteção que a lei confere a documentos preparatórios e trabalhos de investigação em andamento, além de informações pessoais e outros dados sensíveis porventura obtidos pelo Banco Central no exercício de atividades de supervisão.

5 De autoria da Procuradora Amanda Marcos Favre, com despachos do Subprocurador-Chefe Márcio Rafael Silva Laeber, da Subprocuradora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, do Procurador-Geral Adjunto Marcel Mascarenhas dos Santos e do Procurador-Geral Cristiano Cozer.

6 “Art. 14. O direito de consultar e de obter cópias do processo, de cuja despesa o Banco Central do Brasil pode exigir ressarcimento, será restrito às partes, seus representantes legais ou mandatários.”

9. Feitos esses esclarecimentos iniciais, passa-se ao exame dos questionamentos propostos.

a) Tendo em vista que o art. 14 da Circular 3.857, de 2017, não menciona nenhum marco temporal, é correto entender que o acesso aos processos administrativos sancionadores é restrito às partes e seus representantes inclusive nos casos em que tenha havido proferimento de decisão?

10. Por se tratar de norma infralegal, o art. 14 da Lei nº 3.857, de 2017, não deve prevalecer em relação ao disposto no art. 7º, § 3º, da LAI, de forma que, após o proferimento da decisão, o PAS deixa de ser restrito às partes, seus representantes legais ou mandatários.

11. Cumpre assinalar, desde já, que, apesar de a decisão em PAS afastar a restrição temporária de acesso aos documentos e informações que a fundamentaram, com base no mencionado dispositivo da LAI e no art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, é certo que, na documentação que a motivou, podem existir informações protegidas por sigilo (bancário, fiscal, empresarial etc.), pelo direito à intimidade *lato sensu* (art. 5º, inciso X⁷, da Constituição da República, e art. 31⁸ da LAI) ou cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (art. 5º, § 2º, do Decreto nº 7.724, de 2012). Tais informações, como é sabido, não podem ser objeto de divulgação por parte desta Autarquia mesmo após o advento da decisão de que trata o § 3º do art. 7º da LAI.

12. Não se pode olvidar, ainda, que, mesmo que inaplicáveis quaisquer das hipóteses de restrição de acesso acima, é possível que o Banco Central entenda que a divulgação das informações contidas em determinado PAS pode acarretar risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; ou comprometer atividades de fiscalização ou investigação em andamento¹⁰, o que permite a classificação mediante assinatura de Termo de Classificação de Informação (TCI), por enquadramento em uma das situações previstas no art. 23, incisos IV e VIII¹¹, da Lei nº 12.527, de 2011, situações essas que também impediriam o acesso ao processo mesmo após a edição do ato decisório¹².

13. Sobre o assunto, veja-se o posicionamento da Controladoria-Geral da União (CGU) – órgão de terceira instância no âmbito do procedimento de transparência passiva da LAI no Poder Executivo Federal –, adotado no julgamento do processo (NUP) nº 23480.000539/2020-61¹³:

7 Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...].

8 Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

9 Art. 5º [...] § 2º Não se sujeitam ao disposto neste Decreto as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos.

10 Em teoria, é possível que as informações contidas em determinado PAS comprometam atividades de fiscalização ou investigação em andamento em outro PAS ou em atividade específica desta Autarquia.

11 Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

[...]

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

[...]

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

12 Essa conclusão é reforçada pelo disposto no art. 27, parágrafo único, e no art. 28, § 1º, da Lei nº 13.506, de 2017, que autorizam a restrição do acesso de terceiros à sessão de julgamento do Comitê de Decisão de Processo Administrativo Sancionador (Copas) e a não publicação da decisão enquanto não definitiva.

13 No mesmo sentido foi o entendimento registrado pela CGU no julgamento dos processos (NUP) nº 03006.005365/2019-87, nº 99923.005097/2018-30, nº 08850.003639/2015-32 e nº 23480.006180/2018-11.

4. Diante do exposto, inicialmente cabe esclarecer que o entendimento da CGU sobre o assunto indica que nos Processos Administrativos Disciplinares (PAD) em que já foram encerradas as apurações e julgados os processos, qualquer particular tem direito a vistas e cópias dos autos, independentemente de ser parte interessada ou não, com exceção de documentos que mantenham alguma restrição legal de acesso, tais como informações bancárias ou fiscais, informações pessoais, informações relativas a identificação do denunciante ou classificadas como sigilosas pela Administração. Nesse caso, o órgão ou entidade deve informar claramente qual a natureza das informações pessoais e sigilosas que devem ser ocultadas. Havendo o tarjamento (a ocultação) dessas informações, nos termos do art. 7º, § 2º da LAI, não há impedimento para que o processo seja disponibilizado por meio eletrônico.

14. Imperioso notar que o art. 150¹⁴ da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, prevê que as investigações em Processo Administrativo Disciplinar (PAD) no âmbito federal devem ser realizadas de forma sigilosa. Não obstante, mesmo diante dessa norma de mesma hierarquia e específica em relação à LAI, a CGU entende que os documentos constantes nos autos de PAD podem ser fornecidos a terceiros após a decisão do processo, tendo em vista o disposto no art. 7º, § 3º, da Lei nº 12.527, de 2011.

15. Ao avaliar o precedente e sua fundamentação, verifica-se que não há respaldo jurídico para se sustentar tese diferente da que advoga a possibilidade de os documentos e as informações contidas em PAS no âmbito do Banco Central serem divulgados com o advento da decisão, uma vez que, nesse caso, o fundamento para a restrição de acesso está consubstanciado em ato infralegal.

16. Por fim, esclareça-se que nenhuma hipótese de restrição de acesso aplica-se aos legitimados com base no art. 14 de Circular nº 3.857, de 2017, que devem ter acesso incondicional ao PAS a qualquer tempo, como forma de viabilizar o exercício dos direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa¹⁵, que se impõem tanto aos processos judiciais quanto administrativos, nos termos do art. 5º, inciso LV¹⁶, da Constituição da República.

b) A restrição de acesso ao PAS prevista no art. 7º, §3º da LAI, se aplica aos processos em que tenha havido proferimento de decisão de primeira instância e interposição de recurso ao CRSFN? Em outras palavras: o PAS continua sendo considerado documento preparatório até que haja decisão definitiva do CRSFN e, nestes termos, o acesso a ele deve ser negado, ou a decisão de primeira instância é suficiente para que se conceda o acesso ao processo, para fins de atendimento ao disposto na LAI?

17. De acordo com o art. 3º, inciso I, da Lei nº 12.527, de 2011, uma das diretrizes da LAI é a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção.

¹⁴ Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.

Parágrafo único. As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado.

¹⁵ Segundo Diógenes Gasparini, a ampla defesa “é exercida mediante a segurança de três outros direitos a ela inerentes, que são: direito de informação, direito de manifestação e direito de ter suas razões consideradas” (GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 78). Maria Sylvania Zanella Di Pietro, por sua vez, salienta que “[o] princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-lhe a oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 686).

¹⁶ Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...].

18. Com base nessa orientação e tendo em vista que o art. 7º, § 3º, do referido diploma legal, assegura o direito ao acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão com a edição do ato decisório “*respectivo*”, entende-se que os documentos que integram o PAS, utilizados como fundamento para a decisão de primeira instância, perdem a condição de documentos preparatórios com a edição do ato decisório por parte desta Autarquia, podendo ser divulgados mesmo que interposto recurso ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), observadas as restrições mencionadas no tópico anterior.

19. Vale dizer que, nos termos do art. 27, parágrafo único¹⁷, da Lei nº 13.506, de 2017, as sessões de julgamento de PAS são públicas e, segundo o art. 28¹⁸ do mesmo diploma legal, as decisões condenatórias ou absolutórias são (em regra¹⁹) publicadas pelo Banco Central, motivo pelo qual é bastante razoável que o cidadão tenha acesso aos documentos e informações que fundamentaram esse ato administrativo cuja publicidade é imposta por lei.

20. Ressalta-se, ainda, que a decisão que afasta a natureza preparatória dos documentos que a precedem é aquela proferida ao final da instrução processual, nos termos do art. 31²⁰ da Circular nº 3.857, de 2017, ou mesmo aquela que decide pelo arquivamento do PAS em razão do cumprimento de todas as condições estabelecidas em Termo de Compromisso (TC), conforme preconiza o *caput*²¹ do art. 15 da Lei nº 13.506, de 2017, na esteira do entendimento assinalado pelo PGA-1 no âmbito do Parecer Jurídico 590/2020-BCB/PGBC.

