

# Revista da **PGBC**

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central  
Volume 16 • Número 2 • Dezembro 2022

# Revista da **PGBC**

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central  
Volume 16 • Número 2 • Dezembro 2022

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do Banco Central do Brasil

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. / Banco Central do Brasil.  
Procuradoria-Geral. Vol. 16, n. 2, dez. 2022. Brasília: BCB, 2022.

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 16. Número 2. Dezembro 2022**

**Editor-Chefe da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**  
Guilherme Centenaro Hellwig – Banco Central, RS

**Editor Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**  
Leandro Sarai – Banco Central, SP

**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 Getúlio Vargas, SP  
Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS  
Dra. Irene Patrícia Nohara – Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP  
Me. Juliana Bortolini Bolzani – Banco Central, DF  
Dr. Leandro Novais e Silva – Banco Central, MG  
Me. Márcia Maria Neves Corrêa – Banco Central, RJ  
Dr. Rubens Beçak – Universidade de São Paulo, SP  
Dr. Vincenzo Demétrio Florenzano – Banco Central, MG  
Me. Yuri Restano Machado – Banco Central, RS

**Consultores\***

Me. Bruno Paiva Bernardes – Universidade Fumec, MG  
Dr. Carlos Eduardo do Nascimento – Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP  
Dr. Edil Batista Junior – Banco Central, PE  
Me. Eduardo Silveira Frade – Faculdade de Direito Milton Campos, MG  
Dr. Fernando Quadros da Silva – Tribunal Regional Federal da 4ª Região, RS  
Dr. Flávio Garcia Cabral – Escola de Direito do Ministério Público do Mato Grosso do Sul, MS  
Dr. Flavio José Roman – Banco Central, DF  
Me. Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado – Banco Central, RJ  
Dr. João Marcelo Rego Magalhães – Banco Central, CE  
Me. Luciano Medeiros de Andrade Bicalho – Instituto Brasiliense de Direito Público, DF  
Dr. Luis Felipe Vidal Arellano – Universidade de São Paulo, SP  
Me. Luiz Eduardo Cani – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS  
Dr. Marcelo Quevedo do Amaral – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, RS  
Dra. Michelle Asato Junqueira – Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP  
Me. Rafael Cavalcanti Garcia de Castro – Banco Central, DF  
Dr. Ramiro de Ávila Peres – Banco Central, SP  
Dr. Rangel Oliveira Trindade – Universidade Federal do Paraná, PR  
Dr. Renato Maso Previde – Universidade do Estado de Minas Gerais, MG  
Dr. Rodrigo Cardoso Silva – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP  
Me. Rogério Telles Correia das Neves – Advocacia-Geral da União, DF  
Dr. Vinicius Silva Lemos – Faculdade de Rondônia, RO

\* 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

Lucas Alves Freire

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

Flavio José Roman

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

Alexandre Forte Maia

## 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

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

Diana Loureiro Maciel de Moura

## 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

João Marcelo Rego Magalhães

## 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 Sarai, 10*

Notas sobre a Lei 14.133/2021: “novos” princípios, alterações no processo de contratação direta e ressignificação do critério de julgamento por menor preço

*Lorenzo Caser Mill, 13*

Segurança Jurídica no Novo Regime Licitatório: a necessidade de renovação de regulamentos para a Lei 14.133/ 2021

*Hugo Teixeira Montezuma Sales, 23*

Open Banking e *Know Your Customer*: impactos da LGPD na veracidade de cadastros compartilhados pelas instituições financeiras

*Alessandro Fernandes e João Zani, 43*

Open Banking: uma Análise do novo sistema de compartilhamento de dados à luz da regulação responsiva

*Paula da Cunha Duarte, 59*

Perspectivas do Estágio Atual das Discussões para a Implementação da *Central Bank Digital Currency* no Brasil em Comparação com a Suécia e com os Estados Unidos da América

*Rubia Carneiro Neves e Guilherme da Silva Alves Motta, 73*

Uma Proposta de Revisão do Curso Legal da Moeda frente ao Crescimento dos Pagamentos Eletrônicos

*Fabio Kupfermann Rodarte, 95*

Regime de Liquidação Extrajudicial de Instituições Financeiras Regulado pelo BC: uma análise sob os aspectos da morosidade e da responsabilização civil de ex-administradores

*Emerson Ademir Borges de Oliveira, Flavia Thaise Santos Maranhão e Miguel Angelo Aranega Garcia, 116*

A Cooperação Tributária Internacional no Combate aos Paraísos Fiscais

*Lucas Narciso Pimenta Ricardo, Bárbara Thaís Pinheiro Silva e Daniel Augusto Arouca Bizzotto, 132*

Os Desafios do Combate ao Uso Indevido de Informações Privilegiadas no Âmbito Penal

*Laysla Oliveira Santos e Lucier Marangoni Neto, 148*

**Parecer 372/2022-BCB/PGBC**

Parecer que reconhece a competência do Conselho Monetário Nacional (CMN) para disciplinar a prestação de serviços de auditoria independente para as instituições financeiras, mas conclui pela impossibilidade de o Banco Central aplicar penalidades aos prestadores da referida atividade, por inobservância de regras previstas na Resolução CMN 3.198, de 27 de maio de 2004, após o advento da Resolução CMN 4.910, de 27 de maio de 2021.

*Humberto Cestaro Teixeira Mendes, Eliane Coelho Mendonça e Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, 160*

**Parecer 344/2022-BCB/PGBC**

Parecer que examina a possibilidade de uso de solução robótica para decisão em processo administrativo sancionador.

*Alexandre de Miranda Cardoso e Márcio Rafael Silva Laeber, 169*

**Parecer 672/2022-BCB/PGBC**

Parecer que examina a possibilidade de ingresso do Banco Central como *amicus curiae* em sede de recurso especial no qual se discute a possibilidade de incidência ou não da Taxa Selic nas dívidas civis, à luz do disposto no art. 406 do Código Civil de 2002, especialmente quando relacionadas a reparações de danos contratuais e extracontratuais, tendo em vista os diferentes marcos iniciais dos juros moratórios e da correção monetária embutidos na Selic.

*Luciana Lima Rocha, Natália Alves Duarte Barbosa, Lucas Farias Moura Maia, Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho e Flavio José Roman, 179*

**Parecer 745/2021-BCB/PGBC**

Parecer que examina pedido do Ministério Público Federal de esclarecimentos a respeito da criação da Comissão Técnica da Moeda e do Crédito (Comoc), bem como sobre se a referida Comissão propôs regulamentação das matérias tratadas na Medida Provisória nº 542, de 30 de junho de 1994, em especial sobre regra de conversão de obrigações de cruzeiros novos em reais.

*Maria Beatriz de Oliveira Fonseca e Alexandre Forte Maia, 202*

**Petição 1.584/2022-BCB/PGBC**

Petição apresentada pelo Banco Central em ação popular na qual se discute a regularidade da iniciativa Lift (Laboratório de Inovações Financeiras – <https://liftlab.com.br/>).

*Pablo Bezerra Luciano, Lucas Farias Moura Maia, Flavio José Roman e Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho, 215*

**Nota Jurídica 2.289/2022-BCB/PGBC**

Manifestação jurídica que examina rol de atividades listadas pelo Juízo de Ananindeua/PA para indicar aquelas que são privativas de instituições financeiras.

*André Ubaldo Roldão e Márcio Rafael Silva Laeber, 237*

## Nota da Edição

Com imensa alegria, lançamos o segundo número do volume 16 da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC). A pluralidade de assuntos interessantes e de repercussão importante para nosso ordenamento jurídico, associada à alta qualidade dos textos submetidos à Revista e aprovados, torna difícil o trabalho do Conselho Editorial de fazer a seleção daqueles que irão compor o presente número.

