

## **Parecer 396/2021-BCB/PGBC**

Parecer que avalia o ingresso do Banco Central do Brasil (BC) como assistente do Fundo Garantidor de Créditos (FGC), ou como *amicus curiae*, nos autos do Recurso Especial (REsp) 1.867.409 – que discute classificação de créditos do FGC na qualidade de administrador do Regime de Administração Especial Temporária (Raet) da massa falida do Banco Cruzeiro do Sul S.A. (BCS).

**Bernardo Henrique de Mendonça Heckmann**

Procurador do Banco Central

**Lucas Farias Moura Maia**

Procurador-Chefe do Banco Central

**Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho**

Subprocurador-Geral do Banco Central

**Flavio José Roman**

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

Parecer Jurídico 396/2021-BCB/PGBC  
PE 190950

Brasília, 28 de junho de 2021.

*Ementa: Recurso Especial (REsp) nº 1.867.409. Recorrentes: Fundo Garantidor de Créditos (FGC) e Banco Cruzeiro do Sul S.A. - massa falida (BCS). Recorridos: os mesmos. REsp que discute classificação de créditos do FGC na qualidade de administrador do Regime de Administração Especial Temporária (RAET) do BCS. Legitimidade do Banco Central do Brasil para ingresso no feito na qualidade de amicus curiae. A representatividade adequada do BCB e a relevância do tema. Legitimidade do Banco Central do Brasil para ingresso no feito na qualidade de assistente simples. O interesse jurídico do Banco Central. Seguro de depósitos e suas finalidades. Por que o seguro de depósitos? Considerações de mérito acerca do Recurso Especial nº 1.867.409. Contexto fático. A administração do FGC por meio do RAET não tem o condão de modificar a natureza originária dos créditos, haja vista que não se enquadra na hipótese do art. 83, inciso VIII, b, da Lei nº 11.101, de 2005. Indevida aplicação do art. 351 do Código Civil e das violações aos art. 83, caput, incisos VI e VIII, e art. 126, todos da Lei nº 11.101, de 2005, e do princípio da par conditio creditorum. Conclusões. Pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso.*

Senhor Procurador-Chefe,

## I. ASSUNTO

Trata-se da avaliação do ingresso do Banco Central do Brasil (BCB) como assistente do Fundo Garantidor de Créditos (FGC), ou como *amicus curiae*, nos autos do Recurso Especial (REsp) nº 1.867.409 – que discute classificação de créditos do FGC na qualidade de administrador do Regime de Administração Especial Temporária (RAET) da massa falida do Banco Cruzeiro do Sul S.A. (BCS).

2. Verifico que o REsp nº 1.867.409 foi interposto pelo FGC com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição da República – aduzindo violação ao art. 1.022, do Código de Processo Civil (CPC), aos arts. 141 e 492, do CPC (princípio da congruência), indevida aplicação do art. 351 do Código Civil (CC) e violações aos art. 83, *caput*, incisos VI e VIII, e art. 126, da Lei nº 11.101, de 2005, além de divergência jurisprudencial em relação ao consignado no REsp 1.327.067/DF –, bem como pelo BCS – alegando a violação ao art. 83, VIII, b, da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado:

*“Agravado de instrumento. Recurso interposto contra a r. decisão que afastou a tese securitária e alterou a classificação do crédito do FGC de subordinado para quirografário. Decisão fundada em três premissas: 1) inexistência de relação securitária entre o BCS e o FGC; 2) a figura do administrador especial temporário não se equipara à do administrador sem vínculo empregatício, previsto no art. 83, inciso VIII, alínea ‘b’, da Lei nº 11.101/05; e 3) o FGC não se beneficiou da função de administrador durante o RAET para obter uma melhor posição para o recebimento de seu crédito.*

[...]

*Inteligência do art. 351 do CC/02. Preferência legalmente imposta em caso de sub-rogação parcial, quando insuficientes os bens do devedor comum. Credores originários (depositantes/investidores do sistema financeiro) só em parte reembolsados que têm preferência em relação ao FGC (sub-rogado) na cobrança da dívida restante (saldo da aplicação bancária excedente à garantia ordinária ou especial), se os bens da massa falida do BCS (devedor comum) forem insuficientes para a satisfação integral de ambos os créditos. Inaplicabilidade do dispositivo afastada por quatro razões: 1) direito falimentar que, embora de natureza privada, revela matéria de ordem pública, de interesse da própria administração da Justiça, autorizando o reconhecimento de sua incidência, ainda que em fase recursal, sem violação ao princípio do duplo grau, que veda a supressão de instância; 2) estatuto do FGC que remete à disciplina civil da sub-rogação (art. 346, inciso III, do CC/02), cujo capítulo (“Do Pagamento com Sub- Rogação”) encerra-se, justamente, com o disposto no art. 351; 3) dispositivo que não distingue hipóteses de sub- rogação legal, convencional, universal ou particular/singular, incidindo sobre todas. Literalidade do artigo que, conquanto se refira à “cobrança da dívida restante”, não se restringe aos casos de concurso particular/singular. Termo “cobrança” que deve ser entendido, de forma mais ampla, como “satisfação”. Concurso universal na falência que é, sem dúvidas, também um meio para a satisfação do crédito; e 4) pelo princípio da par conditio creditorum, deve-se prestigiar a solução que este E. TJSP já adotou no julgamento de outros casos absolutamente análogos ao presente.*

*Observação quanto aos critérios objetivos para operacionalização prática deste julgamento. Diante da situação concursal, o estabelecimento de preferência entre credores da mesma categoria (quirografários) demandará, futuramente, auxílio técnico para a correta implementação das diretrizes ora estabelecidas. O FGC discute, na origem, um crédito no valor de R\$ 2.025.335.922,32, que compreende: 1) R\$ 74.281.145,83 (garantia ordinária, à época limitada a R\$ 70.000,00, decorrente da função paybox clássico); 2) R\$ 1.923.443.334,42 (garantia especial de DPGEs, limitada a 20 milhões, decorrente da função paybox clássico); e 3) R\$ 27.281.145,83 (mútuo com a Holding, datado de 21/10/2011, decorrente da função paybox plus). Somente o crédito por sub-rogação (R\$ 74.281.145,83 e R\$ 1.923.443.334,42 decorrentes da função paybox clássico), será considerado sub- quirografário, e apenas em relação aos credores originários garantidos (depositantes/investidores do sistema financeiro), permanecendo, quanto ao restante (decorrente da função paybox plus), a igualdade de condições com os demais créditos integrantes da classe quirografária (art. 83, inciso VI, da Lei nº. 11.101/05). Solução sui generis que não viola a igualdade consagrada pelo princípio da par conditio creditorum. Garantia constitucional da igualdade substancial que possibilita o tratamento desigual entre credores desiguais, ainda que integrantes de uma mesma classe, na medida de suas desigualdades.*

*Sucumbência. Questão discutida em recurso autônomo (AI 2096035- 95.2017.8.26.0000).*

*Agravo de instrumento parcialmente conhecido e provido em parte, na extensão conhecida, com ressalva e observação.”*

3. Nestes termos, observo que a questão central do REsp nº 1.867.409 é a discussão acerca da classificação de créditos do FGC na qualidade de administrador do RAET do Banco Cruzeiro do Sul S.A. - massa falida.