21. Portanto, respondendo objetivamente a questão, a decisão de primeira instância é suficiente para que se conceda acesso ao PAS, para fins de atendimento ao disposto na LAI.

b.1) Caso cópia do PAS após proferimento da decisão de primeira instância deva ser fornecida, independentemente da interposição de recurso por algum acusado, podemos fornecer cópia parcial dos autos, considerando que não temos acesso aos documentos produzidos pelo CRSFN até que o processo nos seja remetido após o julgamento definitivo?

22. Sim. A responsabilidade desta Autarquia é de fornecer os documentos e informações utilizados para fundamentar a decisão de primeira instância, sendo assim entendida, como deferência à transparência, toda a documentação constante nos autos do PAS anteriores a essa decisão.

17 Art. 27. [...] Parágrafo único. As sessões do órgão colegiado referido no *caput* deste artigo serão públicas, mas poderá ser restringido o acesso de terceiros em função do interesse público envolvido.

18 Art. 28. As decisões condenatórias ou absolutórias serão publicadas, em resumo, no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil.

19 Os §§ 1º e 2º do art. 28 da Lei nº 13.506, de 2017, apresentam hipóteses de não publicação da decisão de primeira instância enquanto essa não se tornar definitiva, nos seguintes termos: “§ 1º Se houver riscos para a higidez da instituição ou do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios ou do Sistema de Pagamentos Brasileiro, o Banco Central do Brasil, a seu critério e mediante decisão fundamentada, poderá não publicar a decisão enquanto essa não se tornar definitiva. § 2º A decisão que impuser a penalidade de admoestação pública somente será publicada quando se tornar definitiva”. Nessas hipóteses, por consectário lógico, também não cabe ao Banco Central divulgar os documentos e informações que a fundamentaram.

20 Art. 31. Terminada a instrução processual, os autos serão conclusos para decisão:

I - por órgão colegiado específico, quando o processo administrativo for instaurado contra pessoa mencionada no art. 2º da Lei nº 13.506, de 2017; ou

II - monocrática, nos demais casos.

Parágrafo único. A decisão também será monocrática quando o processo administrativo for instaurado contra pessoa física mencionada no art. 2º da Lei nº 13.506, de 2017, e a indicação dos fatos imputados ao acusado não apresentar relação com a atividade por ele exercida nas instituições de que trata o *caput* do art. 2º da Lei nº 13.506, de 2017.

21 Art. 15. Durante a vigência do termo de compromisso, os prazos de prescrição de que trata a Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, ficarão suspensos, e o procedimento administrativo será arquivado se todas as condições nele estabelecidas forem atendidas.

23. Após a decisão definitiva do CRSEFN e com o devido retorno dos autos a esta Autarquia, não há qualquer empecilho jurídico à concessão de acesso ao inteiro teor do processo (observando-se sempre a proteção a eventuais documentos ou trechos contendo informações pessoais ou protegidas por alguma espécie de sigilo legal).

c) No caso dos processos em que tenha havido decisão definitiva, qual deve ser o tratamento conferido aos documentos privados, produzidos fora do BC (por exemplo, a defesa do acusado)? A estes documentos particulares se aplica a LAI? Temos que conceder acesso a esses documentos ou eles devem ser integralmente tarjados?

24. Qualquer documento inserido em PAS, mesmo que encaminhado por particulares (a exemplo da defesa do acusado), passa a receber tratamento da LAI. Sobre o assunto, é esclarecedora a seguinte orientação da CGU, extraída do estudo denominado “Aplicação da Lei de Acesso à Informação na Administração Pública Federal”²² (pág. 7, 4º Ed.):

O direito de acesso à informação deve ser compreendido em sentido amplo, prevendo tanto o acesso a informações que dizem respeito à gestão pública, como também a informações de particulares, inclusive de terceiros. A Constituição Federal, ao prever o direito de acesso à informação como direito fundamental, não excluiu as informações de interesse particular. Isto é, o direito de acesso compreende também informações de interesse pessoal, para além do interesse coletivo.

Além disso, podem ser solicitadas informações produzidas pela própria Administração e **também aquelas produzidas por terceiros, mas acumuladas pela Administração**. Informação acumulada é aquela que está sob a posse de uma determinada instituição pública, muito embora não necessariamente tenha sido produzida pela Administração. (G. n.).

25. Todos os documentos e informações recebidos pelo Banco Central, inclusive de particulares, constituem informação acumulada, sobre a qual incide o art. 7º, inciso II, da Lei de Acesso à Informação, abaixo transcrito:

Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

[...]

II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos; [...].

26. Assim, mesmo em relação aos documentos encaminhados por particulares, aplica-se a regra contida no art. 7º, § 2º²³, da LAI, de sorte que, caso as informações neles contidas sejam parcialmente

²² Disponível em: [https://www.gov.br/agricultura/pt-br/acesso-a-informacao/servico-informacao-cidadao-sic/publicacoes/40-edicao-do-manual-de-aplicacao-da-lei-de-acesso-a-informacao-na-administracao-publica-federal-da-controladoria-geral-da-uniao-2013-cgu]. Acesso em 12 de novembro de 2020.

²³ Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:
[...]

§ 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.

sigilosas ou objeto de qualquer hipótese de restrição de acesso, deve a área técnica franquear ao demandante acesso à parte não sigilosa da informação, mediante a ocultação da parte sob sigilo.

27. Não é possível, portanto, denegar acesso integral a documento contido em PAS apenas em razão de sua origem particular.

d) Qual deve ser o procedimento a ser adotado no caso dos processos em que tenha havido decisão definitiva e que o tarjamento das informações sigilosas comprometa o entendimento do teor do documento? Caso tenhamos que fornecer um extrato, que informações devem constar deste documento?

28. O art. 7º, § 2º, da LAI, estabelece que a informação parcialmente sigilosa pode ser fornecida ao cidadão de três maneiras distintas: certidão, extrato ou cópia com tarjas. Segundo a orientação da CGU, sempre que possível, deve o órgão ou entidade da Administração Pública optar por conceder acesso à informação mediante a ocultação da parte sob sigilo, uma vez que essa é a única forma que garante a primariedade²⁴ da informação. Veja, pois, a recomendação contida no material “Aplicação da Lei de Acesso à Informação na Administração Pública Federal” (pág. 30, 4ª Ed.) a respeito do mencionado dispositivo legal:

Dentre as três opções apresentadas pelo legislador (certidão, extrato ou cópia com tarja), a CGU tem privilegiado a ocultação de trechos sigilosos, de modo que a primariedade da informação seja garantida. Essa prática diminui a desconfiança do cidadão perante a administração e está intimamente relacionado à primariedade – conceito chave para a compreensão deste tópico (conforme definido na LAI, art. 4º):

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

IX - primariedade: qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações;

Cunha Filho e Xavier (2014, p. 150) afirmam que:

“(...) a noção de primariedade diz respeito à fonte da informação. O interessado tem direito de obter informações diretamente na fonte original, sem intermediações. Por exemplo, a solicitação, a um órgão qualquer, de um determinado despacho faz com que se tenha direito a obter o inteiro teor de cópia deste despacho, e não a um relato ou descrição indireta de seu conteúdo. Para fiscalizar a atividade pública com efetividade, o cidadão faz jus a acessar as próprias informações produzidas pela Administração, e não a interpretações ou relatos indiretos.”

29. Não obstante, caso a área técnica se depare com situação em que não seja possível segregar as informações sigilosas daquelas passíveis de divulgação, sem que o sentido dos atos perca precisão nesse processo, consoante ventilado na questão em apreço, o caminho a ser adotado é o fornecimento de certidão ou extrato com o resumo da documentação contida no PAS, consoante também autorizado pelo dispositivo legal em comento. A PGBC já recomendou conduta similar

²⁴ O art. 7º, inciso IV, da LAI, dispõe que o acesso à informação de que trata a Lei compreende o direito de obter “informação *primária, íntegra, autêntica e atualizada*”. (G. n.).

em casos análogos, explicitando que tal “*solução impedirá incompreensões sobre o conteúdo do processo, dando, de outro lado, conhecimento do caso e de sua conclusão*”²⁵.