A edição conta com dois artigos sobre a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Um deles é intitulado *Notas sobre a Lei 14.133/2021: “novos” princípios, alterações no processo de contratação direta e resignificação do critério de julgamento por menor preço*, escrito por Lorenzo Caser Mill, que traz reflexões sobre inovações dessa Lei, valendo ressaltar a preocupação com o planejamento, inclusive na contratação direta. O outro tem como título *Segurança Jurídica no Novo Regime Licitatório: a necessidade de renovação de regulamentos para a Lei 14.133/2021* e é de autoria de Hugo Teixeira Montezuma Sales. Ele aborda os desafios trazidos pelo confronto da nova Lei com as regulamentações anteriores.

Caminhando para os temas principais do escopo da Revista, há dois artigos tratando do Open Banking: *Open Banking e Know Your Customer: impactos da LGPD na veracidade de cadastros compartilhados pelas instituições financeiras*, escrito por Alessandro Fernandes e João Zani; e *Open Banking: uma análise do novo sistema de compartilhamento de dados à luz da regulação responsiva*, de autoria de Paula da Cunha Duarte. O primeiro, por meio de entrevistas com profissionais que atuam com o tema, aborda como o compartilhamento de dados por meio do Open Banking pode repercutir no importante instrumento de prevenção a ilícitos consistente na certificação dos dados dos clientes, considerando também os eventuais efeitos da LGPD nesse processo. Já o outro artigo, a partir do modelo de regulação responsiva defendido por Ayres e Braithwaite, analisa como a regulamentação brasileira do Open Banking aproveitou referido modelo.

A digitalização da moeda oficial é objeto do artigo *Perspectivas do Estágio Atual das Discussões para a Implementação da Central Bank Digital Currency no Brasil em comparação com a Suécia e com os Estados Unidos da América*, de Rubia Carneiro Neves e Guilherme da Silva Alves Motta. Trata-se de tema do momento, sendo indispensável a reflexão sobre ele para superação dos desafios trazidos por essa inovação.

Ligado a esse mesmo tema, está o artigo *Uma Proposta de Revisão do Curso Legal da Moeda frente ao Crescimento dos Pagamentos Eletrônicos*, de Fabio Kupfermann Rodarte, que propõe uma rediscussão da interpretação de um instituto tradicional – o curso legal da moeda – em face de um fenômeno bastante contemporâneo e que tem implicações jurídicas e sociais significativas: o acelerado crescimento no uso de meios de pagamentos eletrônicos.

*Regime de Liquidação Extrajudicial de Instituições Financeiras Regulado pelo BC: uma análise sob os aspectos da morosidade e da responsabilização civil de ex-administradores* é o título do artigo de Emerson Ademir Borges de Oliveira, Flavia Thaise Santos Maranhão e Miguel Angelo Aranega Garcia. Nele, os autores mostram o funcionamento do regime e apontam sugestões pontuais para buscar torná-lo mais célere e para tentar sanar falhas no atingimento dos objetivos da legislação desse regime.

A seção de artigos desta edição da Revista encerra-se com trabalhos ainda ligados ao sistema financeiro, porém já ingressando em outros ramos jurídicos.

Temos o artigo *A Cooperação Tributária Internacional no Combate aos Paraísos Fiscais*, de Lucas Narciso Pimenta Ricardo, Bárbara Thaís Pinheiro Silva e Daniel Augusto Arouca Bizzotto, em que os autores mostram como essa cooperação, por meio da atuação da OCDE, pode contribuir para combater os prejuízos gerados pela utilização de paraísos fiscais, incluindo problemas de concorrência fiscal inadequada, ainda que com a utilização de práticas juridicamente lícitas.

E o último dos artigos trata dos *Desafios do Combate ao Uso Indevido de Informações Privilegiadas no Âmbito Penal*. Esse artigo, de Laysla Oliveira Santos e Lucier Marangoni Neto, analisa principalmente o art. 27-C da Lei 6.385, de 1976, e as dificuldades no tratamento do aludido ilícito.

Abrindo a seção de pronunciamentos da PGBC, o Parecer Jurídico 372/2022-BCB/PGBC, de Humberto Cestaro Teixeira Mendes, com despachos de Eliane Coelho Mendonça e de Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, concluiu pela impossibilidade de aplicação de penalidades, pelo Banco Central, aos prestadores do serviço de auditoria independente, por infrações cometidas sob a regência da Resolução CMN 3.198, de 27 de maio de 2004, tendo em vista o advento da Resolução CMN 4.910, de 27 de maio de 2021, que revogou aquele normativo.

O Parecer Jurídico 344/2022-BCB/PGBC, de Alexandre de Miranda Cardoso, com despacho de Marcio Rafael Silva Laeber, investiga a legalidade da automatização do processo administrativo sancionador alusivo ao atraso ou não entrega da declaração de capitais brasileiros no exterior (CBE) ou da declaração do Censo Anual de Capitais Estrangeiros no País (CEP), infrações relacionadas a “fluxo de capitais”. No caso, emprega-se uma solução robótica, por meio de decisão editada imediatamente por programa computacional, observados os critérios previamente estabelecidos pelo Departamento de Resolução e de Ação Sancionadora (Derad), de acordo com os ditames legais e regulamentares. Não há adoção no caso de mecanismo de “*machine learning*” ou de redes neurais.

O Parecer Jurídico 672/2022-BCB/PGBC, de Luciana Lima Rocha e de Natália Alves Duarte Barbosa, com despachos de Lucas Farias Moura Maia, de Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho e de Flavio José Roman, analisa os Recursos Especiais 1.081.149/RS e 1.795.982/SP, em que o Superior Tribunal de Justiça discutiu sobre incidência ou não da Taxa Selic nas dívidas civis, especialmente quando relacionadas a reparações de danos contratuais e extracontratuais, tendo em vista os diferentes marcos iniciais dos juros moratórios e da correção monetária embutidos na Selic. O tema envolve a interpretação do art. 406 do Código Civil de 2002.

O Parecer Jurídico 745/2021-BCB/PGBC, de Maria Beatriz de Oliveira Fonseca e despachado por Alexandre Forte Maia, analisa, para fins de esclarecimentos solicitados pelo Ministério Público Federal, a criação e o funcionamento da Comissão Técnica da Moeda e do Crédito (Comoc), bem como o papel dessa Comissão no Plano Real.

A Petição 1584/2022-BCB/PGBC, de Pablo Bezerra Luciano, de Lucas Farias Moura Maia, de Erasto Villa-Verde Filho e de Flavio José Roman, formaliza manifestação do Banco Central do Brasil nos autos da Ação Popular 1013368-10.2022.4.01.3400, em trâmite pela 14ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal. A ação apresenta questionamentos a respeito da edição 2021 do Laboratório de Inovações Financeiras (LIFT), inclusive sobre eventual necessidade de procedimento licitatório no caso e de maior transparência. Na manifestação da autarquia são esclarecidos os pontos levantados e é demonstrado de forma didática o funcionamento do LIFT e a regularidade dessa iniciativa.

Por fim, a Nota Jurídica 2289/2022-BCB/PGBC, de André Ubaldo Roldão, com despacho de Marcio Rafael Silva Laeber, analisa atividades que poderiam ser desenvolvidas por instituições de pagamento e compila uma série de precedentes que demonstram o entendimento da Procuradoria-Geral do Banco Central sobre o conceito de instituição financeira e sobre quais atividades lhes seriam privativas, nos termos do art. 17 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964. São tratadas atividades como *factoring*, desconto, arrendamento mercantil e antecipação de recebíveis entre outras.

Enfim, esperamos ter despertado o interesse do leitor para que se deleite com o conteúdo zelosamente preparado.