4. Esse é o breve relatório, passo à análise do tema.

## II. APRECIACÃO

### II.1 - Legitimidade do Banco Central do Brasil para ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*. A representatividade adequada do BCB e a relevância do tema

5. Conforme leciona a doutrina, o *amicus curiae* é um auxiliar do juízo, cujo objetivo é o de aprimorar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, sendo a participação deste terceiro consubstanciada em apoio técnico ao magistrado<sup>1</sup>.

6. Como bem se sabe, o que enseja a participação deste terceiro no processo é a circunstância de ser ele legítimo portador de “interesse institucional”, assim entendido aquele interesse que ultrapassa a esfera jurídica de um indivíduo, para assumir um caráter metaindividual, típico de uma sociedade pluralista e democrática<sup>2</sup>. Ademais, a atuação do *amicus curiae* pressupõe sua representatividade adequada, consubstanciada na pertinência temática entre as finalidades institucionais do interveniente e a matéria contida no processo em que se faculta o auxílio do “colaborador da Corte”<sup>3</sup>.

7. O BCB é a entidade responsável por executar a supervisão do Sistema Financeiro Nacional, que, em linhas gerais, consiste na permanente verificação do atendimento às normas disciplinadoras do setor, cuja elaboração é atribuição da regulação financeira.

8. Como alguns dos principais objetivos da regulação e da supervisão financeira são a manutenção da estabilidade do sistema financeiro e a prevenção de crises bancárias, cria-se vínculo indelével entre aquelas atividades e a atuação do FGC, cujas finalidades estão declaradas no art. 2º do Anexo I da Resolução CMN nº 4.722, de 30 de maio de 2019:

“Art. 2º O FGC tem por finalidades:

I - proteger depositantes e investidores no âmbito do sistema financeiro, até os limites estabelecidos pela regulamentação;

II - contribuir para a manutenção da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional; e

III - contribuir para prevenção de crise bancária sistêmica.”

9. *In casu*, o REsp nº 1.867.409 discute a classificação de créditos do FGC na qualidade de administrador do RAET do BCS, em valores cujos patamares elevadíssimos podem influenciar não apenas o bom funcionamento do FGC, mas do próprio funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, considerando que o FGC compõe os mecanismo de prevenção de crises sistêmicas<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Nesse sentido: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais da ADIN e da ADC*. In *Ações Constitucionais*. DIDIER JR, Fredie (org.). Salvador, Juspodivm, 2006, p. 393-401.

<sup>2</sup> Nesse sentido: CASSIO SCARPINELLA BUENO. *Amicus Curiae: Uma Homenagem a Athos Gusmão Carneiro*. In *O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos. Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*/coordenação Fredie Didier Jr. [et. al.]. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 160.

<sup>3</sup> “[N]o processo coletivo, entre outras exigências para que o legitimado seja um representante adequado para o interesse ou direito coletivo, pode-se apontar: um bom conhecimento dos fatos envolvendo a demanda; possua credibilidade em virtude de demonstrar ter um bom caráter e ser honesto”. RODRIGUES NETTO, Nelson. *A Intervenção de Terceiros nos Julgamentos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial Paradigmático*. In *O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos. Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*/coordenação Fredie Didier Jr. [et. al.]. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 160.

<sup>4</sup> “Ao propiciar segurança aos correntistas de que, independentemente da quebra da instituição financeira, suas economias estarão protegidas, o seguro (sic) de depósitos procura reduzir a possibilidade de ocorrência de corridas bancárias.” ALVES PINTO, Gustavo Mathias. *Regulação sistêmica e prudencial no setor bancário brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 132

10. Segundo a anexa Nota 367/2021-BCB/DERAD, a preocupação do BCB está evidenciada no caso nos seguintes termos:

*“17. As garantias prestadas e a contratação de operações de assistência ou de suporte financeiro, são cruciais para o funcionamento normal do SFN, especialmente para assegurar liquidez às instituições de menor porte em ambiente de maior aversão a risco.*

*18. Nesse contexto, e do ponto de vista do Derad, há preocupação quanto ao risco de descapitalização do FGC em caso de perdas advindas de eventual reclassificação de créditos que o levasse ‘ao final da fila’ de credores. O comprometimento de sua capacidade de atuar efetivamente pela estabilidade, confiabilidade e higidez do SFN poderia levar o FGC a acionar mecanismos de recolhimento de receitas adicionais (conforme previsão do seu Estatuto).*

*19. Todavia, a existência de mecanismos para levantamento de receitas adicionais, também não significa inexistência de impacto para o SFN. A liquidez do FGC (tamanho do Fundo) é estimada por modelo que leva em conta todos os riscos a que o Fundo está exposto. Assim, a descapitalização em caso de não ressarcimento de dispêndios do FGC no cumprimento de sua missão (pagamento de garantias e contratação de operações de assistência e de suporte financeiro) aumentaria seu nível de exposição a riscos e, conseqüentemente, a necessidade de recursos adicionais para fazer frente às suas obrigações. As receitas do FGC são contribuições das instituições associadas que, inevitavelmente, repassam o custo a todos os seus clientes.*

*20. Nesse sentido, a classificação dos créditos do FGC como subordinado ou como subespécie dentro da categoria quirografários, na hipótese de que não haja recursos suficientes para satisfazer os créditos do FGC, implica transferência de custo a todos os clientes das instituições associadas, enquanto que, na manutenção do crédito do FGC em igualdade de condições aos demais quirografários, esse custo é dividido entre o FGC e os demais clientes da instituição em regime de resolução. Exemplificando, no caso da aplicação do art. 351 do Código Civil, os investidores de valores acima da garantia oferecida pelo FGC (atualmente, valores até de R\$ 250 mil, para a garantia ordinária, e até R\$40 milhões - para investidor comum - ou de R\$400 milhões - para instituição associada - para garantia especial), receberiam com prioridade em relação ao FGC. Ou seja, grandes investidores, inclusive instituições associadas, com garantia de até R\$400 milhões, depois de receberem a garantia prestada pelo FGC, receberiam os seus saldos remanescentes antes do recebimento de recursos que foram captados de todo o sistema, incluindo custo para os pequenos poupadores, para manutenção da estabilidade do SFN. É como se o grande investidor contasse com uma garantia extra, já que teria o privilégio de receber seus recursos com prioridade aos demais, menores poupadores, que contribuem para o efetivo cumprimento da missão do FGC.*

*21. Note-se, por fim, que as operações de assistência e de suporte financeiro realizadas pelo FGC são soluções negociadas entre a instituição contratante e o próprio fundo. Embora deva obedecer a condições mínimas previstas no Estatuto e Regulamento do FGC, a concessão dessas operações é sujeita à decisão discricionária do Fundo.*

*22. Para além das preocupações já pontuadas, a classificação dos créditos do FGC como subordinado ou subespécie de crédito quirografário cria um desincentivo à concessão de operações desse tipo, haja vista que, caso a situação crítica da instituição contratante resulte em decretação de liquidação extrajudicial, a probabilidade de recuperação do recurso ficaria significativamente reduzida. A diminuição das opções de socorro a instituições em situação crítica impõe risco ao SFN e inviabiliza o cumprimento da missão institucional do FGC.*

[...]