30. Nessas hipóteses, na resposta ao cidadão, deve a área técnica justificar a opção pela medida – impossibilidade de separação das informações sigilosas daquelas passíveis de divulgação, sem que o PAS fique ininteligível – e, resguardadas eventuais peculiaridades do caso concreto, franquear ao demandante ao menos a identificação das partes no processo (e de seus respectivos representantes legais ou mandatários²⁶), o sumário dos documentos contidos nos autos com a respectiva descrição (acusação, defesa, procuração, despacho de mero expediente, decisão etc.) e o resumo dos principais atos processuais, a exemplo da proposta de instauração de PAS e das decisões proferidas no processo.

31. Importante salientar que essa solução também é cabível quando o demandante solicita documento específico parcialmente sigiloso que se encontra nos autos de PAS já decidido, situação na qual a área técnica pode fornecer extrato ou certidão com o resumo das informações ali contidas.

e) Qual deve ser o tratamento dado às solicitações de acesso/cópia de processos administrativos sancionadores que estejam suspensos durante o cumprimento de Termo de Compromisso celebrado entre o Banco Central e os acusados?

32. Essa questão foi objeto de exame específico pelo PGA-1 em seu despacho contido no Parecer Jurídico 590/2020-BCB/PGBC, por meio do qual sustentou que o art. 7º, § 3º, da LAI, e o art. 20, *caput*, do Decreto nº 7.724, de 2012, recomendam o não fornecimento, ainda que parcial, dos PAS que foram suspensos pela celebração de TC. Enquanto perdurar a suspensão, o acesso ao PAS somente pode ser franqueado aos legitimados previstos no art. 14 da Circular nº 3.857, de 2017.

33. Destarte, deve ser dado tratamento confidencial ao PAS que estiver suspenso em razão da assinatura de TC com o Banco Central, circunstância na qual os respectivos autos somente poderão ser acessados pelas partes ou por seus procuradores ou representantes legais.

f) Caso o cidadão solicite informação sobre a existência de processo administrativo sancionador contra determinada pessoa/empresa, e não o acesso ao processo, devemos informar?

34. Sim, consoante o entendimento consignado no Parecer Jurídico 903/2017-BCB/PGBC, de 22 de dezembro de 2017²⁷. Na ocasião, assim se manifestou a PGBC:

²⁵ Vide, a respeito, a Nota Jurídica 3160/2018-BCB/PGBC, de 17 de dezembro de 2018 (de autoria do Procurador Alexandre de Miranda Cardoso, com despacho da Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça); a Nota Jurídica 2905/2018-BCB/PGBC, de 12 de setembro de 2018 (de autoria do Procurador Humberto Cestaro Teixeira Mendes, com despacho da Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça); e a Nota Jurídica 2900/2018-BCB/PGBC, de 11 de setembro de 2018 (de autoria do Procurador Humberto Cestaro Teixeira Mendes, com despacho da Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça).

²⁶ A Nota Jurídica 3268/2018-BCB/PGBC, de 15 de outubro de 2018 (de autoria do Procurador Humberto Cestaro Teixeira Mendes, com despacho da Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça), concluiu que a informação sobre os procuradores constituídos pela parte em PAS não constitui informação pessoal, nos termos da LAI, uma vez que “*não é dado relativo à intimidade, vida privada, honra e/ou imagem daquele indivíduo. Assim, a própria LAI autoriza o fornecimento do dado a terceiros, independentemente da permissão daquele a que se refere a informação*”.

²⁷ De autoria da Procuradora Fernanda Quintas Vasconcelos, com despachos da Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça e da Subprocuradora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira.

8. De acordo com o novo marco legal dos processos administrativos no âmbito desta Autarquia, as intimações²⁸ dos atos processuais podem ser feitas por meio de publicação no sítio do Banco Central e, portanto, poderão ser acessadas por qualquer interessado. Além disso, as decisões de primeira instância serão tomadas, em regra, em sessões públicas, salvo excepcional restrição de acesso em caso de interesse público. Ademais, a decisão, seja ela condenatória ou absolutória, será publicada, em resumo, no sítio eletrônico do BCB. Depreende-se, das normas supratranscritas, que deve prevalecer o princípio da publicidade na condução dos processos administrativos punitivos do BCB. Sendo assim, pode-se dizer que houve a instituição de um novo paradigma no âmbito do processo administrativo sancionador, em que a publicidade dos atos administrativos ganhou destaque. É inegável que esse novo paradigma deve refletir também na condução dos processos do BCB, ainda que não haja norma expressa sobre o ponto.

9. Tais normas privilegiam a concretização de comando existente no art. 37 da Constituição Federal, o qual dispõe que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Outrossim, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), no mesmo caminho, prevê que deve haver a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção²⁹.

10. Diante do contexto acima exposto, entende-se que deve ser alterado parcialmente o entendimento que era até então adotado por esta Procuradoria em relação ao sigilo dos processos administrativos punitivos. A evolução legislativa sobre o tema indica que deve ser adotada a orientação jurídica de que a informação sobre a existência ou inexistência de processo administrativo punitivo seja considerada uma informação pública, que pode ser fornecida a quem a demande. Por outro lado, deve ser mantido o entendimento no sentido de que o acesso aos autos processuais e às suas cópias é restrito ao titular da informação ou a seu representante legal devidamente constituído, uma vez que, dentro dos processos que tramitam no BCB, estão presentes inevitavelmente dados protegidos pelo sigilo bancário, fiscal ou empresarial. Nesse sentido, é o art. 14 da Circular nº 3.857, de 2017³⁰.

11. Como argumento de reforço para a alteração de entendimento proposta, destaca-se que outros órgãos públicos adotam a publicidade sobre informações relativas a processos punitivos. Como exemplo, pode ser citada a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a qual disponibiliza, em seu endereço eletrônico, informações sobre a tramitação de seus processos administrativos punitivos, e também os tribunais, os quais disponibilizam a tramitação de processos criminais.

f.1) Se sim, essa informação pode ser fornecida mesmo que não tenha havido proferimento de decisão?

35. Sim. O entendimento da PGBC, consoante manifestação jurídica acima reproduzida, é que a informação sobre a existência ou inexistência de PAS constitui informação pública, que pode ser fornecida a quem a demande.

²⁸ De acordo com o art. 9º da Circular nº 3.857, de 14 de novembro de 2017, a intimação deve conter, dentre outros requisitos, a identificação do acusado.

²⁹ “Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;”

³⁰ “Art. 14. O direito de consultar e de obter cópias do processo, de cuja despesa o Banco Central do Brasil pode exigir ressarcimento, será restrito às partes, seus representantes legais e mandatários.”

f.2) Se sim, quais informações podemos divulgar (quem são os envolvidos? a irregularidade objeto do processo? Penalidades aplicadas)?

36. Tomando por base a fundamentação do Parecer Jurídico 903/2017-BCB/PGBC, no sentido de que a Lei nº 13.506, de 2017, deu destaque à publicidade dos atos administrativos relacionados ao PAS, entende-se pela possibilidade de divulgação daquelas informações que devem constar dos atos de comunicação³¹ (citação³² e intimação) e do resumo da decisão publicada no sítio eletrônico desta Autarquia³³.

37. Não se vislumbra, assim, impedimento jurídico a que sejam fornecidas a qualquer demandante as seguintes informações: identificação do acusado (e de seus mandatários ou representantes legais); número do processo; indicação dos fatos imputados ao acusado; dispositivo legal ou regulamentar infringido e a cominação prevista; e fundamento de direito e dispositivo da decisão. Não é necessário, contudo, que todas essas informações sejam franqueadas ao cidadão diante de simples questionamento sobre a existência de PAS, sem a pretensão de acessar seu conteúdo. Cabe à área técnica, no caso concreto, avaliar quais desses dados devem ser fornecidos para o adequado atendimento da demanda.

g) Diante da entrada em vigor da Lei 13.709, de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), qual deve ser o tratamento às solicitações de acesso/cópia de PAS fundamentadas na LAI, no caso dos processos em que haja decisão definitiva?

38. Inicialmente, imperioso ressaltar que a Constituição da República, com relação aos atos processuais, foi expressa no sentido de que sua publicidade somente pode ser restrita quando a defesa da intimidade ou o interesse social exigirem, nos termos de seu art. 5º, inciso LX³⁴. Essa também é a orientação da Lei nº 13.506, de 2017, em relação ao PAS, na esteira do entendimento consagrado no Parecer Jurídico 903/2017-BCB/PGBC e examinado em tópico progresso³⁵.