**Leandro Sarai**  
*Editor Adjunto*

# Notas sobre a Lei 14.133/2021: “novos” princípios, alterações no processo de contratação direta e ressignificação do critério de julgamento por menor preço

Lorenzo Caser Mill\*

*Introdução. 1 “Novos” princípios: exagero na amplitude do rol e direcionamento de boas práticas. 2 Arrefecimento do “menor preço”: potenciais consequências para a divisão do procedimento licitatório entre as fases de habilitação e de julgamento. 3 Robustecimento do processo de contratação direta. Conclusão. Referências.*

## Resumo

A presença de elementos técnicos, mesmo no critério de julgamento por menor preço, evidencia uma prevalência da técnica no microsistema de contratações públicas, o que traz como consequência uma atenuação da divisão do procedimento licitatório entre as fases de habilitação e de julgamento, quando o julgamento se der no critério de menor preço. Ademais, há um forte paralelo entre a fase preparatória da contratação direta e a fase preparatória da licitação, significando um robustecimento do processo de contratação direta, o qual herdou vários cuidados preparatórios que, antes, na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, eram observados apenas no âmbito de processos licitatórios. Tais inovações se relacionam ao destaque que a Lei 14.133, de 1º de abril de 2021 deu, mediante posituação como princípio, a boas práticas já validadas pelos tribunais de contas e pelo Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Menor preço. Contratação direta. Técnica. Fases de habilitação e de julgamento. Princípios.

---

\* Mestrando em direito processual e bacharel em direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). Membro do grupo de pesquisa “Desafios do Processo” (PPGDir/Ufes). Advogado. E-mail: lorenzo.cm@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7549291684429116>.

## *Notes on Act 14.133/2021: “new” principles, changes in the direct contracting procedure and resignification of the lowest price method*

### *Abstract*

*The presence of technical elements even in the lowest price method evidences a prevalence of technique in the public contracting microsystem, which brings as a consequence an attenuation of the division of bidding procedure between the qualification and judgment phases, when that judgment is based on the lowest price method. Furthermore, there is a strong parallel between the preparatory phase of direct contracting and the preparatory phase of the regular bidding procedure, which means a strengthening of the direct contracting procedure, which inherited several preparatory cares that, before, in Act nº 8.666/93, were only observed in the scope of regular bidding procedures. Such innovations are related to the emphasis that Act nº 14.133/21 gave, by means of the positivization as a principle, to good practices that have already been validated by the audit courts and by the Judiciary.*

**Keywords:** *Lowest price. Direct contracting procedure. Technique. Qualification and judgment phases. Principles.*

### **Introdução**

A Administração, ao celebrar contratos com entes privados, reúne esforços de diferentes atores socioeconômicos para o adequado cumprimento de suas funções. Estando envolvido o erário, a regra é a realização de licitação prévia à contratação, dada a expressa obrigatoriedade constitucional (art. 37, inciso XXI). Inclusive, a fim de se evitarem brechas, é considerado “contrato” todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração e particulares em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Com a promulgação da Lei 14.133/2021 e a “supernormatização” trazida por ela – são cerca de 70 artigos a mais, fora os diversos parágrafos e incisos –, dois temas merecem especial atenção em razão das modificações sofridas, bem como da frequência com que são objeto das relações administrativas: o processo de contratação direta e o critério de julgamento por menor preço.

As hipóteses sobre as quais esta pesquisa se debruçou são: (i) a presença de elementos técnicos – *i.e.*, além dos requisitos técnicos previstos no edital para a habilitação do licitante no certame – mesmo no critério de julgamento por menor preço, o que supõe uma prevalência da técnica no microsistema de contratações públicas e, ainda, a mitigação da divisão do procedimento licitatório entre as fases de habilitação e de julgamento, quando o julgamento se der no critério de menor preço; e (ii) a existência de um forte paralelo entre a fase preparatória da contratação direta e a fase preparatória da licitação, significando um robustecimento do processo de contratação direta.

Acredita-se, enfim, que tais inovações se relacionam ao destaque que a Lei 14.133/2021 deu, mediante positivação como **princípio**, a boas práticas já validadas pelos tribunais de contas e pelo Poder Judiciário, como a segregação de funções – que pressupõe maior qualificação dos agentes públicos e minoração do risco de direcionamento – e um amplo planejamento por parte dos setores encarregados de dispor do orçamento público e de executar as contratações.

## I “Novos” princípios: exagero na amplitude do rol e direcionamento de boas práticas

Na Lei 8.666/1993, o *caput* do art. 3º enunciava apenas três princípios: a isonomia, que assegura igual tratamento a todos os participantes do procedimento licitatório, zelando pela competitividade e pela livre iniciativa; a vantajosidade, que representa a busca, pela Administração, da melhor relação custo-benefício nas suas aquisições de produtos e serviços; e a sustentabilidade, que é o acatamento da proposta que se apresentar mais apta a causar, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais.

Já na Lei 14.133/2021, o art. 5º traz um extenso rol de dezessete princípios. Para além dos três citados acima e dos cinco aprioristicamente aplicáveis a qualquer atividade administrativa – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (*caput* do art. 37 da Constituição da República) –, foram inseridos os seguintes: interesse público, probidade administrativa, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade e economicidade.

A consideração a ser feita é que o que diferencia o texto legislativo novo do antigo é o fato de tornar expresso o que antes era implícito, mas amplamente reconhecido pela prática administrativa de contratações e pela jurisprudência, tanto dos tribunais de contas quanto do Poder Judiciário; trocando em miúdos, o novo texto colocou o que era objetivo como princípio (PORTA; DAL POZZO, 2021, p. 39-40). Diretivas como “vinculação ao edital”, “julgamento objetivo” e “probidade administrativa” são há muito retiradas da melhor interpretação das normas vigentes, como, *v.g.*, o art. 41 da Lei 8.666/1993: “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”; e o art. 40 do mesmo diploma: “o edital indicará, obrigatoriamente, o critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos”.

Dois desses “novos” princípios, contudo, anunciam o empenho do novo texto normativo para uma Administração mais especializada e sábia no emprego dos recursos públicos, fazendo jus à categoria de normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade (ÁVILA, 2012, p. 85-86), que devem ser realizadas “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p. 90). Em linhas breves, são eles:

- segregação de funções: é uma derivação dos princípios da isonomia e da moralidade pública, vedando que todas as fases ou as fases mais críticas do procedimento licitatório se concentrem nas mãos de somente um servidor ou agente público. Exemplo de situação prática seria o presidente da comissão de licitações elaborar o termo de referência e, depois, atuar na licitação como pregoeiro. Em acórdão recente (2908/16-P), o Tribunal de Contas da União (TCU) afirmou ser irregular a “falta de segregação de funções do pregoeiro em sua atuação múltipla de solicitar o serviço/licitação, elaborar o termo de referência, estimar os preços e elaborar o edital”;
- planejamento: impõe o dever à Administração de adotar providências técnicas e administrativas para identificar, anteriormente ao procedimento licitatório, a necessidade a ser satisfeita com a execução do contrato, a correta definição do seu objeto e a estimativa precisa do preço de referência. Trata-se, pois, de condição *sine qua non* para o atendimento do interesse público, em especial no caso da licitação, já que em tais procedimentos está-se a falar da alocação de recursos públicos durante certo período de tempo (PORTA; DAL POZZO, 2021, p. 43). Logo, o fato de uma licitação restar infrutífera por desalinhamento dos gestores públicos (*v.g.*, um projeto básico inviável financeiramente ou deficiente do ponto de vista técnico) pode implicar sanções cíveis e administrativas.

Enfim, não é por conta de princípios explícitos ou implícitos que as contratações públicas têm sido objeto de questionamentos da sociedade civil. Com efeito, a inobservância, durante o trâmite licitatório e a execução contratual, dos princípios e regras já existentes consiste no grande desafio a ser superado.<sup>1</sup> Caso clássico são as hipóteses de extinção do contrato por inadimplemento da Administração: conquanto a nova lei tenha diminuído de 90 dias para dois meses o período de inadimplência para que tal direito à extinção seja constituído em prol do particular (art. 137, § 2º, IV), a mitigação descriteriosa dessa regra pelos órgãos administrativos e judiciais, sob pretextos como “essencialidade do serviço”, transforma qualquer norma em letra morta, independentemente de sua relevância no ordenamento jurídico ou de sua categorização dogmática.