*25. A eventual classificação do crédito do administrador extrajudicial como crédito subordinado preocupa esta Autarquia no sentido de que possa gerar insegurança, para os possíveis nomeados a administradores de regimes, seja o FGC ou não, ao verem seus créditos classificados como subordinados.*

*E assim, desestimular o interesse de agentes em atuarem como administradores de RAET.*

*26. É especialmente preocupante a fundamentação a ser adotada para se alcançar tal classificação, pois a adoção de analogias que resultem na expansão das responsabilidades e dos ônus dos administradores dos regimes de resolução para além do que determina a legislação aplicável ao exercício de tal função impõe elevado risco a toda e qualquer pessoa que possa vir a atuar como interventor, liquidante ou administrador de RAET.” (Destques acrescidos.)*

11. Tais circunstâncias indicam a imprescindibilidade da manifestação de órgãos e entidades capazes de fornecer subsídios técnico-jurídicos ao julgamento da demanda. Nesse descortino, ganha proeminência a participação do BCB no feito, tendo em vista sua qualidade de autarquia especial reguladora e supervisora do Sistema Financeiro Nacional, responsável por zelar por sua estabilidade e eficiência – nos termos do que dispõem os artigos 9º e 10 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 e art. 1º, parágrafo único da Lei Complementar nº 179, de 24 de fevereiro de 2021 –, bem como sua missão institucional de zelar pelo bom funcionamento daquele sistema.

12. Além disso, a segurança jurídica dos depositantes e depositários está intrinsecamente relacionada à certeza do regular andamento das instituições financeiras. Um ambiente de dúvidas e incertezas em torno dos depósitos ostenta o potencial de trazer instabilidades para o mercado, com efeitos nefastos para todo o Sistema Financeiro Nacional.

13. Ademais, o art. 138 do CPC é bastante claro ao determinar que o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada<sup>5</sup>.

14. Destaco, ainda, o reconhecimento da relevância da matéria consignado nas próprias palavras do Min. Rel. Luis Felipe Salomão, nos autos do Recurso Especial nº 1.867.409, notadamente no despacho que encaminhou o feito à Subprocuradoria-Geral da República, para parecer, em razão da importância do tema discutido<sup>6</sup>.

15. Nesse contexto, constatada a relevância da matéria discutida, bem como a representatividade adequada do tema para o BCB, entendo que seja o caso de se requerer o ingresso, na qualidade de *amicus curiae*, com fulcro no art. 138 do CPC, nos autos do Recurso Especial nº 1.867.409.

## **II.2 - Legitimidade do BCB para ingresso no feito na qualidade de assistente simples. O interesse jurídico do BCB**

16. Caso não se entenda pelo ingresso do BCB na qualidade de *amicus curiae*, com fulcro no art. 138 do CPC, também entendo cabível, alternativamente, o ingresso do BCB como assistente do FGC.

<sup>5</sup> “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.”

<sup>6</sup> “Em razão da matéria e da relevância da discussão em comento, remeta-se ao Parquet para parecer.” (Destques acrescidos.)

17. Isso porque, como já referenciado, o BCB é a entidade responsável por executar a supervisão do Sistema Financeiro Nacional, que, em linhas gerais, consiste na permanente verificação do atendimento às normas disciplinadoras do setor, cuja elaboração é atribuição da regulação financeira, e o FGC tem como finalidades proteger depositantes e investidores no âmbito do sistema financeiro, contribuir para a manutenção da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional e contribuir para prevenção de crise bancária sistêmica.

18. Tanto é assim que, em acréscimo ao contexto fático já consignado no capítulo antecedente, a anexa Nota 367/2021-BCB/DERAD consigna que “O BCB e o FGC atuam complementarmente e em estreita colaboração para garantir a confiabilidade, a estabilidade e a higidez do Sistema Financeiro Nacional (SFN).”

19. A par disso, tendo em vista que a assistência simples é modalidade de intervenção de terceiros que tem como requisito essencial a demonstração de interesse jurídico do interveniente em que o resultado de uma causa pendente seja favorável a uma das partes, parece-me inquestionável o interesse jurídico do Banco Central nas causas de que se trata, tudo com amparo no art. 119 do CPC.<sup>7</sup>

20. Assim, evidenciado o interesse jurídico, entendo também ser possível requerer-se o ingresso do BCB, na qualidade de assistente simples do FGC, com fulcro no art. 119 do CPC, nos autos do Recurso Especial nº 1.867.409.

### II.3 - Seguro de depósitos e suas finalidades. Por que o seguro de depósitos?

21. Em 1930, uma série de quebras de bancos no sul e no meio-oeste dos Estados Unidos da América (EUA) espalhou medo entre os depositantes e gerou ondas de corridas bancárias no país nos anos seguintes: 1.345 bancos quebraram em 1930, 2.298, em 1931 e 1.456, em 1932<sup>8</sup>. A confiança do público no sistema bancário norte-americano era minúscula e os estados daquela federação chegavam ao ponto de decretar feriados bancários para evitar saques<sup>9</sup>, o que não aliviava a pressão sobre o sistema financeiro. Em março de 1933, metade dos estados havia declarado feriados do tipo. Naquele mesmo mês, o recém-eleito Presidente Franklin Roosevelt decretou feriado nacional para os bancos. O sistema bancário norte-americano havia colapsado.

22. Atento à crise de confiança que obstava a recuperação da economia norte-americana após a Crise de 1929, em seu primeiro discurso como Presidente, Roosevelt declarou que “a única coisa de que devemos ter medo é do próprio medo – inominável, desarrazoado, injustificado terror que paralisa os necessários esforços para converter recuo em avanço”.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> “Art. 119. Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la.”

<sup>8</sup> Cf. CARNELL, Richard Scott. MACEY, Jonathan R. MILLER, Geoffrey P. *The Law of Financial Institutions*. 5<sup>th</sup> ed. Walters Kluwer Law & Business, 2013, p. 18. Antes de um período de relativa tranquilidade na operação do mercado financeiro no país (1913-1929), a economia norte-americana havia sido afligida por pânico financeiros em 1873, 1884, 1890, 1893 e 1907. *Idem, ibidem*, p. 14.

<sup>9</sup> Pelo *National Bank Act*, de 1863-1864, os EUA criaram um sistema em que o governo federal e os dos estados podiam licenciar o funcionamento dos bancos, estabelecendo espécie de competição regulatória entre eles.

<sup>10</sup> Tradução livre de “the only thing we have to fear is fear itself-nameless, unreasoning, unjustified terror which paralyzes needed efforts to convert retreat into advance” *apud* Carnell, Richard Scott. Macey, Jonathan R. Miller, Geoffrey P. *Op. cit.* p. 19.

23. Em breves linhas, foi esse o contexto da criação do seguro de depósitos pelo *Banking Act*, de 1933, popularmente conhecido como *Glass-Steagall Act*<sup>11</sup>.

24. Buscava-se, então, a recuperação da confiança do público, com o oferecimento aos depositantes de bancos de um benefício inextensível a outros setores da economia e mesmo a outras entidades financeiras, a saber, a garantia de pagamento, até certo limite, de valores depositados em instituições bancárias que viessem a quebrar.