39. Consoante se verifica da Nota Jurídica 3268/2018-BCB/PGBC, de 15 de outubro de 2018³⁶, o entendimento da PGBC, firmado antes da entrada em vigor da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ou LGPD), é no sentido de que não é toda informação relativa à pessoa natural constante em processo administrativo que não pode ser disponibilizada a terceiros, mas somente aquela cuja divulgação possa afetar a intimidade, vida privada, honra ou imagem da pessoa, em atenção ao direito constitucional assegurado pelo art. 5º, inciso X³⁷, da Lei Maior. Essa orientação já foi, inclusive, respaldada pela CGU, conforme se observa do seguinte

31 Vide art. 20, § 1º, da Lei nº 13.506, de 2017, e arts. 7º e 9º da Circular nº 3.857, de 2017.

32 Em que pese o Parecer Jurídico 903/2017-BCB/PGBC ter apenas abordado a viabilidade de publicação da intimação no sítio eletrônico do Banco Central, existe também essa possibilidade em relação à citação, quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o acusado, nos termos do art. 21, § 1º, da Lei nº 13.506, de 2017, e do art. 8º-B da Circular nº 3.857, de 2017. Desse modo, também não há impedimento jurídico a que as informações necessárias ao ato de citação sejam fornecidas a quem as demande.

33 Vide art. 34 da Circular nº 3.857, de 2017.

34 Art. 5º [...] LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; [...].

35 Apenas a título informativo, nota-se que a legislação é ainda mais clara quanto à publicidade dos processos judiciais, conforme art. 93, inciso IX, da Constituição da República, e arts. 11 e 189 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). A Lei Maior prevê ainda a publicidade das decisões administrativas do Poder Judiciário, consoante seu art. 93, inciso X. Quanto aos processos criminais, o art. 4º, inciso III, alínea "d", da LGPD, afasta expressamente a aplicação desse diploma legal em relação aos dados pessoais neles contidos.

36 De autoria do Procurador Humberto Cestaro Teixeira Mendes, com despacho da Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça.

37 Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...].

excerto extraído da referida manifestação jurídica, que analisou pedido de acesso aos nomes dos advogados que subscreveram peça defensiva de determinado PAS:

7. Adentrando a análise do mérito recursal, deve-se salientar que a LAI dispõe expressamente que o tratamento das informações pessoais, pelas entidades do Poder Público, “deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais” (art. 31, *caput*). O art. 4º, inciso IV, da citada norma, conceitua informação pessoal como “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. Essa definição é complementada pelo art. 3º, inciso V, do Decreto nº 7.724, de 2012, que prevê **tratar-se de dado relativo à intimidade, vida privada, honra e imagem da pessoa.**

8. Ademais, a LAI também estabelece que as informações pessoais somente podem ser acessadas por agentes públicos legalmente autorizados, pelo próprio indivíduo a que elas se referirem ou por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso do titular dos dados (art. 31, § 1º). Há, portanto, uma clara exceção à regra geral estabelecida pela LAI, no sentido de que as informações detidas pelas entidades do Poder Público devem ser disponibilizadas à coletividade. Essa exceção, vale complementar, decorre do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, que estabelece a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

9. A interpretação dos dispositivos normativos acima transcritos conduz à conclusão de que não é toda informação relativa à pessoa natural que não pode ser disponibilizada a terceiros, pela Administração Pública. Claramente, a legislação em vigor resguarda tão somente aqueles dados cujo acesso afetaria a intimidade, vida privada, honra e/ ou imagem da pessoa, de modo a tutelar o direito individual consagrado na Lei Maior.

10. O entendimento ora exposto está em linha com a compreensão do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), vide as decisões proferidas pelo órgão nos processos (NUP) nº 99927.000347/2015-62 e 09200.000557/2015-53. Nesse último processo, a CGU consignou que:

10. Como inexistente no país legislação específica sobre o tratamento de dados pessoais que indique um rol de informações a serem resguardadas, o entendimento que tem sido construído pela CGU aponta que a restrição de acesso se limita apenas a uma parcela da informação pessoal, e não a toda informação sobre indivíduo identificável ou identificado. Nesse sentido, como a LAI atrela a proteção de dados pessoais aos direitos constitucionais relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, as informações pessoais de acesso restrito seriam aquelas consideradas “sensíveis”, ou seja, aptas a, se divulgadas, lesionar os mencionados direitos.

11. A Lei nº 12.414/2011, que disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento para formação de histórico de crédito, considera informações sensíveis como aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas (Art. 3º, §3º, II). Do mesmo modo, o Anteprojeto de Lei para a Proteção de Dados Pessoais, atualmente em consulta pública no site do Ministério da Justiça, considera dados sensíveis aqueles que revelem a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas ou morais, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, bem como dados genéticos

12. *Esses conceitos auxiliam os intérpretes do art. 31 da LAI, pois vão ao encontro da concepção de que o bem objeto da proteção não é o dado de identificação por si só, mas o que tal dado pode revelar acerca da personalidade, das concepções pessoais, das opções de convivência de uma pessoa, entre outras características capazes de lhe expor a julgamentos, discriminação, ou a influir no modo como o indivíduo deseja ser visto pelos outros. (...).* (grifos inautênticos).

II. No presente caso concreto, o objeto do pleito da cidadã não se enquadra nessa noção de informação pessoal de terceiro, mais especificamente, não se refere a algo ínsito à intimidade, à vida privada, à honra ou à imagem de um indivíduo, uma vez que não é capaz de desnudar a origem, convicções, orientações ou qualquer outro dado relacionado à personalidade.

40. A LGPD, por sua vez, trouxe expressa diferenciação entre os conceitos de dado pessoal e dado pessoal sensível, nos termos de seu art. 5º, incisos I e II, *in verbis*:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; [...].

41. No que concerne ao tratamento³⁸ dos dados pessoais, o art. 7º, incisos II e VI, da LGPD, indica que o Banco Central está dispensado de obter o consentimento do titular quando necessário para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória ou para o exercício regular de direitos em processo administrativo, senão vejamos:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

[...]

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

[...]

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); [...].

42. Quanto aos dados pessoais sensíveis, o art. 11, inciso II, da LGPD, dispensa o consentimento do titular quando for indispensável para situações similares àquelas relacionadas aos dados pessoais não classificados como sensíveis (acima reproduzidas), senão vejamos:

³⁸ O conceito de “tratamento” é bastante abrangente e está previsto no art. 5º, inciso X, da LGPD, que possui a seguinte redação: “X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração; [...]”.

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

[...]

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

[...]

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

[...].

43. Conforme já demonstrado em tópicos anteriores, a decisão em PAS não retira desta Autarquia o dever legal de proteger as informações pessoais contidas no processo, as quais devem ser entendidas, segundo a orientação da Nota Jurídica 3268/2018-BCB/PGBC, como aquelas que buscam resguardar a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas. A inviolabilidade desses direitos é uma premissa que permeia toda a LGPD, independentemente de o dado pessoal ser considerado sensível ou não, consoante se observa de seu art. 2º, inciso IV, e art. 17, *in verbis*:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

[...]

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

[...]

Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

44. O rol de dados pessoais sensíveis, previsto na LGPD, por possuir uma disciplina mais rigorosa, pode ser utilizado pela área técnica como paradigma (orientação) para auxiliar na avaliação sobre a natureza sigilosa de determinada informação. De toda sorte, também é possível que dados pessoais não classificados como sensíveis sejam objeto de proteção pelos direitos constitucionais estabelecidos no art. 5º, inciso X, da Lei Maior.

45. Nesse contexto, a vigência da LGPD não altera o tratamento a ser dado pelo Banco Central às solicitações de acesso/cópia de PAS nos quais haja decisão definitiva, uma vez que, após o ato decisório, esta Autarquia continua com o dever legal de proteger as informações contidas no processo que possam violar a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas. O rol de dados pessoais sensíveis, estabelecido na LGPD, pode ser utilizado pela área técnica como norte para assegurar a confidencialidade das informações, sem olvidar que a proteção da intimidade também pode incidir em dados não classificados como sensíveis pela legislação.