## 2 Arrefecimento do “menor preço”: potenciais consequências para a divisão do procedimento licitatório entre as fases de habilitação e de julgamento

Um problema identificado no texto normativo é o seguinte: o art. 45, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 estabelece que, no julgamento por menor preço, será o vencedor aquele licitante que apresentar o menor preço dentro das condições previamente estabelecidas no edital. Ou seja: há uma separação nítida entre a fase de habilitação, quando terão de ser atendidos, além de questões de regularidade fiscal e trabalhista, os critérios técnicos previstos pelo edital, e a fase de julgamento, que levará em conta única e exclusivamente o menor preço.

Era esse o entendimento de Marçal Justen Filho (2016, p. 973), quando da vigência exclusiva da lei anterior:

Mas os padrões de identidade e as exigências técnicas não serão verificados na licitação como critério de seleção das propostas. Significa afirmar que não será admissível determinar pontuação proporcional à maior qualidade técnica do produto. O requisito técnico, se atendido pela proposta, assegura a sua admissibilidade. Entretanto, nada impede que seja classificada proposta com qualidade técnica superior à mínima exigida, desde que o gênero do bem seja respeitado e que a classificação se faça exclusivamente pelo critério de menor preço.

Já na Lei 14.133/2021, adotando redação praticamente idêntica à dos parágrafos 1º e 2º do art. 19 da Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, o § 1º do art. 34 afirma que, no julgamento por menor preço, serão levados em conta os **custos indiretos** do objeto licitado, incluindo-se, em tal conceito, o **impacto ambiental** e **outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida**, sugerindo uma cláusula aberta. A parte final do dispositivo – “sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto

<sup>1</sup> Em verdade, o direito brasileiro experimenta momento de enaltecimento da coerência, do pragmatismo e da qualidade argumentativa na tomada de decisão institucional, o que significa impedir ou limitar o recurso a princípios ou a termos vagos como razões centrais de fundamentação. Carlos Ari Sundfeld, ao tratar das alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) promovidas pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, afirma que o escopo da empreitada legislativa é “influir no modo como princípios são utilizados na prática decisória administrativa, forense e na controladora”, pois pesquisas têm evidenciado que, “por mais generoso que tenha sido, na origem, o movimento de disseminação dos princípios como fonte central do direito positivo – foi uma tentativa de fazer vingar valores não suficientemente positivados em regras do ordenamento, algo nobre –, o resultado tem sido negativo, terminando por legitimar uma prática voluntarista do direito”. [A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua renovação. In: *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro anotada*: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Rafael Hamze Issa e Rafael Wallbach Schwind (coord.). São Paulo: Quartier Latin, v. I, p. 33-39, 2019, p. 38]. Em interessante raciocínio, Fernando Leal cogita reputar redundante o *caput* do art. 20 da LINDB: “Se princípios são normas com estrutura teleológica, a tomada de decisão com base em princípios jurídicos deveria necessariamente envolver um juízo sobre os possíveis efeitos atrelados à aplicação de medidas destinadas a realizar os estados de coisas a eles vinculados. Justificar decisões com base em princípios significa, assim, recorrer invariavelmente a raciocínios consequencialistas”. [Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. In: *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Fernando Leal, José Vicente Santos de Mendonça (org.). Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, p. 25-30, 2016, p. 27].

em regulamento” – preocupa-se em dar contornos objetivos aos custos indiretos; porém, é cediço que o cálculo de fatores como impacto ambiental não se restringe a elementos pecuniariamente aferíveis, ao menos não de modo imediato.

Por exemplo: determinado material a ser empregado numa obra, embora mais barato e com vantagens comparativas de manutenção, é prejudicial às espécies de aves que habitam aquela região. Como resolver tal impasse num critério de julgamento por menor preço?

Não só isso: a definição de meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro, constante do art. 3º, inciso I, da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, trata-o como o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Pois bem: em uma obra que exige fundação, tem-se a opção de utilizar um equipamento bate-estacas eficiente e pouco custoso, mas que, por possuir uma tecnologia antiga, gera intensa poluição sonora, incômoda aos profissionais que laboram numa área tomada por escritórios executivos. Seria algo a ser dosado num processo licitatório julgado sob o critério de menor preço?

Marçal Justen Filho (2021, p. 477-478), em seu novo *Comentários*, diz que a referência a impacto ambiental deve ser interpretada na acepção de externalidades econômicas, de modo que caberia ao contratado adotar as providências necessárias para resolver o problema e, após, internalizar a despesa correspondente. É justamente nesse ponto, contudo, que reside a celeuma: para que uma externalidade negativa seja quantificada pecuniariamente, deve haver a sua identificação por técnicos da área e a definição das ações a serem tomadas para saná-la. Caso a externalidade não esteja previamente identificada no edital – e, cremos, dificilmente o estariam os dois sobreditos exemplos –, os acréscimos às propostas terão de ser feitos paulatinamente, durante a fase de julgamento.

Conquanto não adotem exatamente esse raciocínio – haja vista que, mais à frente, falam em “internalizar as previsões que conduzam à avaliação do menor dispêndio, a ser refletida **no edital de licitação**” –, Bruno Aurélio e Guilherme Giacomini (2021, p. 208-209) admitem a ampliação do conceito de “menor preço” e a atenção a outros fatores além da “qualidade mínima” do objeto:

Ao dispor sobre a premissa de “menor dispêndio para a Administração Pública”, presente no caput do art. 34 da Lei 14.133/21, amplia-se o conceito de “menor preço”, visando ampliar a verificação dos custos envolvidos numa contratação, comparando, inclusive, uma contratação adequada ou equivocada, afastando o tema da aquisição do menor valor nominal do preço ofertado. Joga-se luz na preocupação geral de contratação, não apenas no momento da aquisição *per se*.

A previsão de tal condicionante tem relevância pois, além da questão tratada acima, sobre a qualidade mínima para utilidade à Administração Pública, outros fatores devem ser levados em consideração de maneira a subsidiar a análise do preço das propostas.

Dito isso, e considerando, ainda, a “inversão geral de fases” determinada pelo art. 17, seria adequado depreender uma intromissão de critérios técnicos no julgamento por menor preço? E, como consequência, haveria uma mitigação da divisão do procedimento licitatório entre fases de habilitação e de julgamento, quando for esse o critério de julgamento adotado? Afinal, se se possibilita que todas as propostas sejam julgadas, bem como que sejam adotados critérios de julgamento que apreciam toda e qualquer externalidade econômica negativa, não parece viável habilitar somente a proposta de menor preço que atingiu os critérios técnicos previstos no edital.

A conclusão da pesquisa empreendida é uma tendência de favorecimento, por parte da Lei 14.133/2021, às propostas que se destacarem no aspecto técnico, havendo três principais evidências disso: (i) para o critério “melhor técnica ou conteúdo artístico”, o preço foi expressamente afastado

como objeto de barganha pelo *caput* do art. 35; (ii) para o critério “técnica e preço”, a técnica ganhou peso de até 70% no julgamento das propostas; e (iii) no critério “menor preço”, serão levados em conta os custos indiretos e o impacto socioambiental da proposta (§ 1º do art. 34), de modo que a qualidade técnica e a capacidade de transformação socioambiental da proposta poderão suplantar o preço baixo. Percebe-se, então, que a técnica está presente até mesmo no critério que supostamente se pautaria de forma exclusiva no preço (“menor preço”), enquanto o preço foi excluído do critério que preza somente pela técnica (“melhor técnica ou conteúdo artístico”).

Como dito acima, isso parece acarretar uma mitigação da divisão do procedimento licitatório entre fases de habilitação e de julgamento, quando for adotado o critério de julgamento por menor preço. Ao se adotar a inversão geral de fases do art. 17 e, concomitantemente, ao apreciar-se toda e qualquer externalidade econômica negativa durante a fase de julgamento, não será regra habilitar apenas a proposta de menor preço que atingiu os critérios técnicos previstos no edital.