25. A experiência norte-americana fez eco e, em setembro de 2008, apenas dois países com representação no Comitê de Mercados Financeiros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Austrália e Nova Zelândia, não tinham alguma cobertura do tipo. Em outubro daquele ano, como medida de combate à crise financeira iniciada no mercado imobiliário norte-americano, cujos efeitos se espalharam mundo afora, a Austrália anunciou a imediata introdução do seguro de depósitos no país<sup>12</sup>.

26. No Brasil, a instituição dessa rede de proteção, ocorrida em 1995, também esteve diretamente relacionada à prevenção de crises<sup>13</sup>. Ela foi parte da reestruturação do Sistema Financeiro Nacional voltada a acomodar mudanças na operação das instituições financeiras decorrentes do fim do período de elevada inflação<sup>14</sup>. Ao mesmo tempo, ajudou a dissipar instabilidades geradas no sistema bancário do País pela Crise Tequila, ocorrida no México em 1994<sup>15</sup>. Ainda em 1995, a Argentina, também afetada pela crise mexicana, instituiu seguro de depósitos. De acordo com trabalho publicado pela Comissão Econômica para América Latina e Caribe das Nações Unidas (Cepal), o seu objetivo principal era evitar corridas bancárias<sup>16</sup>.

11 Uma ressalva: antes de 1933, alguns estados norte-americanos haviam instituído seguros de depósitos. No entanto, a escala da proteção estabelecida pelo *Glass-Steagall Act* não encontrava precedentes, razão pela qual costuma ser apontada como marco inicial da proteção, na forma como ela é conhecida contemporaneamente. WHEELLOCK, David C. and WILSON, Paul W. *Can Deposit Insurance Increase the Risk of Bank Failure? Some Historical Evidence*. Publicado pelo Federal Reserve Bank of St. Louis. Maio/Junho de 1994. Disponível em [http://research.stlouisfed.org/publications/review/94/05/Deposit\\_May\\_Jun1994.pdf](http://research.stlouisfed.org/publications/review/94/05/Deposit_May_Jun1994.pdf). Acesso em 17 de março de 2014.

12 Cf. H Hill, Jennifer G. *Why did Australia fare so well in the global financial crisis? The Regulatory Aftermath of the Global Financial Crisis*. FERRAN, Eilís, MOLONEY, Niamh, HILL, Jennifer G. and COFFEE, JR, John C. Cambridge, Cambridge University Press, 2012. pp. 240 e 243.

13 A criação do FGC deu-se pela Resolução CMN nº 2.211, de 16 de novembro de 1995. Antes disso, houve duas experiências de menor amplitude com a garantia de depósitos: o Fundo de Garantia de Depósitos e Letras Imobiliárias (FGDLI) e a Reserva Monetária. O FGDLI voltava-se a garantir depósitos em cadernetas de poupança, com recursos de contribuições das próprias instituições de crédito imobiliário. A Reserva Monetária formou-se com recursos do imposto sobre operações financeiras (IOF) e cumpria a função de garantir depósitos do sistema financeiro e também a de financiar eventuais ações de saneamento. Cf. LUNDBERG, Eduardo. *Rede de Proteção e Saneamento do Sistema Bancário*. Originalmente publicado em SADDI, Jairo (org.). *Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional – 25 anos da Lei 6.024/74*. Texto Novo, São Paulo, 1999. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/ftp/redeprot.pdf>. Acesso em 19 de março de 2014.

14 Jáder Amaral BRILHANTE aponta que “as instituições financeiras, em ambiência de inflação inercial, são grandemente beneficiadas com o processo inflacionário, haja vista que as mesmas auferem grandes lucros em razão de serem remuneradas por juros exorbitantes na condição de credoras de operações no over night e, por outro lado, quando devedoras de contratos financeiros, serem obrigadas a pagar correção monetária por índices oficiais defasados. Como se vê, as instituições financeiras são beneficiadas pela sistemática de indexação assimétrica”. A Atuação do Poder Judiciário na Solução de Conflitos Inflacionários: uma Crítica ao Discurso Jurisdicional sobre Questões Distributivas. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, vol. 1, n. 1, dez. 2007, pp. 129-159, especialmente, p. 144.

15 De acordo com Fernando J. Cardim de CARVALHO, “[o] contágio da crise mexicana de 1994-1995, que levou a uma forte fuga de capitais da economia brasileira, forçou o BCB a elevar drasticamente a taxa de juros (...). O resultado dessa elevação foi o estrangulamento do crédito privado e a ameaça à solvência do setor bancário. Os meses que se seguiram, em 1995 e 1996, foram de tensão no setor, aliviada pela adoção de um programa de emergência voltado para a transferência de ativos de bancos em maiores dificuldades para bancos em melhor situação, Programa de Estímulo à Reestruturação de ao Sistema Financeiro Nacional (Proer)”. O Sistema Financeiro Brasileiro: A modernização necessária. *Novo-Desenvolvimentismo: Um projeto nacional de crescimento com equidade social*. Organizadores João Sicsú, Luiz Fernando de Paula, Renaut Michel. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 335.

16 Nesse sentido, cf. STALLINGS, Barbara e STUDART, Rogerio. *Financial Regulation and Supervision in Emerging Markets: The Experience of Latin America since the Tequila Crisis*. Serie Macroeconomía del Desarrollo. Naciones Unidas, Cepal. Santiago, Chile. December 2001, p. 23-4. Disponível em <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/9084/lcl167oi.pdf>.

27. A perspectiva histórica, portanto, está a indicar que a missão principal das instituições operadoras do seguro de depósitos, e a do próprio instituto, é evitar crises bancárias<sup>17</sup>.

28. Essa conclusão é confirmada pela análise de aspectos peculiares da atividade de intermediação financeira levada a cabo pelos bancos comerciais e instituições financeiras com características semelhantes, que sói envolver a captação de depósitos à vista ou a curto prazo. Refiro-me, especialmente, ao descasamento de prazos entre as obrigações constantes no ativo e no passivo dessas instituições financeiras, a causar a instabilidade no sistema bancário que se busca neutralizar por meio da garantia oferecida pelo FGC.

29. Um banco distingue-se de outras sociedades empresárias pela estrutura de seu capital, que, por duas razões, é única. Em primeiro lugar, bancos tendem a ter menos capital próprio que outras sociedades<sup>18</sup>, o que os torna mais dependentes do dinheiro de terceiros. Em segundo lugar, as obrigações dos bancos, anotadas em seu passivo, costumam materializar-se na forma de depósitos à vista ou a curto prazo, enquanto os seus ativos, em geral, tomam a forma de empréstimos a médio ou longo prazo.

30. O descasamento de prazos expõe os bancos, ao menos, pela seguinte razão. Como eles mantêm em suas reservas apenas fração dos depósitos recebidos, não têm fundos à disposição para pagar a todos os depositantes de uma só vez. Dessa maneira, se parte substancial dos seus clientes resolver sacar recursos de sua titularidade simultaneamente, o banco precisará liquidar ativos a preços inferiores ao seu valor de face. Isso o tornaria insolvente e ameaçaria os interesses dos outros depositantes que não tentassem obter imediato resgate de seus depósitos. É dizer, a circulação de más notícias sobre a saúde de um banco pode levar os depositantes a concluir que apenas os que primeiro forem às agências conseguirão receber seus créditos. Enquanto eles receberiam tudo, os últimos não fariam jus a nada.