CONCLUSÃO

46. Ante o exposto, assim podem ser sintetizadas as respostas aos questionamentos propostos:

a) não há espaço jurídico para defender, diante dos precedentes da CGU, que o art. 14 da Circular nº 3.857, de 2017, por não mencionar nenhum marco temporal, restringe o acesso ao PAS às partes e aos seus procuradores ou representantes legais mesmo nos casos em que tenha havido proferimento de decisão no âmbito do processo. Por se tratar de norma infralegal, o mencionado dispositivo regulamentar não prevalece em relação ao disposto no art. 7º, § 3º, da LAI;

b) para fins de atendimento da LAI, a decisão de primeira instância – assim entendida aquela prevista no art. 31 da Circular nº 3.857, de 2017, e aquela que decide pelo arquivamento do PAS em razão do cumprimento de todas as condições estabelecidas em TC – é suficiente para que se conceda acesso ao PAS, deixando a documentação que a fundamentou de possuir a natureza de documento preparatório. A responsabilidade desta Autarquia é de fornecimento da documentação constante nos autos anteriores à decisão, sempre resguardando a proteção a eventuais documentos ou trechos contendo informações pessoais ou protegidas por alguma espécie de sigilo legal;

c) qualquer documento inserido em PAS, mesmo que encaminhado por particulares (a exemplo da defesa do acusado), passa a receber tratamento da LAI. Assim, também em relação a eles aplica-se a regra contida no art. 7º, § 2º, do referido diploma legal, de sorte que, caso as informações neles contidas sejam parcialmente sigilosas ou objeto de qualquer hipótese de restrição de acesso, deve a área técnica franquear ao demandante acesso à parte não sigilosa da informação, mediante ocultação da parte sob sigilo;

d) caso a área técnica se depare com situação em que não seja possível segregar as informações sigilosas daquelas passíveis de divulgação, sem que o sentido dos atos perca precisão nesse processo, o caminho a ser adotado é o fornecimento de certidão ou extrato da documentação contida no PAS ou no documento específico solicitado, consoante também autorizado pelo § 2º do art. 7º da LAI. Nesses casos, na resposta ao cidadão, deve a área técnica justificar a opção pela medida e, na hipótese de pedido de acesso ao inteiro teor de PAS, resguardadas eventuais peculiaridades do caso concreto, franquear ao demandante ao menos a identificação das partes no processo (e de seus respectivos representantes legais ou mandatários), o sumário dos documentos contidos nos autos com a respectiva descrição e o resumo dos principais atos processuais;

e) deve ser dado tratamento confidencial ao PAS que estiver suspenso em razão da assinatura de TC com o Banco Central, circunstância na qual os respectivos autos somente poderão ser acessados pelas partes ou por seus procuradores ou representantes legais;

f) consoante o entendimento consignado no Parecer Jurídico 903/2017-BCB/PGBC, a informação sobre a existência ou inexistência de PAS constitui informação pública, que pode ser fornecida a quem a demande. Não há impedimento jurídico a que sejam disponibilizados aos cidadãos, em demandas específicas, a identificação do acusado (e de seus mandatários ou representantes legais); o número do processo; a indicação dos fatos imputados ao acusado; o dispositivo legal ou regulamentar infringido e a cominação prevista; e o fundamento de direito e o dispositivo da decisão. Cabe à área técnica, no caso concreto, avaliar quais dessas informações devem ser fornecidas para o adequado atendimento da demanda, não havendo a necessidade de que todos esses dados sejam franqueados diante de simples questionamento sobre a existência de PAS; e

g) a vigência da LGPD não altera o tratamento a ser dado pelo Banco Central às solicitações de acesso/cópia de PAS nos quais haja decisão definitiva, uma vez que, após o ato decisório, esta Autarquia continua com o dever legal de proteger as informações contidas no processo que possam violar a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas. O rol de dados pessoais sensíveis, previsto na LGPD, pode ser utilizado pela área técnica como norte para assegurar a confidencialidade das informações, sem olvidar que a proteção da intimidade também pode incidir em dados não classificados como sensíveis pela legislação.

47. Registra-se, por fim, que a presente manifestação jurídica é de “*acesso público ou ostensivo*”, nos termos do art. 2º, inciso I³⁹, da Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018, do Procurador-Geral do Banco Central.

À consideração de Vossa Senhoria.

ANDRÉ UBALDO ROLDÃO
Procurador do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)
OAB/MG 128.386

De acordo.

Ao Sr. Subprocurador-Geral da Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCiPG).

ELIANE COELHO MENDONÇA
Procuradora-Chefe do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)
OAB/MG 78.456

De acordo.

Registre-se que o Procurador-Geral Adjunto titular da Seção de Consultoria e Representação Extrajudicial (PGA-1) está ciente da orientação fixada neste parecer.

³⁹ Art. 2º Para os efeitos desta Portaria, os pronunciamentos expedidos pela Procuradoria-Geral do Banco Central podem ostentar os seguintes graus de acesso, de acordo com a natureza das informações neles contidas:
I – *acesso público ou ostensivo*: quando não houver informações objeto de classificação em grau de sigilo, nem informações pessoais, protegidas por sigilo legal ou por incidência de outra hipótese normativa de restrição de acesso, sujeitando-se a mecanismos de transparência ativa ou passiva; [...].

Ao Derad.

ALEXANDRE FORTE MAIA
Subprocurador-Geral do Banco Central, substituto
Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCrPG)
OAB/DF 20.935

Petição 2.148/2021-BCB/PGBC

Memorial apresentado pelo Banco Central do Brasil (BCB), perante o Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 645, ajuizada pelo partido Podemos, posteriormente convertida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.407, por meio do qual a Autarquia sustenta a constitucionalidade do art. 2º, caput e §§ 1º a 3º, da Resolução 4.765, de 27 de novembro de 2019, do Conselho Monetário Nacional (CMN), os quais disciplinaram a possibilidade de cobrança de tarifa pela disponibilização de cheque especial ao cliente.

Felipe de Vasconcelos Pedrosa

Procurador do Banco Central

Lucas Farias Moura Maia

Procurador-Chefe do Banco Central

Erasto Villa-Verde Filho

Subprocurador-Geral do Banco Central

Flavio José Roman

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

Cristiano Cozer

Procurador-Geral do Banco Central

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MEMORIAL DO BANCO CENTRAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.407, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Autor: Podemos. Interessado: Presidente do Banco Central do Brasil. Impugnação do art. 2º, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, da Resolução nº 4.765, de 27 de novembro de 2019, do Conselho Monetário Nacional (CMN). Elementos para subsidiar o convencimento dos integrantes da Corte quanto à improcedência do pedido.

Relator: Excelentíssimo Senhor Ministro Gilmar Mendes.
Pauta virtual de julgamentos do Plenário com início em 23 de abril de 2021.

Excelentíssimos Senhores Ministros,

Síntese da demanda

O Podemos, partido político com representação no Congresso Nacional, ajuizou a Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 645, depois convertida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.407, questionando a constitucionalidade do art. 2º, caput e §§ 1º a 3º, da Resolução nº 4.765, de 27 de novembro de 2019, do Conselho Monetário Nacional (CMN).

2. O texto normativo impugnado é o seguinte:

“Art. 2º Admite-se a cobrança de tarifa pela disponibilização de cheque especial ao cliente.

§ 1º A cobrança da tarifa prevista no caput deve observar os seguintes limites máximos:

I - 0% (zero por cento), para limites de crédito de até R\$500,00 (quinhentos reais); e

II - 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento), para limites de crédito superiores a R\$500,00 (quinhentos reais), calculados sobre o valor do limite que exceder R\$500,00 (quinhentos reais).

§ 2º A cobrança da tarifa deve ser efetuada no máximo uma vez por mês.

§ 3º A cobrança da tarifa deve observar, no que couber, as disposições da Resolução nº 3.919, de 25 de novembro de 2010, não se admitindo a inclusão do serviço de que trata o caput em pacote de serviços vinculado a contas de depósitos à vista.”

3. A medida cautelar foi concedida pelo Ministro Relator e a concessão referendada pelo plenário, para suspender a eficácia dos dispositivos reproduzidos. Na sequência deste texto, após brevíssima explanação das razões regulatórias que motivaram a edição da Resolução CMN nº 4.765, de 2019, abordam-se cada um dos fundamentos da decisão concessiva e alguns dos argumentos do requerente, com o propósito de trazer aos integrantes do Colegiado elementos que, no entendimento desta Autarquia, justificariam a improcedência do pedido.

Motivo, objeto e finalidade do ato regulatório

4. Estudos conduzidos pelo Banco Central¹ concluíram que:

- Para determinado grupo de consumidores, especificamente os de baixa renda e escolaridade, a demanda por cheque especial não é sensível à taxa de juros, o que, nesse segmento, concede elevado poder de mercado às instituições financeiras;
- Existe nefasto subsídio cruzado no cheque especial: parte considerável dos custos que as instituições financeiras têm com o cheque especial, derivados da necessidade de alocar

¹ As conclusões dos estudos realizados por esta Autarquia foram sumariadas pela Nota Técnica Decem/Depec nº 1/2019, de 5 de novembro de 2019, acostada aos autos e também disponível no sítio eletrônico do Banco Central. A referida nota técnica constitui anexo do Voto do Banco Central que veicula a exposição de motivos da Resolução atacada. Disponível em: <<https://bit.ly/3a80r9i>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

capital para fazer face à exposição aos limites de crédito contratados², vinha sendo pago não por quem gerava aqueles custos – ou seja, por quem contratava altos limites de cheque especial sem necessidade de utilizá-lo –, mas, sim, pelo grupo vulnerável de consumidores citado, que mais se socorria da cobertura e, portanto, mais precisava pagar juros suficientes para cobrir, inclusive, os custos dos limites concedidos a consumidores de alta renda.