### 3 Robustecimento do processo de contratação direta

As contratações diretas por parte da Administração ganharam capítulo específico na Lei 14.133/2021, englobando os artigos 72 a 75. Não houve mudanças profundas quanto à lógica por trás dessa modalidade de contratação e quanto às hipóteses específicas que a ensejam, mas as alterações promovidas no **processo** de contratação direta merecem atenção.

Muito embora o *caput* do art. 18 da nova lei fale de um **processo licitatório** e o *caput* do art. 72 mencione um **processo de contratação direta** – o que poderia sugerir diferenças substanciais entre os dois ritos –, a verdade é que a contratação direta, responsável por cerca de 56% dos valores contratados pela União em 2020,<sup>2</sup> herdou vários cuidados preparatórios que, antes, na Lei 8.666/1993, eram observados apenas no âmbito de licitações. Se, na lei anterior, previa-se a instrução da contratação direta com vários elementos facultativos – as expressões “**no que couber**” e “**quando for o caso**” dão a tônica do parágrafo único e dos incisos do art. 26 –, na nova lei são exigidos os seguintes documentos:

- documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;
- estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23;
- parecer jurídico<sup>3</sup> e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;
- demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;
- comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;
- razão da escolha do contratado;
- justificativa de preço; e
- autorização da autoridade competente.

---

<sup>2</sup> Fonte: Portal da Transparência.

<sup>3</sup> Endossamos Márcio Cammarosano (2021) no sentido da obrigatoriedade do parecer jurídico na instrução do processo de contratação direta. Trata-se de exigência impostergável a título de controle prévio da legalidade da contratação pretendida, garantindo também maior segurança jurídica, tanto dos agentes públicos envolvidos na contratação quanto do futuro contratado. E, como bem lembra o autor, o art. 10 da Lei 14.133/2021 prevê a defesa, pela advocacia pública, de agentes públicos que tenham se orientado por parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53, i.e., parecer do órgão de assessoramento jurídico da Administração [Artigo 74. In: *Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada: Lei 14.133/21* (Coord.: Augusto Neves Dal Pozzo, Márcio Cammarosano, Maurício Zockun). 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 370].

Ou seja: à exceção dos pareceres técnicos, dos projetos, da análise de riscos e do estudo técnico preliminar, todos os elementos acima **deverão** estar presentes na preparação de toda e qualquer contratação direta, sem margem de discricionariedade para o administrador. Há um forte paralelo, portanto, entre a fase preparatória da contratação direta e a fase preparatória da licitação.

Se, por um lado, a nova lei procurou simplificar e uniformizar o procedimento das diferentes modalidades de licitação por meio do art. 17, o procedimento de contratação direta passou a contar com maior rigor formal – e, frise-se, isso não é algo necessariamente ruim, pois a maioria das novas exigências têm razão de ser e buscam evitar fraudes naquilo que é o principal meio de investimento do erário. A depender do ente licitante, uma reduzida equipe de servidores, com a devida capacitação, pode desempenhar a função com qualidade e celeridade. Vê-se que o legislador exigiu que o gestor público atue com maior eficiência, valendo-se de um planejamento estratégico quando pretender adquirir um bem ou contratar um serviço de forma direta (CAPELOTTO; SILVA, 2021, p. 358).

Agora, passemos às hipóteses que justificam a contratação direta, a começar pela inexigibilidade de licitação. Como dito acima, a lógica foi mantida: há um **dever** da Administração de não licitar em situações que apresentem inviabilidade de competição (*v.g.*, a existência de um único fornecedor) ou inviabilidade de disputa (impossibilidade de um julgamento baseado em critérios objetivos). Um destaque positivo é a extinção do termo “natureza singular”, jabuticaba da lei antiga que, apesar de gerar grande debate, somente indicava, no fim das contas, a ausência de critérios objetivos para a seleção de propostas, porquanto interessa mais, à satisfação da necessidade administrativa, “quem” executará o contrato do que “o que” se executará pelo contrato — ou seja, prevalece o aspecto subjetivo da contratação.<sup>4</sup> Serviço de natureza singular não é aquele que só um possa prestar, mas sim o serviço que, pela sua natureza, reclama criatividade relevante do prestador, técnica e estratégia como expressões de seu próprio talento e, assim, incotejáveis prévia e objetivamente (CAMMAROSANO, 2021, p. 373-374).

Outra novidade relevante foi a previsão de aquisição e locação de imóveis como hipóteses de inexigibilidade, ao passo que, na lei anterior, eram de dispensa de licitação. Nesse contexto, o § 5º do art. 74 passou a exigir a realização de: **(i)** avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação e dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e prazo de amortização dos investimentos; **(ii)** a certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto; e **(iii)** a apresentação das justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

Muito bem. Já em relação à dispensa de licitação, a lógica também permanece a mesma: é **facultado** ao administrador não realizar um processo de licitação, seja porque inoportuno, seja porque desnecessário, sempre **a depender do caso concreto**. Na mesma linha, as hipóteses de dispensa continuaram similares às da lei anterior. Vale lembrar que, ao contrário do que ocorre na inexigibilidade, o rol legal de hipóteses de dispensa de licitação é **taxativo**, ou seja, não comporta analogias ou exceções, e isso porque tais hipóteses são, geralmente, escolhas meramente políticas do legislador – um exemplo é a dispensa na contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis realizados por associações ou cooperativas formadas por

---

4 Celso Antônio Bandeira de Mello entendeu como lamentável a eliminação da “singularidade do serviço” porque, por essa nova sistemática, qualquer serviço técnico poderia, em tese, ser contratado sem licitação, bastando a notória especialização do prestador (*Curso de direito administrativo*. 35ª ed., São Paulo: Malheiros, 2021, p. 562). Com a licença do nosso maior administrativista, parece-nos que o termo “singular”, constante da antiga lei, não era um óbice a esse permissivo genérico, porquanto carecia de fixação de sentido, conteúdo e alcance; em outras palavras, trazia mais questionamentos do que respostas. Com o robustecimento do processo de contratação direta, trazido pela Lei 14.133/21, caberá à Administração instruí-lo a ponto de, pontualmente, **justificar a necessidade** de um prestador de serviço de notória especialização para aquele objeto contratado.

pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis (art. 75, IV, “j”).

Por fim, falemos brevemente das sanções para irregularidades na contratação direta. O art. 73 da Lei 14.133/21 estabelece que, em caso de contratação direta **indevida** – i.e., que não poderia ter ocorrido, quer por não se tratar de hipóteses de inexigibilidade ou dispensa de licitação, quer por vício residente mesmo no processo de contratação (CAMMAROSANO, 2021, p. 360-362) – realizada com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. Tem-se, então, para tal responsabilização solidária, a necessidade de conjugação de: **(i)** contratação direta indevida; **(ii)** ofensa à ordem jurídica imputável a um agente público; **(iii)** comprovação de dano ao erário – o que, à luz do art. 10 da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, entende-se por perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres; e **(iv)** atuação do agente público com dolo, fraude ou erro grosseiro, em sintonia com o previsto no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), dispositivo recentemente incluído no diploma pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018.<sup>5</sup>

Isso quer dizer que, para além das já conhecidas sanções administrativas e cíveis – ressarcimento do prejuízo causado, proibição de contratar com a Administração etc. –, também poderá haver condenação criminal, visto que a nova lei alterou o Código Penal e nele incluiu um novo tipo penal, descrito no art. 337-E: “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”, sujeitando o indivíduo a uma pena de reclusão de 4 a 8 anos. Vale acentuar, conforme observado por Paulo Henrique Capelotto e Raphael Silva (2021, p. 365), que o fato de haver crime que diga respeito à contratação direta indevida atrai a demonstração de que o dolo deixe de ser genérico e passe a ser considerado dolo específico do crime, devendo o órgão de controle legitimado indicar a vontade consciente e deliberada, do agente e eventualmente do contratante,<sup>6</sup> de violar aquele bem jurídico tutelado. Em suma, há de se demonstrar que “o agente **admitiu, possibilitou ou deu causa** à uma contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”.