31. Vê-se que mesmo bancos solventes podem quebrar, porque a própria corrida bancária alimenta a bancarrota, ao forçar a liquidação antecipada, com deságio, dos ativos.

32. A ideia de que a atuação coletiva dos depositantes pode causar a quebra de bancos solventes, com efeitos indesejáveis para toda a economia, justifica tratamento especial para essas espécies de instituições financeiras<sup>19</sup>, o qual se materializa, especialmente, pelo seguro de depósitos e pela assistência financeira de liquidez<sup>20</sup>. A incidência dos dois institutos não se estende a outros setores da economia e mesmo a outros agentes atuantes no mercado financeiro<sup>21</sup>. Outras sociedades que

17 CARNELL, Richard Scott. MACEY, Jonathan R. MILLER, Geoffrey P. *The Law of Banking and Financial Institutions*. 4<sup>th</sup> ed. New York, Aspen Publishers, 2008, p. 312.

18 Jairo SADDI aponta que “bancos não são negócios comerciais comuns, por uma razão muito singela, apontada por David Ricardo, e citada por Walter Bahegor: ‘A característica distintiva do banqueiro, afirma Ricardo, inicia-se enquanto ele usa o dinheiro dos outros; enquanto usa o seu próprio dinheiro, ele é somente um capitalista.’” *Crise e Regulação Bancária*. São Paulo: Textonovo, 2001, p. 60.

19 MACEY, Jonathan R. and MILLER, Geoffrey. Deposit Insurance, The Implicit Regulatory Contract, and the Mismatch in the Term Structure of Banks’ Assets and Liabilities. *The Yale Journal on Regulation*. Vol. 12:1, 1995, p. 4. Disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2454&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2454&context=fss_papers). Acesso em 11 de março de 2014.

20 Acerca da assistência financeira de liquidez, cf. COZER, Cristiano de Oliveira Lopes. *Aspectos Legais da Assistência Financeira de Liquidez no Brasil: módulo permanente de liquidez*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Ano 14, vol. 53, jul.-set.-2011, pp. 277-308.

21 Segundo o art. 2º do Anexo II à Resolução CMN nº 4.222, de 23 de maio de 2013, com redação dada pela Resolução CMN nº 4.688, de 25 de setembro de 2018, são objeto de garantia ordinária pelo FGC: “I - depósitos à vista ou sacáveis mediante aviso prévio; II - depósitos de poupança; III - depósitos a prazo, com ou sem emissão de certificado; IV - depósitos mantidos em contas não movimentáveis por cheques, destinadas ao registro e controle do fluxo de recursos referentes à prestação de serviços de pagamento de salários, vencimentos, aposentadorias, pensões e similares; V - letras de câmbio; VI - letras hipotecárias; VII - letras de crédito imobiliário; VIII - letras de crédito do agronegócio; e IX - operações compromissadas que têm como objeto títulos emitidos após 8 de março de 2012 por empresa ligada.”

captem recursos por meio do mercado de capitais, por exemplo, não podem acessar as janelas de redesconto e de empréstimos de liquidez do Banco Central caso enfrentem problemas de liquidez e, tampouco, seus credores estarão garantidos por seguro estabelecido por regulamento administrativo caso ela venha a quebrar.

33. Por essa razão, diz-se que o seguro de depósitos e a assistência financeira de liquidez funcionam como subsídios aos bancos. O primeiro facilita a captação de clientes e, assim, de recursos – alguém terá mais incentivos para contratar um depósito se tiver a segurança de que os valores aplicados estarão garantidos, ao menos até certo limite. A assistência financeira de liquidez, por sua vez, proporciona crédito a taxas estabelecidas fora de mercado.

34. Afirimo, assim, que um seguro compulsório criado por regulamentação estatal para determinado setor da economia é medida excepcional, adotada para o enfrentamento de problemática peculiar. Dessa maneira, a classificação errônea de créditos do FGC na qualidade de administrador do RAET do BCS, em valores cujos patamares são elevadíssimos, podem influenciar não apenas o bom funcionamento do FGC, mas do próprio funcionamento do Sistema Financeira Nacional.

#### *II.4 - Considerações de mérito acerca do Recurso Especial nº 1.867.409*

##### *II.4.a - Contexto fático*

35. Conforme se verifica dos autos do REsp nº 1.867.409, em virtude de crise financeira que acarretou a liquidação extrajudicial e posterior falência do BCS, o FGC, cumprindo a sua função, providenciou o pagamento da garantia a cada um dos correntistas e se sub-rogou nos direitos creditórios correspondentes.

36. Quando da habilitação de seu crédito, o administrador judicial o classificou como subordinado, com base no art. 83, inciso VIII, alínea “b”, da Lei 11.101, de 2005<sup>22</sup>, por ter exercido a função de administrador temporário do BCS durante o Regime de Administração Especial Temporária. Em seguida, o juízo de primeiro grau determinou a alteração da classificação do crédito do FGC para quirografário.

37. Sobreveio então recurso de Agravo de Instrumento do BCS que, no que tange especificamente à matéria do REsp nº 1.867.409, pleiteou apenas o retorno da classificação do crédito para subordinado.

38. O Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento para reclassificar o crédito do FGC para “subquirografário”, figura seguramente anômala (em se tratando de créditos privados) que não encontra o menor respaldo na Lei de Falências e, muito menos, no art. 351, do Código Civil, utilizado pelo acórdão recorrido como base para sua definição.

<sup>22</sup> “Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: [...] VIII - os créditos subordinados, a saber: [...] b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício cuja contratação não tenha observado as condições estritamente comutativas e as práticas de mercado”.

39. Irresignado, o BCS interpôs Recurso Especial alegando violação ao art. 83, inciso VIII, “b”, da Lei 11.101, de 2005, bem como o FGC aduzindo violação ao art. 1.022, do CPC, aos arts. 141 e 492, do CPC (princípio da congruência), indevida aplicação do art. 351 do Código Civil (CC) e violações aos art. 83, *caput*, incisos VI e VIII, e art. 126, da lei n.º 11.101, de 2005, além de divergência jurisprudencial em relação ao consignado no REsp 1.327.067/DF.

***II.4.b - A administração do FGC por meio do RAET não tem o condão de modificar a natureza originária dos créditos, haja vista que não se enquadra na hipótese do art. 83, inciso VIII, b, da Lei nº 11.101, de 2005***

40. Como relatado, o BCS alega violação ao art. 83, inciso VIII, “b”, da Lei nº 11.101, de 2005, com o fito de classificar os créditos do FGC como subordinados, veja-se:

“PLANO III – ACÓRDÃO CONTRA LEGEM

VIOLAÇÃO AO ART. 83, VIII, B, DA LEI 11.101/05

ADMINISTRADOR SIGNIFICA ADMINISTRADOR!

26. Como se sabe, a teor do art. 83, VIII, b, da Lei 11.101/05, ‘os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício’ classificam-se, na falência, como ‘créditos subordinados’.

27. Como consignado pelo próprio acórdão recorrido, resta incontroverso que o FGC foi administrador ordinário do Banco e detém créditos arrolados no Quadro Geral de Credores.

[...]