5. Nesse cenário, para corrigir essas distorções de mercado, foram concebidas, para pessoas naturais e microempreendedores individuais³, as duas principais medidas implementadas pela Resolução nº 4.765, de 2019, **que têm natureza interdependente**. São elas:

- **Autorização para a cobrança de tarifa no cheque especial**, proporcional ao limite de crédito concedido, ressalvados os limites de crédito iguais ou inferiores a R\$500,00, para o qual a cobrança de tarifa é vedada; e
- **Limitação dos juros de cheque especial** ao patamar de 8% ao mês.

6. Com a adoção dessas medidas, pretendia-se, fundamentalmente, **reduzir o subsídio cruzado** (repassado de clientes de baixa renda para clientes de alta renda) e **tornar mais sinalagmáticas as prestações** das partes contratantes de cheque especial, induzindo que os custos derivados da manutenção de altos limites de crédito passassem a ser cobertos em maior medida por quem os contratasse, não mais pelo grupo vulnerável que, embora com baixo limite de cheque especial, era o que mais se socorria da cobertura e, portanto, pagava mais juros em termos relativos.

7. A Resolução criou, assim, mecanismo de incentivo para que pessoas com maior renda reduzissem os valores de contratação do cheque especial, que efetivamente não utilizavam, para, assim, reduzir os custos da instituição financeira e, finalmente, reduzir os custos do crédito. **Esse é o principal efeito regulatório da possibilidade de cobrança de tarifa: para evitar pagar tarifa pela manutenção de crédito excessivo e desnecessário, cada cliente é levado a reavaliar o montante de seu cheque especial, reenquadrando-o no volume de que efetivamente necessita** (ou no limite mínimo de R\$500,00).

8. Como resultado do somatório dessas decisões individuais, que levam a “desmontar” os limites não utilizados, a instituição financeira passa, no agregado, a dedicar menor volume de crédito para a concessão de cheques especiais a seus clientes. Menor volume de crédito alocado à modalidade de cheque especial implica menor necessidade de aporte de capital. Com menos capital alocado nessa modalidade, há menos custos a serem repassados aos clientes, o que permite **redução estrutural das taxas de juros** cobradas pelo cheque especial e confere **sustentabilidade, no longo prazo**, para o limite máximo de juros estabelecido pelo regulador para a modalidade de cheque especial.

9. As medidas em apreço, além de **baratarem o custo do cheque especial para os consumidores vulneráveis**, que passariam a arcar com custos proporcionais ao crédito que lhes é concedido, teriam

² Tendo em vista os princípios de Basileia consagrados na legislação prudencial em vigor, especialmente a Circular BCB nº 3.644, de 4 de março de 2013, que “estabelece os procedimentos para o cálculo da parcela dos ativos ponderados pelo risco (RWA) referente às exposições ao risco de crédito sujeitas ao cálculo do requerimento de capital mediante abordagem padronizada (RWACPAD), de que trata a Resolução [CMN] nº 4.193, de 1º de março de 2013”.

³ A Resolução **não** trata de limites de crédito e tarifas por cheque especial concedido a **pessoas jurídicas**, pois, neste segmento, vigora o princípio de livre pactuação entre a instituição financeira e o cliente, sem limites protetivos impostos pelo regulador.

ainda por efeito **aumentar a transparência em relação à formação dos custos do cheque especial e, em consequência, estimular a concorrência.**

io. A efetividade da medida revelou-se no curtíssimo prazo, como atestam os dados divulgados pelo Banco Central⁴, que comparam o período anterior e posterior à vigência da resolução objeto desta ação direta, mostrando a substancial redução do custo do crédito.

Classificadas por ordem crescente de taxa

Período: **26/11/2019 a 02/12/2019**

Modalidade: **Pessoa física - Cheque especial**

Tipo de encargo: **Pré-fixado**

As taxas de juros informadas nesta página compreendem operações de cheque especial e de adiantamento a depositantes. Correspondem ao custo efetivo médio das operações para os clientes, composto pelas taxas de juros efetivamente praticadas, acrescidas dos encargos fiscais e operacionais incidentes sobre as operações.

Posição	Instituição	Taxas de juros	
		% a.m.	% a.a.
1	BCO RIBEIRAO PRETO S.A.	1,54	20,16
2	BCO PAULISTA S.A.	2,06	27,68
3	BCO ALFA S.A.	2,34	31,97
4	BCO SOFISA S.A.	2,66	37,01

(...)

24	BCO BRADESCO S.A.	12,36	305,09
25	ITAÚ UNIBANCO S.A.	12,44	308,40
26	BCO A.J. RENNER S.A.	13,64	363,99
27	BCO SANTANDER (BRASIL) S.A.	14,71	418,92
28	BCO AGIBANK S.A.	15,13	442,25
29	BCO MERCANTIL DO BRASIL S.A.	16,46	522,32

Classificadas por ordem crescente de taxa

Período: **22/05/2020 a 28/05/2020**

Modalidade: **Pessoa física - Cheque especial**

Tipo de encargo: **Pré-fixado**

As taxas de juros informadas nesta página compreendem operações de cheque especial e de adiantamento a depositantes. Correspondem ao custo efetivo médio das operações para os clientes, composto pelas taxas de juros efetivamente praticadas, acrescidas dos encargos fiscais e operacionais incidentes sobre as operações.

Posição	Instituição	Taxas de juros	
		% a.m.	% a.a.
1	BCO RIBEIRAO PRETO S.A.	0,95	12,01
2	BCO INDUSTRIAL DO BRASIL S.A.	1,05	13,39
3	BCO SOFISA S.A.	2,32	31,65
4	BCO MODAL S.A.	3,33	48,10

(...)

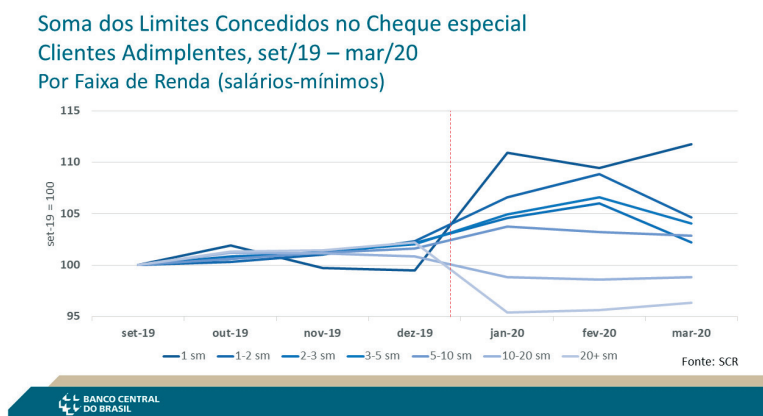
24	BCO MERCANTIL DO BRASIL S.A.	7,81	146,43
25	BCO SANTANDER (BRASIL) S.A.	7,92	149,63
26	BCO SAFRA S.A.	7,92	149,69
27	BCO DO ESTADO DO RS S.A.	7,94	150,17
28	BCO DO EST. DE SE S.A.	7,99	151,53
29	BANCO ORIGINAL	8,00	151,82

II. É certo que a redução das taxas de juros de cheque especial acima demonstrada verificou-se mesmo antes do início da vigência do preceito regulamentar que previa a possibilidade de cobrança de tarifas (cuja eficácia foi, posteriormente, obstada pela medida cautelar). Ainda assim, conforme se esclareceu acima, revela-se sumamente relevante, sob a ótica regulatória, o restabelecimento da eficácia do preceito que permite a cobrança de tarifas, tendo em vista **o estímulo que esse mecanismo representa para que os limites de cheque especial sejam autonomamente definidos pelos próprios clientes nos níveis que se revelam mais eficientes para o sistema como um todo**, evitando os custos de capital referentes à manutenção de limites estéreis e desnecessários.