Atente-se, contudo, que qualquer condenação – seja ela cível, administrativa ou criminal – deverá observar as ponderações previstas no *caput* e nos parágrafos 1º e 2º do art. 22 da LINDB, também incluídos no diploma pela Lei 13.655/2018. De mais a mais, a aplicação de sanções em diferentes esferas, em razão da mesma irregularidade, não inviabiliza e nem mesmo exclui a necessidade de ser realizada a **harmonização** de seus efeitos, por força tanto do parágrafo 3º do mencionado art. 22, quanto das premissas constitucionais que pautam a aplicação de sanções no ordenamento jurídico brasileiro, segundo o defendido por Yasser Reis Gabriel (2021, p. 192-200) em vitoriosa tese de doutoramento.

## Conclusão

O presente trabalho se resume a notas pontuais sobre textos normativos, carecendo de maior profundidade acadêmica. De todo modo, prestou-se a demonstrar que, no tocante aos princípios arrolados no art. 5º da Lei 14.133/2021, sua diferença em relação ao texto da lei antiga é o fato de

---

5 Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o art. 28 da LINDB erigiu a gradação do comportamento humano (erro grosseiro) não mais como um elemento da dosimetria da pena, mas como circunstância apta a qualificar a conduta voluntariamente praticada como infracional. Desloca-se, assim, a intensidade do comportamento humano – doloso ou culposo – da sanção para a infração (*Curso de direito administrativo, ob. cit.*, p. 266).

6 Sujeito ativo é o agente público detentor do poder decisório de realizar ou dispensar a licitação, mas qualquer pessoa, mesmo não sendo servidor público, pode concorrer para o crime, auxiliando, induzindo ou instigando o autor principal a praticá-lo, caso em que incidirá nas mesmas penas (art. 29 do Código Penal).

tornar expresso o que antes era implícito, mas amplamente reconhecido pela prática administrativa de contratações e pela jurisprudência, tanto dos tribunais de contas quanto do Poder Judiciário.

Demonstrou, ainda, que a presença de elementos técnicos – *i.e.*, além dos requisitos técnicos previstos no edital –, mesmo no critério de julgamento por menor preço, evidencia uma prevalência da **técnica** no microsistema de contratações públicas, o que resulta, inclusive, na atenuação da divisão do procedimento licitatório entre as fases de habilitação e de julgamento, quando o julgamento se der no critério de menor preço.

Por fim, percebeu-se um forte paralelo entre a fase preparatória da contratação direta e a fase preparatória da licitação, significando um robustecimento do processo de contratação direta, o qual herdou vários cuidados preparatórios que, antes, na Lei nº 8.666/1993, eram observados apenas no âmbito de processos licitatórios. Está findado o modelo que previa a instrução da contratação direta com vários elementos facultativos, com prevalência das expressões “**no que couber**” e “**quando for o caso**”.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

AURÉLIO, Bruno; GIACOMINI, Guilherme. Artigos 33 a 38. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**: Lei 14.133/21 (Coord.: Augusto Neves Dal Pozzo, Márcio Cammarosano, Maurício Zockun). 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 35ª ed., São Paulo: Malheiros, 2021.

CAMMAROSANO, Márcio. Artigo 73 e Artigo 74. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**: Lei 14.133/21 (Coord.: Augusto Neves Dal Pozzo, Márcio Cammarosano, Maurício Zockun). 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CAPELOTTO, Paulo Henrique Triandafelides; SILVA, Raphael Leandro. Artigo 72 e Artigo 73. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**: Lei 14.133/21 (Coord.: Augusto Neves Dal Pozzo, Márcio Cammarosano, Maurício Zockun). 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GABRIEL, Yasser Reis. **Harmonização de efeitos das sanções de direito administrativo**. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 17ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Fernando Leal, José Vicente Santos de Mendonça (org.). Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, p. 25-30, 2016.

PORTA, Marcos de Lima; DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. Artigo 5º. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada: Lei 14.133/21** (Coord.: Augusto Neves Dal Pozzo, Márcio Cammarosano, Maurício Zockun). 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua renovação. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Rafael Hamze Issa e Rafael Wallbach Schwind (coord.). São Paulo: Quartier Latin, v. I, p. 33-39, 2019.

# Segurança Jurídica no Novo Regime Licitatório: a necessidade de renovação de regulamentos para a Lei 14.133/2021

Hugo Teixeira Montezuma Sales\*

*Introdução. 1 As mudanças e dificuldades na transição de regime geradas pela Lei 14.133/2021. 1.1 As mudanças operadas pela Lei 14.133/2021 e suas repercussões nas práticas estabelecidas em âmbito federal. 1.2 O modo como o art. 191 estimula a comunicação entre legislações, a despeito da literalidade dos seus termos. 2 Segurança jurídica como previsibilidade quanto ao que fica inalterado e expectativa de impacto da modificação legislativa intencional. 2.1 inovações normativas à luz da lei de introdução às normas do direito brasileiro: manutenção das conclusões apenas ante a identidade de premissas. 2.2 Proteção, pelo Estado, da expectativa de efetividade dos novos regimes legais. 3 A insegurança da confirmação “no que couber”: o caso da Instrução Normativa 75, de 2021, da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia. Conclusão. Referências.*

## Resumo

O presente artigo tem por temática a incidência do princípio da segurança jurídica em contexto de modificação legislativa e visa abordar a necessidade de renovação de regulamentos para aplicação da nova lei de contratações públicas. A partir do método dedutivo, e mediante exploração bibliográfica e jurisprudência, inicia-se com as alterações trazidas pela lei e as modificações do contexto no qual a atuação administrativa se desenrola. Após, aprofunda-se na regra de transição do art. 191 e no modo pelo qual ela, mesmo aparentando uma intenção de fomentar a transição gradual de regimes, acaba por incentivar a mudança em “ondas”, com a suplementação da nova lei a partir das práticas desenvolvidas na égide da legislação antiga. Para se estabelecer uma comparação, passa-se, então a abordar a segurança jurídica sob dois aspectos: a necessidade de previsibilidade das decisões seja ante a manutenção das suas premissas, seja pela modificação destas; e a proteção da expectativa de que modificações legislativas gerarão mudanças administrativas. Por fim, é analisada a Instrução Normativa 75/2021, a qual admite a aplicação da Instrução Normativa 5/2017, editada na égide na legislação anterior, no que couber, para fiscalização e gestão contratual no âmbito da nova lei. Argumenta-se que a fluidez dos termos “no que couber”, “fiscalização” e “gestão contratual” acaba por tornar tal operação prejudicial à segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Segurança Jurídica. Nova Lei de Licitações. Regulamentos. Renovação.

---

\* Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub). Especialista em Direitos e Processos Administrativos pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Advogado da União.