30. Explica-se: nas palavras do art. 3º do Decreto-Lei 2.321/87, ‘a administração especial temporária será executada por um conselho diretor, nomeado pelo Banco Central do Brasil, com plenos poderes de gestão, constituído de tantos membros quantos julgados necessários para a condução dos negócios sociais’ (grifou-se).

31. Tais ‘poderes de gestão’ são exatamente os mesmos de que gozam os antigos administradores, destituídos de seus cargos no momento da decretação do RAET. Diferente fosse, os novos administradores não seriam capazes de conduzir adequadamente as atividades da instituição financeira em crise.

[...]

39. Ora, possuindo o FGC os mesmos poderes e prerrogativas dos antigos administradores, não se mostra adequado o entendimento adotado pela Corte local no sentido de que o art. 83, VIII, b, da Lei 11.101/05 é inaplicável à hipótese pois a sua administração ‘não é idêntica, tampouco se confunde com aquela antes conduzida pessoalmente pelos sócios controladores do BCS ou seus administradores.’”

41. Tal alegação não merece prosperar.

42. A tese de classificar como subordinado o crédito do FGC na situação em que a aquela entidade atuar como administrador especial não deve prevalecer, vez que não se aplica ao administrador especial a previsão constante do art. 83, inciso VIII, alínea “b”, da Lei nº 11.101, 2005, seja pela redação original, seja pela redação dada pela Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020.

43. Isso porque o dispositivo legal claramente refere-se aos administradores da instituição indicados por ela própria, na forma do seu estatuto social, que perdem imediatamente os respectivos

mandatos, sendo substituídos em suas funções pelo administrador especial nomeado pelo BCB, nos termos previstos nos arts. 2º, 3º e 8º do Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987<sup>23</sup>.

44. Destaco que o administrador especial prestará contas ao BCB, conforme previsto no art. 7º do referido Decreto-Lei<sup>24</sup>.

45. Ademais, no caso, vejo que o FGC figura como titular de créditos oriundos de: (i) operações de assistência **que antecederam à decretação do regime**; e (ii) da sub-rogação aos créditos objeto de garantia ordinária. Em qualquer das situações geradoras dos referidos créditos, o FGC não atuou em condição equiparável aos administradores sem vínculo empregatício, sendo descabida a classificação de tais créditos como subordinados ou, ainda, sub-quirografários.

46. Por isso reputo que a conclusão mais acertada é a de que a administração do FGC por meio do RAET não tem o condão de modificar a natureza originária dos créditos, haja vista que não se enquadra na hipótese do art. 83, inciso VIII, “b”, da Lei nº 11.101, de 2005.

47. Nesse sentido, e, conforme bem pontuado pelo próprio FGC, na sua contraminuta ao Agravo de Instrumento nº 2096638-71.2017.8.26.0000 (REsp nº 1.867.409 – s-STJ fls. 143/166), a função de administrador especial na vigência do RAET não se confunde com a gestão realizada por administradores voluntariamente nomeados pelos acionistas ou controladores, para a regular gestão da instituição financeira, haja vista que o RAET é uma espécie do gênero de intervenção patrocinada pelo Estado, no caso pela autoridade supervisora das instituições financeiras em regular exercício do poder regulatório, o BCB, que não interrompe e nem suspende as atividades normais da empresa, sendo que seu principal efeito é a extinção do poder de representação (mandato) dos dirigentes da instituição e sua substituição por um conselho diretor nomeado pela Autarquia. Ademais, os administradores sem vínculo empregatício, mencionados no art. 83, inciso VIII, b, da Lei nº 11.101, de 2005, são nomeados e se reportam aos sócios controladores da empresa, já o Administrador Especial Temporário é nomeado pelo BCB e pode ser destituído pelo próprio BCB (art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.321, de 1987), além de depender de prévia e expressa autorização da Autarquia Monetária para realizar atos que, não caracterizados como de gestão ordinária, impliquem disposição ou oneração do patrimônio da sociedade (art. 3º, § 3º, do Decreto-Lei nº 3.321, de 1987).

48. Igualmente, é o importante posicionamento do Doutor Francisco Satiro, Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em parecer juntado em caso análogo – AREsp nº 1.700.892 (e-STJ fls. 896/914) –, o qual corrobora a tese de que, diferentemente do administrador de sociedade que mantém vínculo fiduciário com a sociedade e de relativa submissão com os sócios controladores, e que norteia suas ações na busca de satisfação do objeto social, qual seja, obtenção de lucro a fim de distribuir aos sócios, o FGC, enquanto

<sup>23</sup> “Art. 2º A decretação da administração especial temporária não afetará o curso regular dos negócios da entidade nem seu normal funcionamento e produzirá, de imediato, a perda do mandato dos administradores e membros do Conselho Fiscal da instituição. Art. 3º A administração especial temporária será executada por um conselho diretor, nomeado pelo Banco Central do Brasil, com plenos poderes de gestão, constituído de tantos membros quantos julgados necessários para a condução dos negócios sociais. 1º Ao conselho diretor competirá, com exclusividade, a convocação da assembléia geral. 2º Os membros do conselho diretor poderão ser destituídos a qualquer tempo pelo Banco Central do Brasil. 3º Dependirão de prévia e expressa autorização do Banco Central do Brasil os atos que, não caracterizados como de gestão ordinária, impliquem disposição ou oneração do patrimônio da sociedade. [...] Art. 8º Poderá o Banco Central do Brasil atribuir, a pessoas jurídicas com especialização na área, a administração especial temporária de que trata este decreto-lei.”

<sup>24</sup> “Art. 7º O conselho diretor prestará contas ao Banco Central do Brasil, independentemente de qualquer exigência, no momento em que cessar o regime especial, ou, a qualquer tempo, quando solicitado.”

administrador especial, exercia múnus público, submetido a regime de próprio de responsabilidade administrativa, indicado pelo próprio regulador (BCB) para exercer a gestão provisória da instituição financeira com o único objetivo de diagnosticar problemas e propor/realizar medidas de saneamento. A prática de atos de gestão especial ordinária não é suficiente para caracterizar como ordinária a administração - tanto que o administrador judicial pode praticá-los, assim como o gestor (art. 65 da Lei nº 11.101, de 2005) e o interventor (art. 5º, parágrafo único da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974), e nenhum deles pode ser considerado administrador ordinário. Inequivocamente, a aplicação do disposto no art. 83, inciso VIII, “b”, não depende da competência do agente para praticar atos de gestão ordinária, mas, sim, da origem de seus poderes e dos objetivos de seu exercício. Nesse sentido, a analogia cabível – até por expressa determinação do art. 19 do Decreto-Lei nº 2.321, de 1987<sup>25</sup> – dá-se entre administrador especial e interventor, não entre o administrador especial e o administrador societário comum.