12. A autorização para que os bancos possam estipular tarifas pela concessão de cheque especial, conforme seus modelos de negócio e observando os estritos limites previstos na regulamentação, consiste em **peça fundamental do modelo adotado pelo Banco Central**, permitindo sua **sustentabilidade no longo prazo** e contribuindo para a **redução estrutural dos juros** que, ao fim e ao cabo, incidem sobre o segmento mais vulnerável de usuários do cheque especial.

⁴ Os dados completos estão disponíveis no sítio eletrônico do Banco Central. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estatisticas/txjuros>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

13. Assim, de um lado, os clientes de maior renda, em razão do mero anúncio da possibilidade de cobrança de tarifa e não obstante a suspensão da regra pelo Supremo Tribunal Federal, anteciparam-se às medidas e reduziram o volume de crédito no cheque especial. De outro lado, o volume de crédito disponibilizado aos clientes de menor faixa de renda (até um salário-mínimo) apresentaram aumento significativo, gozando de juros mais baixos:



14. Na sequência do texto, passa-se, portanto, a analisar os fundamentos da decisão mantenedora da cautelar e argumentos esgrimidos pelo requerente, para subsidiar análise do mérito. Para o efeito, esta Autarquia levará em consideração, inclusive, as apreciáveis dificuldades que advêm da pandemia em curso (Covid-19) sobre a atividade econômica.

Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade tributária

15. O primeiro dos fundamentos que norteou o deferimento da cautelar, também aventado pelo requerente na inicial, foi a de que os dispositivos questionados ofenderiam o princípio da legalidade tributária, pois a cobrança de tarifa pelas instituições financeiras, pela mera disponibilidade do crédito, equivaleria à cobrança de taxa e dependeria, portanto, de lei formal.

16. Esse argumento parece decorrer da terminologia empregada no texto normativo, que se refere à possibilidade de cobrança de tarifa pela “**disponibilização** de cheque especial”.

17. Do ponto de vista jurídico, todavia, a contratação de cheque especial não significa, para o cliente bancário, que lhe seria disponibilizada utilidade meramente potencial. Ao contrário, o cliente tem, **desde a contratação, efetivo acesso a crédito pré-aprovado** – utilidade concreta, que ostenta valor econômico para o cliente e constitui obrigação certa, líquida e exigível para o banco.

18. Situação semelhante ocorre com o instituto da **fiança bancária**: mesmo que o contratante não precise da cobertura de eventual débito pela instituição financeira, passa a ter **direito à cobertura** desde a formalização do contrato. Esse direito representa, em si, utilidade efetiva para o cliente, sendo legítimo que por ele pague desde a contratação e não apenas no caso de eventual necessidade de desembolso do valor da fiança pelo banco. Outro caso similar verifica-se no **contrato de seguro**, no qual, ainda que o segurado jamais chegue a utilizar a cobertura, não se desobriga

de pagar o prêmio. Em todos esses casos, se a instituição se negar a saldar o débito, poderá ser responsabilizada por perdas e danos.

19. A tarifa pela concessão de cheque especial, portanto, remunera esse direito à cobertura que, como visto, representa custo para as instituições financeiras, em decorrência da necessidade regulatória de alocar capital para fazer face à exposição aos limites de crédito contratados.

20. De qualquer forma, o preceito atacado na vertente ação não impõe a cobrança de tarifa, mas apenas a autoriza, inexistindo o traço da compulsoriedade inerente aos tributos. A tarifa de cheque especial tem como fonte jurídica o contrato, não a lei, podendo o consumidor optar por não contratar o cheque especial ou por contratá-lo com outra instituição financeira cuja política seja a de não efetuar cobrança ou efetuar-la em termos menos onerosos para o consumidor. Por fim, não se trata, certamente, de relação jurídica tributária, em que figura o Estado em um dos polos e o contribuinte no outro; mas, sim, de relação contratual entre a instituição financeira, pessoa jurídica de direito privado, e o cliente bancário.

Inexistência de ofensa ao princípio da defesa do consumidor

21. A fundamentação da decisão cautelar também contemplou ser a cobrança da tarifa equivalente a “antecipação dos juros”, como confirmaria regra contida no ato atacado (art. 3º, parágrafo único) que impõe que o valor cobrado a título de tarifa seja abatido do montante cobrado a título de juros. Segundo a decisão em apreço, essa forma supostamente escamoteada de cobrança colocaria o consumidor em situação de vulnerabilidade, contrariando o princípio constitucional da defesa do consumidor.

22. O raciocínio proposto está focado nas receitas totais das instituições financeiras, como exposto pelo Ministro Relator ao tentar estimar o ganho que aquelas instituições teriam com a cobrança de tarifa. Com a devida vênia, esse raciocínio não se sustenta quando a questão é observada sob a ótica do ônus financeiro que recai sobre cada cliente bancário e quando se examinam, com cuidado, os motivos e finalidades do ato regulatório.

23. Longe de criar cobrança escamoteada, o que faz a regulamentação é, justamente, evitá-la, na medida em que desestimula o subsídio cruzado de clientes de menor renda para clientes de maior renda. A medida guerreada institui a possibilidade de cobrança de tarifa **proporcional ao custo** de disponibilização de limite de cheque especial, induzindo os bancos a cobrar remuneração adequada a cada uma das obrigações contratuais assumidas. Assim, em verdade, é justamente a cobrança de tarifa que permite que o cliente que utiliza cheque especial venha a pagar apenas os custos dos recursos sacados, sem precisar subsidiar os custos dos limites disponibilizados, mas não utilizados por clientes de maior renda.

24. Por outro lado, como uma das finalidades da Resolução é reduzir o custo do cheque especial para a população **de baixa renda e escolaridade**, ou seja, **aqueles que mais utilizam a modalidade**, a razão de ser da regra do parágrafo único do art. 3º da Resolução, que impõe o abatimento do valor da tarifa do montante cobrado a título de juros, exsurge manifesta: **com o abatimento, reduz-se ainda mais o ônus sobre esse grupo vulnerável.**

25. A razão regulatória para se permitir a cobrança de tarifa, conforme se esclareceu acima, reside no incentivo a que cada cliente avalie a efetiva necessidade de seu limite de crédito, visando a reduzi-lo ao montante suficiente para atender a seu perfil de consumo. Quando há **efetivo saque** dos recursos do cheque especial, a necessidade desse incentivo para a reavaliação do limite de crédito deixa de se fazer presente, passando a prevalecer, na ótica regulatória, o **interesse na proteção dos tomadores de crédito mais vulneráveis**. Para este grupo, a medida evita que venham a arcar com custo duplice pelo cheque especial: tarifa pela disponibilidade de limite e remuneração (juros) pela utilização dos recursos.

26. Finalmente, segundo estudo recente conduzido pelo Banco Central e publicado em seu portal⁵, a hipótese aventada pelo eminente Ministro Relator, de que as receitas que as instituições financeiras perderiam com a limitação de juros seria compensada com a cobrança de tarifas, não se sustenta. Se as regras instituídas pelo ato normativo questionado estivessem em vigor nos anos de 2017 a 2019, o conjunto dos clientes dos bancos teria deixado de desembolsar (e, portanto, os bancos teriam deixado de ganhar), em valores agregados, média mensal equivalente a R\$380 milhões, caso todos os clientes decidissem pagar tarifa e manter os limites de cheque especial no mesmo nível em que se encontravam.

27. Se, por outro lado, nesse período de 2017 a 2019, os clientes que mantêm limites ociosos de cheque especial decidissem adotar a decisão mais racional e reduzi-los a R\$500,00, de modo a evitar o pagamento de tarifas, o conjunto dos clientes dos bancos teria deixado de desembolsar (e, portanto, os bancos teriam deixado de ganhar), em valores agregados, média mensal equivalente a R\$600 milhões. Segundo o mesmo estudo, quanto menor a renda do correntista, maior seria “a redução no custo efetivo total em virtude do menor pagamento de juros”.

28. Em outras palavras, os valores passíveis de arrecadação com a eventual cobrança de tarifas estão longe de servir como “medida compensatória” para eventual redução de resultado dos bancos com a fixação de teto para os juros do cheque especial. **O que motiva a possibilidade de cobrança da tarifa, sob a ótica regulatória, não é seu peso na composição do resultado dos bancos; é, na verdade, o incentivo a que os clientes adotem decisões racionais quanto à manutenção de limites de crédito que sejam adequados às suas necessidades.**

Inexistência de ofensa ao princípio da proporcionalidade

29. Segundo a decisão cautelar, as medidas adotadas no ato questionado não obedeceriam ao princípio da proporcionalidade, pois seriam mais gravosas do que a solução aventada na aludida decisão, a saber, dar “*autorização para a cobrança de juros em faixas, a depender do valor utilizado ou do limite exacerbado*” – sistemática que, em seu entendimento, permitiria atingir resultados similares.