## *Legal Certainty in the new Bidding and Contracts Act: the need to Renew the Regulation for the Law n. 14.133 of 2021*

### *Abstract*

*This essay aims to analyze the need to redo the regulation in order to properly apply the new Biddings and Contracts act. It begins with the changes made, especially the ones that modify not the procedure itself, but the context in which the state acts. After that, the essay explores the transition rule stated on article 191 of the act, emphasizing on how it ends up stimulating a transition in “waves”, pressing for the application of the new law by using the old one, consciously or not, to fill in eventual gaps, according to the customs built in through years of practice. The next step is to analyze how it all impacts legal certainty under two guidelines: the need for predictability, either if the premises of a certain understanding are kept or if they change; as well as the protection of the expectations that modifications on the law should be followed by alterations in the way the state acts. In the end, the essay analyzes the Normative Instruction nº 75, of 2021, which allows the usage of the Normative Instruction nº 5, of 2017, edicted under the old legislation, in whatever fits, to guide the contract management and oversight under the new law. It argues that the fluidity of the terms “whatever fits”, “oversight” and “contract management” ends up making it harmful to legal certainty.*

**Keywords:** *Legal Certainty. New Biddings and Contracts Act. Regulation. Renew.*

### **Introdução**

Atenta contra a segurança jurídica aplicar de forma automática, nos procedimentos regidos pela Lei 14.133, de 1º de abril de 2021 (BRASIL, 2021b), os regulamentos editados na égide da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 1993), pela recepção generalizada, pelo enquadramento como costume ou pela importação em novo ato normativo com a expressão “no que couber”. Essa é a tese deste artigo, o qual aborda a incidência da segurança jurídica quando há a substituição de todo um regime legal: neste caso específico, o regime de contratações públicas.

A nova lei emite sinais contraditórios em relação à sua intenção. Por um lado, as normas de caráter concreto, relacionadas a procedimentos, trazem poucas modificações e abarcam práticas já consolidadas em regulamentos, jurisprudência ou costumes. De outro, há diversas mudanças laterais que possuem o potencial de afetar a atuação administrativa. Modificações como o sistema de gestão de riscos, divisão de responsabilidades, o pagamento assemelhado ao setor privado para compras, entre outras.

A utilização das mesmas regras quando há compatibilidade de procedimentos pode encontrar guarida, em uma primeira análise, no art. 30 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. Entretanto, tal forma de proceder ignora as mudanças de contexto. Ao manter os procedimentos quando potencialmente mudam-se as premissas, pode-se levar à morte prematura das inovações trazidas no novo regime. Novas premissas geram a necessidade de que os regramentos sejam revistos sob uma nova luz. É sobre esse contexto que se desenrola o presente trabalho.

Utiliza-se como metodologia, a partir de exploração bibliográfica e jurisprudencial, inicialmente, o método dedutivo para, a partir das modificações trazidas pelo advento da Lei 14.133/2021 (BRASIL,

2021b), perquirir quais os impactos esperados com a nova legislação na prática administrativa. Do mesmo modo, a partir de dedução, são analisadas que tipo de condutas seriam decorrentes da segurança jurídica em um contexto de modificação legislativa, quanto aos respectivos regulamentos.

Por fim, os comportamentos trazidos nos dois primeiros momentos serão contrapostos no contexto da Instrução Normativa 75, de 13 de agosto de 2021, da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia (BRASIL, 2021a), a primeira regulamentação de relevância da nova legislação, em razão do uso da expressão “no que couber”.

Este artigo adota como marco teórico o positivismo inclusivo, em especial a ideia da decisão difícil como um ato de escolha, iniciada em Kelsen e retomada em Hart. Nessa mesma linha, o trabalho funda-se na perspectiva da *Law and Emotions*, enfocando na influência da subjetividade (emoções, vieses, agenda) do decisor em sua decisão.

Por fim, para se chegar à tese trazida no início, o artigo será dividido em três seções. Na primeira, serão trazidas as modificações de contexto empreendidas pela nova legislação, bem como o modo pelo qual seu regime de transição acaba por estimular uma aplicação híbrida de regulações novas e antigas, ainda que indiretamente.

Após, esse modo de proceder será confrontado com o princípio da segurança jurídica, argumentando-se que só deverá haver a permanência dos entendimentos ante a identidade de premissas, o que não seria o caso em havendo modificações relevantes de contexto. Será enfatizado, outrossim, que, naquilo em que tiver havido mudança, estender um entendimento consolidado em regulamento pretérito atentaria contra a expectativa de que mudanças legislativas gerem modificações nas práticas administrativas.

Por fim, tais premissas serão confrontadas com um caso concreto: a Instrução Normativa 75/2021, editada pela Secretaria de Gestão do Ministério da Economia (BRASIL, 2021a), a qual, ao possibilitar o uso de “no que couber” de regulamento antigo para fiscalização e gestão de contratos decorrentes de contratação direta na nova lei, possui o potencial de gerar mais insegurança, ainda que no afã de dar aplicabilidade ao novo regime.

Passa-se, portanto, a cada um desses pontos.

## 1 As mudanças e dificuldades na transição de regime geradas pela Lei 14.133/2021

Muito da Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021b), constitui a legalização de normas infralegais ou de entendimentos jurisprudenciais, alguns deles mal compreendidos pelo legislador, desatualizados ou controvertidos, dificilmente unânimes.<sup>1</sup> As inovações se misturam com previsões bastante antigas, reafirmadas em um único diploma legal.

Esse quadro denota um campo de armadilhas ao se analisar a nova lei. Não está clara a forma como repercutirão eventuais modificações não meramente procedimentais, e o confuso regime de transição dificulta o desenrolar de tais pontos. Essas duas questões serão aprofundadas nos tópicos adiante.

---

<sup>1</sup> É o que ocorre, por exemplo, no regramento da locação de imóveis como forma de inexigibilidade de licitação. A lei incorporou entendimento antigo do TCU (SARAI, 2021, p. 888-891), segundo o qual a dispensa de licitação do art. 24, inciso XII da Lei 8.666/1993 exigiria que o imóvel em questão fosse o único a suprir as necessidades da administração. Tal jurisprudência foi revisada em 2015, mas acabou sendo positivada na nova lei.

## 1.1 As mudanças operadas pela Lei 14.133/2021 e suas repercussões nas práticas estabelecidas em âmbito federal

Não se pretende, neste artigo, elencar todas as modificações empreendidas pela nova lei. Resta claro que novos procedimentos demandam outro tipo de regulamento, não havendo grandes debates quanto a isso. O enfoque desta análise será nas disposições cujos impactos são incertos, com probabilidade mais alta de serem desconsiderados na aplicação, seja da lei em si, seja para fins de compatibilização de regulamentos.

Inicia-se com o art. 5º da nova lei, que dobrou o número de princípios expressamente abarcados, indo dos onze previstos no art. 3º da Lei 8.666/1993 (BRASIL, 1993) para impressionantes 22, sem prejuízo da menção expressa à lei de introdução às normas do direito brasileiro.

Saem da listagem a isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, entrando celeridade, competitividade, economicidade, eficiência, eficácia, interesse público, motivação, planejamento, proporcionalidade, razoabilidade, segregação de funções, segurança jurídica e transparência. Quanto às exclusões, a remoção da isonomia dificilmente terá impacto, pois prevista está constitucionalmente, enquanto a seleção da proposta mais vantajosa está abarcada nos princípios da eficiência, eficácia e economicidade.

Já quanto às inserções, há de se ressaltar, de plano, que a previsão de tantos princípios tem o efeito de diluir a potência de cada um deles. Ao contrário das regras, cuja aplicação deve ocorrer cumulativamente, com os conflitos resolvidos por antinomia, princípios, dotados de peso, quando contrapostos são acomodados mediante sopesamento e concessões mútuas (DWORKIN, 2010, p. 42-43).

Um ato regido unicamente por princípios não será afetado por somente um deles – normalmente será influenciado por vários, e o decisor deverá tomar sua decisão considerando todas as variáveis indicadas, na medida em que todos são deveres com força normativa. Quando a lei alça 22 valores ao patamar de princípios de observação obrigatória, qualquer um deles terá força suficiente para gerar atenuação ou acomodação de outros conforme o caso concreto. Em outras palavras, o legislador indicou, por exemplo, que o valor “eficácia” é apto a servir de limite para eventual decisão fundada na “segregação de funções” e vice-versa.<sup>2</sup> Com tantos princípios capazes de limitarem uns aos outros, a capacidade de maximizá-los no caso concreto é significativamente menor do que na legislação anterior.