49. No mesmo sentido também é o entendimento da Procuradoria-Geral da República, notadamente no parecer exarado nos autos do REsp nº 1.867.409 (e-STJ fls. 596/610), segundo o qual, no caso, **os créditos do FGC, derivados do exercício de suas finalidades institucionais, não merecem a classificação de subordinados, tampouco sofrerão alteração em sua natureza jurídica por haver assumido a administração do Banco falido.** Veja-se:

*“Os créditos subordinados, a seu turno, dependem de previsão legal ou contratual. O art. 83, VIII, “b”, da Lei 11.101/2005 assim classifica os valores devidos a sócios e administradores sem vínculo empregatício. No caso dos autos, a natureza da atividade desenvolvida pelo FGC, ao assumir a administração do Banco falido nada influencia, data venia, na ordem de classificação dos seus créditos. Infirmar as premissas fixadas pela Corte Estadual quanto ao modo de exercício dessa gestão, conforme sugerido pelo BCS, atrairia, em princípio, o óbice da Súmula n. 7 do STJ.*

*Ao que se percebe, só devem ser considerados subordinados os créditos titularizados pelos administradores quando o exercício do encargo ocorre, por exemplo, pro labore.*

*No ponto, leciona a doutrina de Marlon Tomazette:*

*Em oitavo lugar no quadro geral de credores estão os créditos subordinados, entendidos como aqueles definidos por lei com essa condição, que significa uma posição inferior aos demais credores. Nessa condição encontram-se as debêntures subordinadas (Lei n. 6.404/76 – art. 58) e as letras financeiras que contém a cláusula de subordinação (Lei n. 12.249/2010 – art. 40). Também são considerados subordinados os créditos de acionistas ou administradores sem vínculo empregatício decorrentes dessa condição. Não é apenas a pessoa que definirá essa classificação, mas a própria origem do crédito que deverá ser da condição de sócio ou de administrador. São exemplos as remunerações devidas aos administradores ou mesmo os pagamentos de lucros devidos aos sócios. Contudo, não serão sequer classificados os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade (Lei n. 11.101/2005 – art. 83, §2º). Em todo caso, créditos dos sócios ou dos administradores que não se fundem nessa relação jurídica terão a classificação que couber normalmente a esses créditos. (TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas. Volume 3. 7ª edição. [livro eletrônico] São Paulo: Saraiva Educação, 2019).*

<sup>25</sup> “Art. 19. Aplicam-se à administração especial temporária regulada por este decreto-lei as disposições da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, que com ele não colidirem e, em especial, as medidas acautelatórias e promotoras da responsabilidade dos ex-administradores.”

*Assim, os créditos do FGC, derivados do exercício de suas finalidades institucionais, não merecem a classificação de subordinados, tampouco sofrerão alteração em sua natureza jurídica por haver assumido a administração do Banco falido.”*

50. É também inconteste o fato de que a adoção de analogias que resultem na expansão das responsabilidades e dos ônus dos administradores dos regimes de resolução para além do que determina a legislação aplicável ao exercício de tal função impõe elevado risco a toda e qualquer pessoa que possa vir a atuar como interventor, liquidante ou administrador de RAET.<sup>26</sup>

51. Portanto, concluo reforçando o entendimento de que a administração do FGC por meio do RAET não tem o condão de modificar a natureza originária dos créditos, haja vista que não se enquadra na hipótese do art. 83, inciso VIII, b, da Lei nº 11.101, de 2005.

#### ***II.4.c - Indevida aplicação do art. 351 do Código Civil e das violações aos art. 83, caput, incisos VI e VIII, e art. 126, todos da Lei nº 11.101, de 2005, e do princípio da par conditio creditorum***

52. O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu pela incidência do art. 351, do CC<sup>27</sup>, para reconhecer a atípica figura de crédito “subquirografário”, nos seguintes termos:

*“Por outro lado, conquanto não seja hipótese de subordinação do FGC na falência do BCS, pela administração exercida durante o RAET, nada obsta a aplicação do art. 351 do CC/02, que trata da preferência legalmente imposta em caso de sub-rogação parcial, quando insuficientes os bens do devedor comum.  
[...] Significa dizer, em outras palavras, que os depositantes/investidores do sistema financeiro (credores originários), só em parte reembolsados, terão preferência em relação FGC (sub-rogado), na cobrança da dívida restante (saldo da aplicação bancária excedente à garantia ordinária, à época, de R\$ 70.000,00, ou de 20 milhões em caso de DPGE), se os bens da massa falida do BCS (devedor comum) forem insuficientes para a satisfação integral de ambos os créditos. (g. n.)”*

53. Ocorre que o rol da classificação dos créditos constante do art. 83 da Lei nº 11.101, de 2005, é taxativo e não comporta qualquer extensão ou subclassificação por mera incidência de um dispositivo estranho ao procedimento falimentar.

54. Destaco que a Lei de Falência não prevê a aplicação do Código Civil em caso de lacuna normativa. Na realidade, o art. 126 daquele diploma legal preconiza que “nas relações patrimoniais não reguladas expressamente nesta Lei, o juiz decidirá o caso atendendo à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores”.

55. Além disso, causa espécie a aplicação do art. 351 do CC, que é norma de caráter pessoal, individual e de aplicação *inter partes* para regular o pagamento entre o credor originário e o subrogado, sendo indevida a sua aplicação ao processo que possui caráter coletivo, como é o de falência.

<sup>26</sup> Nesse exato sentido, eis o seguinte excerto da anexa Nota 367/2021-BCB/DERAD, *litteris*: “26. É especialmente preocupante a fundamentação a ser adotada para se alcançar tal classificação, pois a adoção de analogias que resultem na expansão das responsabilidades e dos ônus dos administradores dos regimes de resolução para além do que determina a legislação aplicável ao exercício de tal função impõe elevado risco a toda e qualquer pessoa que possa vir a atuar como interventor, liquidante ou administrador de RAET.”

<sup>27</sup> “Art. 351. O credor originário, só em parte reembolsado, terá preferência ao sub-rogado, na cobrança da dívida restante, se os bens do devedor não chegarem para saldar inteiramente o que a um e outro dever.”

56. Ademais, o princípio da *par conditio creditorum* deveria assegurar iguais chances de realização do crédito aos credores de uma mesma categoria.

57. Nesse sentido, e, conforme bem pontuado nas razões do apelo nobre do FGC nos autos do REsp nº 1.867.409 (e-STJ fl. 273), a atividade criativa com o estabelecimento da inusitada classe de “subquirografário”, com a violação hermenêutica dada ao art. 351, do CC, é ferir de morte o rol taxativo constante do art. 83 da Lei nº 11.101, de 2005:

*“Em outras palavras, a inclusão dos créditos na falência opera-se ex lege, que no caso deverá ser necessariamente enquadrada em uma das classificações do art. 83 da Lei de Falências. Com a sub-rogação decorrente dos pagamentos efetuados pelo FGC em regime concursal, opera-se apenas a substituição do credor dentro do limite pago, sendo mantida a concorrência em grau de igualdade com os credores do mesmo grupo.*

*A atividade criativa com o estabelecimento da inusitada classe de ‘subquirografário’, com a violação hermenêutica dada ao art. 351, do CC, é ferir de morte o rol taxativo constante do art. 83 da Lei n.º 11.101/2005 e às classificações expressas de créditos quirografários (inc. VI) e subordinados (inc. VIII), que acabam por terem a sua vigência negada.*

*Esse estranhamento inclusive foi compartilhado pelo próprio acórdão recorrido que reconheceu tratar-se de ‘solução sui generis’ (fl. 250) que inclusive demandaria, no futuro, ‘auxílio técnico para a correta implementação das diretrizes contidas no presente julgamento.’ (fl. 249), tamanha a inovação procedida.”*