30. A solução imaginada, no entanto, seria inócua, tendo em vista inexistir, hoje, qualquer proibição a que as instituições financeiras cobrem juros “em faixas”. Se assim elas não fazem, é porque estipulam juros não tanto em função do montante tomado em empréstimo, mas, principalmente, em razão do risco de inadimplência específico de cada cliente, maior no caso do cheque especial, em que o crédito é pré-aprovado, ou seja, nele *não se analisa a situação de solvência do tomador ao tempo em que o limite do cheque especial será usado*.

⁵ BRASIL, Banco Central do Brasil. *Relatório de Economia Bancária 2019*. Brasília: Banco Central do Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioeconomibancaria/REB_2019.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

31. Ademais, ressalta-se que a medida cogitada na decisão, ainda que fosse adotada pelos bancos contra a dinâmica de funcionamento do mercado, não teria o benefício de servir de estímulo à redução da alocação de capital para fazer face à exposição aos limites de crédito oferecidos, além de tornar as prestações dos contratantes menos sinalagmáticas, na medida em que os juros deixariam de guardar proporção com o risco de inadimplemento, mantendo-se distorções já existentes e criando-se mais subsídios cruzados, além de, provavelmente, reduzir o interesse na oferta de crédito para os clientes de menor renda.

32. Dessa forma, entende-se que a medida alternativa aventada não atenderia ao subprincípio da adequação, pois não seria capaz de fomentar a finalidade da norma: reduzir o subsídio cruzado e baratear o crédito.

Inexistência de ofensa à garantia do ato jurídico perfeito

33. Na fundamentação da decisão cautelar sustenta-se, ainda, que a cobrança da tarifa ofenderia a proteção do ato jurídico perfeito, pois a Resolução disporia que a tarifa poderia ser cobrada em relação a contratos anteriores à vigência da própria resolução.

34. Na verdade, **a cobrança de tarifa** (ou, a rigor, de qualquer prestação contratual) somente pode ocorrer **caso haja previsão expressa nos correspondentes contratos**, sendo necessário, portanto, pactuar com cada cliente a inclusão de cláusula que preveja a cobrança de tarifa.

35. Essa conclusão decorre não apenas do fato de que a cobrança de tarifa é apenas autorizada – e, não, imposta – pela Resolução, mas também do princípio geral de Direito segundo o qual obrigações contratuais decorrem do encontro de vontade das partes. No que toca às tarifas bancárias, esse princípio é reafirmado no art. 1º da Resolução CMN nº 3.919, de 25 de novembro de 2010, que expressamente dispõe que a cobrança de remuneração por serviços (tarifa) “*deve estar prevista no contrato firmado entre a instituição e o cliente ou ter sido o respectivo serviço previamente autorizado ou solicitado pelo cliente ou pelo usuário*”.

36. Assim, não há retroatividade no preceito que dispõe que a Resolução nº 4.765, de 2019, entraria em vigor em 1º de junho de 2020 para contratos firmados até 6 de janeiro de 2020. Na verdade, essa norma apenas limita a possibilidade de **renegociação** dos contratos antigos, para neles incluir cláusula para cobrança de tarifa, ao período posterior a 1º de junho de 2020. Inexiste, assim, a cogitada ofensa à garantia do ato jurídico perfeito.

Inexistência de ofensa ao princípio da isonomia

37. Como último fundamento da decisão cautelar, consignou-se que a cobrança de tarifa teria sido instituída sem respeito ao princípio da isonomia, pois somente atingiria pessoas físicas e microempreendedores individuais, **deixando de lado as empresas, que utilizariam o serviço da mesma forma**.

38. Na verdade, a Resolução nº 4.765, de 2019, mitiga a liberdade contratual, trazendo normas de proteção ao grupo mais vulnerável de consumidores bancários. A referida norma **não** trata de limites às taxas de juros de cheque especial, nem de limites à imposição de tarifas pela concessão de cheque especial, **nos contratos de conta corrente mantidos com pessoas jurídicas**, pois, neste segmento, vigora o princípio de livre pactuação entre a instituição financeira e o cliente.

39. A regulação protetiva, portanto, apenas se mostrou necessária para amparar o grupo mais vulnerável de pessoas naturais e microempreendedores individuais. A mesma medida de limitação à livre iniciativa das instituições financeiras, se adotada para proteger empresas, mostrar-se-ia pouco eficaz, tendo em vista serem estas mais sensíveis às variações nas taxas de juros e terem à sua disposição crédito mais abundante e barato, não integrando, destarte, o grupo dos que mais usam o cheque especial.

40. Constitucionalistas de escol, como o Ministro Roberto Barroso⁶, bem como a jurisprudência desta Corte, expressa no RE 422.941 (Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 24-03-2006) têm-se manifestado no sentido de ser **adstrito o poder de intervenção direta do Estado para limitar a livre iniciativa**, nomeadamente numa de suas mais distinguidas expressões, **a fixação dos preços**, a não ser em **hipóteses excepcionais**, como quando for necessária para **restaurar a própria concorrência**.

41. A utilização do cheque especial somente como instrumento emergencial pelas empresas, não como meio ordinário de financiamento, denota efetividade da concorrência e normal funcionamento do mercado. Nesse cenário, ante as restrições impostas pela Constituição ao poder de intervir na atividade econômica, supõe-se que eventual limitação regulatória ao patamar de juros ou à cobrança de tarifas militarmente contrariamente ao princípio constitucional da proporcionalidade.

Pandemia e desoneração do consumidor

42. A fundamentação da decisão cautelar remete, em três passagens distintas, à situação de pandemia, chegando a propor ao Banco Central *“isentar temporariamente algumas tarifas de transferência ou pagamentos durante o período em que perdurarem as consequências socio-econômicas da moléstia”*.

43. O Banco Central não é indiferente à situação presente. Tanto assim que tem adotado diversas medidas para manter a funcionalidade dos mercados e, com isso, apoiar o funcionamento da economia real. As estimativas indicam que o impacto total dessas medidas pode superar R\$1,2 trilhões.⁷ Ademais, tal passagem ignora por completo o recente lançamento, pelo Banco Central, do Pix, meio de pagamento instantâneo brasileiro, em que há isenção de tarifas para pessoas físicas e microempreendedores individuais no envio e recebimento de recursos com finalidade de mera transferência, além de outras isenções⁸.

6 BARROSO, Luís Roberto. A ordem constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 226: 187-212, out./dez. 2001.

7 As medidas e análise estão disponíveis no sítio eletrônico do Banco Central. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/medidasdecombate_covid19>. Acesso em: 15 jun. 2020.

8 Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/pix>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

44. No específico caso da cobrança de tarifa pelo cheque especial, demonstrou-se que a **ferramenta regulatória alinha os incentivos para a utilização racional do crédito e viabiliza a sustentabilidade, em longo prazo, das medidas de proteção ao grupo mais vulnerável de consumidores bancários**, mediante a eliminação de perversos subsídios cruzados. É medida, enfim, que contribui para a redução de custos ao consumidor, principalmente os de baixa renda.

Conclusão e pedido

45. Ante o exposto, descortinados os principais aspectos da medida regulatória, afastados os fundamentos da decisão concessiva de cautelar e alegações do requerente, pede o Banco Central que se julgue improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade.

Brasília, 16 de abril de 2021.

CRISTIANO COZER

Procurador-Geral do Banco Central

OAB/DF 16.400 – Matrícula 2.191.156-8

FLAVIO JOSÉ ROMAN

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central
Seção de Contencioso Judicial e Gestão Legal
(PGA2)

OAB/DF 15.934

ERASTO VILLA-VERDE FILHO

Subprocurador-Geral do Banco Central
Câmara de Contencioso Judicial e Dívida Ativa
(CJ1PG)

OAB/DF 9.393

LUCAS FARIAS MOURA MAIA

Procurador-Chefe do Banco Central
Procuradoria Especializada de Processos
Judiciais Relevantes (PRJUD)

OAB/GO 24.625

FELIPE DE VASCONCELOS PEDROSA

Procurador do Banco Central
Procuradoria Especializada de Processos
Judiciais Relevantes (PRJUD)

OAB/PE 22.759