58. Nesse mesmo sentido, é também o posicionamento do Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Francisco Satiro, em parecer juntado em caso análogo – AREsp 1.700.892 (e-STJ fls. 896/914) –, segundo o qual o disposto no art. 351 do CC não se aplica aos casos de falência, *ipsis litteris*:

*“44. Primeiramente, recorro que assim como a recuperação judicial, a falência é um procedimento de caráter coletivo, e especificamente concursal. O que significa que sua estrutura reflete a preocupação com uma solução coletiva, única para os bens do devedor e para todos os créditos. Não é por outra razão que a classificação dos créditos em concurso é prevista na própria LRF. As classes são definidas nos arts 83 (concurrais) e 84 (extraconcurrais). Qualquer crédito ordinário deverá ser classificado dentro de uma dessas classes. E dentro de cada classe na falência, não existem subclasses - sob pena de ferir mortalmente a par conditio creditorum, condição de igualdade de tratamento dos credores que é a pedra fundamental de toda a lógica concursal.*

*45. Nesse sentido, todos os créditos com garantia real serão pagos antes dos tributários, que por sua vez serão pagos antes dos privilegiados, que serão pagos antes dos quirografários, que por sua vez serão pagos antes de todos os créditos subordinados. Não há ordem de preferência de pagamento dentro de cada classe. O que inviabiliza que se transporte o procedimento falimentar as preferências de caráter pessoal: ex persona.*

*46. A aplicação do art. 351 exigiria que se violasse essa premissa. Tomemos (1) um caso hipotético. O FGC paga R\$70.000,00 a um credor titular de R\$100.000,00 depositados na instituição financeira liquidada e falida. Seu pagamento é parcial, portanto ele se sub-roga no crédito de R\$70.000,00 contra a massa e o depositante permanece titular de R\$30.000,00. Ambos serão credores quirografários (desconsidere-se, para esse fim, discussão sobre subordinação que decorre do RAET do caso específico). E concorrerão com outros milhares de credores que também estarão classificados como quirografários. Se fosse possível*

*manter, no regime concursal, a hipótese de preferência prevista no art. 351, como conciliar o interesse dos envolvidos uma vez que o credor original (depositante) teria direito de receber antes do que o FGC que só seria subordinado em relação a este crédito e, portanto, teria direito de receber concomitantemente e em concurso com todos os demais credores quirografários, que por sua vez não podem ser forçados a receber após um outro quirografário - o depositante?*

*47. Note-se que o art. 351 estabelece literalmente uma preferência pessoal e o exclusiva do credor original sobre o sub-rogado. Não há nada que autorize a extensão do benefício pessoal a toda a classe de credores de que participa o credor original na falência. Muito menos que leve à conclusão de que um credor por sub-rogação parcial deverá ter seu crédito rebaixado em caso de falência.*

*48. Logo, o disposto no art. 351 do Código Civil não se aplica aos casos de falência. O procedimento concursal é coletivo e especial e prevalece sobre as regras pessoais gerais quando - como neste caso, forem incompatíveis. É somente no caso dos 'concursos particulares' ou 'concursos pessoais' de credores que se aplica o art. 351.*

[...]

*51. Finalmente, e para que não parem dúvidas, a própria redação do art. 351 é clara ao estabelecer que a preferência do credor originário sobre o sub-rogado dá-se '...na cobrança da dívida restante...'. Ora, é sabido que falência não é meio de cobrança. A falência constitui meio de liquidação do patrimônio de devedor insolvente e satisfação dos credores em concurso, o que é incompatível com a cobrança - de caráter eminentemente individual."*

59. Igualmente, é o entendimento da Procuradoria-Geral da República, notadamente no parecer exarado nos autos do REsp nº 1.867.409 (e-STJ fls. 596/610), segundo o qual, no caso, não se afigura viável a aplicação do art. 351 do CC para, a partir da atividade pretoriana, criar uma subclasse de credores, sobretudo diante do rol taxativo do art. 83 da Lei nº 11.101, de 2005. Veja-se:

*"Por outro lado, não há falar em direito de preferência entre credores da mesma classe, no caso entre os quirografários.*

*Não dispondo o devedor de meios suficientes para garantir o total adimplemento de suas obrigações, cumpre assegurar iguais chances de realização do crédito aos credores de uma mesma categoria. Isto é o que determina o princípio da par conditio creditorum.*

*Vale ressaltar que a Lei de Falência, em princípio, não previu a aplicação do Código Civil em caso de lacuna normativa. Na realidade, o art. 126 daquele diploma legal preconiza que 'nas relações patrimoniais não reguladas expressamente nesta Lei, o juiz decidirá o caso atendendo à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores'.*

*Nestes termos, não se afigura viável a aplicação do art. 351 do CC para, a partir da atividade pretoriana, criar uma subclasse de credores, sobretudo diante do rol taxativo do art. 83 da Lei 11.101/2005."*

60. Dessa forma, entendo por indevida aplicação do art. 351 do CC, ante as violações dos arts. 83, *caput*, incisos VI e VIII, e art. 126, todos da Lei nº 11.101, de 2005, como também do princípio da *par conditio creditorum*.

### III. CONCLUSÃO

61. Diante do exposto, passo a tecer as seguintes conclusões:

- evidenciada a relevância da matéria discutida, bem como a representatividade adequada do tema para o BCB, entendo que seja o caso de se requerer o ingresso da Autarquia, na qualidade de *amicus curiae*, com fulcro no art. 138 do CPC, nos autos do REsp nº 1.867.409;
- alternativamente, estando presente o interesse jurídico da Autarquia, entendo também ser possível requerer-se o ingresso do BCB, na qualidade de assistente simples do FGC, com fulcro no art. 119 do CPC, nos autos do Recurso Especial nº 1.867.409;
- **no mérito, a administração do FGC por meio do RAET não tem o condão de modificar a natureza originária dos créditos, haja vista que não se enquadra na hipótese do art. 83, inciso VIII, b, da Lei nº 11.101, de 2005;**
- **é indevida a aplicação do art. 351 do Código Civil, ante as violações dos art. 83, caput, incisos VI e VIII, e art. 126, todos da Lei nº 11.101, de 2005, como também do princípio da *par conditio creditorum*.**

É o parecer.

BERNARDO HENRIQUE DE MENDONÇA HECKMANN  
Procurador do Banco Central  
Procuradoria Especializada de Processos Judiciais Relevantes  
OAB/PE 36.971

De acordo.

Submeto à consideração do senhor Subprocurador-Geral da CJJPG.

LUCAS FARIAS MOURA MAIA  
Procurador-Chefe do Banco Central  
Procuradoria Especializada de Processos Judiciais Relevantes (PRJUD)  
OAB/GO 24.625

Aprovo. Ao Senhor Procurador-Geral Adjunto da PGA-2.

ERASTO VILLA-VERDE DE CARVALHO FILHO  
Subprocurador-Geral do Banco Central  
Câmara de Contencioso Judicial e Dívida Ativa (CJJPG)  
OAB/DF 9.393

Aprovo, retorno o presente processo eletrônico à PRJUD para formular petição de ingresso, acostando cópia do presente pronunciamento.

**FLAVIO JOSÉ ROMAN**  
Procurador-Geral Adjunto do Banco Central  
Seção de Contencioso Judicial e Gestão Legal (PGA-2)  
OAB/DF 15.934