Ainda no art. 5º, celeridade, eficiência e eficácia podem servir de fundamentação para que se revisitem medidas que, embora convenientes ao controle, impeçam maior agilidade aos processos de contratação em geral, em especial em casos de contratações que devam ser desencadeadas com urgência, considerando, inclusive, a redação aberta de alguns dispositivos, tal como o art. 72, inciso I.<sup>3</sup>

Também merece análise o princípio da segregação de funções, alçado a essa condição muito embora o seu tratamento gere dúvidas.<sup>4</sup> Originariamente uma diretriz de controle interno, prevista

---

2 Com exceção de valores indicados como “princípios”, mas com estrutura de regras, tal como a legalidade. Neste caso, deve simplesmente haver o cumprimento por subsunção.

3 Referido dispositivo estabelece a obrigatoriedade apenas “se for o caso” de diversos documentos para instrução de procedimentos de contratação direta. Tal expressão pode levar ao entendimento de que situações fáticas ensejam a decisão de dispensa de tal documentação pelo gestor competente. Nesse sentido vide (SARAI, 2021, P. 865/866)

4 O manual de orientações técnicas da Controladoria-Geral da União (BRASIL, 2017c), define segregação de funções de modo a não deixar claro quais seriam as funções a serem distribuídas necessariamente a setores distintos, limitando-se a categorizar em “registro, autorização e aprovação de transações”, tópicos esses não facilmente traduzíveis ao âmbito licitatório.

na Instrução Normativa MP/CGU 1, de 10 de maio de 2016<sup>5</sup> (BRASIL, 2016b), como um exemplo de modo de estruturação de processos para atenuação de erros e fraudes, a segregação de funções foi transformada em princípio em julgados do Tribunal de Contas da União (TCU),<sup>6</sup> os quais, trazendo diversas situações como vedadas em razão de tal princípio, não chegam a estabelecer uma linha de corte para discernir as funções a serem segregadas.<sup>7</sup>

Ainda na segregação de funções, a nova lei foi além e trouxe o art. 7º, §1º, o qual veda a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em “funções mais suscetíveis a riscos”, transformando o princípio em regra. Desconsiderando, por ora, que nada se sabe sobre quais seriam tais funções a serem objeto de segregação, eventual recepção dessa norma como regra representa uma grande modificação de contexto na elaboração de regulamentos para a organização administrativa da fase interna de contratação.<sup>8</sup>

Pode passar a ser menos interessante a divisão minuciosa de atribuições, com a formação de equipes de planejamento multidisciplinares, mesmo considerando a diretriz de descentralização do art. 6º, inciso III do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967<sup>9</sup> (BRASIL, 1967), por exemplo, haja vista que mais funções implicam maior risco de incidência do dever de segregação.

Atribuições antes passadas a áreas demandantes ou contratantes podem acabar sendo assumidas simplesmente por aquela mais provida de pessoal. Optar pela centralização da demanda ou da licitação de vários órgãos passa a ser interessante menos por razões de especialização e mais para diminuir os impactos da segregação. Passa a pesar mais na estruturação de processos a facilidade de controle em relação apenas à eficiência interna. Na criação e divisão de funções e respectivas atribuições, passa a ser relevante o número de servidores de cada órgão e a realidade local, um fator de menor relevância na legislação anterior.

Em suma, a divisão de atribuições e formulação de processos de trabalho deixa de ser meramente uma questão administrativa do órgão em questão, e passa a ser um requisito jurídico da validade do processo e da higidez da atuação tanto da instituição pública quanto dos seus agentes. Insere-se o elemento de risco jurídico, de responsabilização inclusive, ao tornar jurídico um elemento estritamente organizacional – risco este que traz consigo uma série de repercussões no processo decisório da Administração Pública.<sup>10</sup>

Ainda na seara dos agentes que trabalham no processo de contratação, o art. 7º traz outras limitações. Além da condição de servidor ou empregado público, já exigida para algumas funções pela Lei 8.666/1993 (BRASIL, 1993), passa a ser necessário que suas atribuições sejam relacionadas a licitações e contratos ou que tenham qualificação atestada por escola de governo.

5 Dispõe o seu art. 11, inciso III, “b” que: “Art. 11. Na implementação dos controles internos da gestão, a alta administração, bem como os servidores da organização, deverá observar os componentes da estrutura de controles internos, a seguir descritos: [...] III - atividades de controles internos: são atividades materiais e formais, como políticas, procedimentos, técnicas e ferramentas, implementadas pela gestão para diminuir os riscos e assegurar o alcance de objetivos organizacionais e de políticas públicas. Essas atividades podem ser preventivas (reduzem a ocorrência de eventos de risco) ou detectivas (possibilitam a identificação da ocorrência dos eventos de risco), implementadas de forma manual ou automatizada. As atividades de controles internos devem ser apropriadas, funcionar consistentemente de acordo com um plano de longo prazo, ter custo adequado, ser abrangentes, razoáveis e diretamente relacionadas aos objetivos de controle. São exemplos de atividades de controles internos: [...] b) segregação de funções (autorização, execução, registro, controle);”.

6 Sendo exemplo o Acórdão TCU 140, de 14 de fevereiro de 2007 Plenário (BRASIL, 2007).

7 Sabe-se que o atesto deve ser dado por pessoa distinta da que irá pagar, Acórdão 18587/2021-Primeira Câmara (BRASIL, 2021f); um mesmo servidor não pode integrar equipe de planejamento da contratação e depois ser dela pregoeiro, Acórdão 1278/2020-Primeira Câmara (BRASIL, 2020), e que comissão de licitação não deve solicitar compra, Acórdão 4227/2017-Primeira Câmara (BRASIL, 2017d). No entanto, desses acórdãos (e eventuais outros) dificilmente se consegue induzir uma linha de corte minimamente clara apta a prever vedações futuras, retomando ou não as classes de “registro, autorização e aprovação de transações”. Há apenas as vedações estabelecidas a serem cumpridas individualmente, com o receio permanente de novas proibições supervenientes surpreendam o gestor público.

8 Uma vez transformando-se em regra, em uma vedação absoluta e não meramente um princípio a ser considerado em conjunto com os demais, a segregação de funções deixa de poder ser, em tese, excepcionada pelos demais princípios, devendo ser cumprida por subsunção (SILVA, 2010, p. 52).

9 Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: [...] III - Descentralização.

10 Em vista do já argumentado anteriormente quanto à segregação de funções, trata-se de situação em que o mero ato de decidir pode ensejar responsabilização, já que novas vedações são total ou parcialmente imprevisíveis.

Essa exigência adicional tem o condão de também diminuir o número de agentes disponíveis para atuar nesse campo, em especial nas áreas demandantes, as quais não possuem obrigação de ter profissionais com atribuições em licitações e contratos, ou especializados nessa matéria, já que suas competências são vinculadas a atividades-fim. Isso tem o potencial de reestruturar a usual divisão de funções entre área demandante e área contratante, em que aquela costuma executar a maior parte das ações de planejamento da contratação.<sup>11</sup>

Vale registrar que o art. 7º, *caput*, em conjunto com o art. 11, parágrafo único da lei, coloca um ônus considerável na alta administração do órgão respectivo de organizar a governança da contratação de modo a gerar contratações bem-sucedidas, inovadoras e não fraudulentas. Nesse contexto, aplicar automaticamente regulamentos potencialmente obsoletos à nova realidade pode, inclusive, colocar em perigo a própria autoridade, por se tratarem de atos discricionários (SUNDFELD, 2017, p. 277-278).

Registre-se que não se defende a inviabilidade de qualquer das ações supracitadas, mas todas elas demandam reflexão profunda e reestruturação dos processos vigentes, o que vai de encontro à conclusão de aplicação automática dos regulamentos antigos.

Mudando completamente de seara, o art. 40, inciso I da nova lei estabelece como parâmetro para as compras que as condições de aquisição e pagamento devem ser semelhantes às do setor privado. Disposição semelhante já era contida no art. 15, inciso III da Lei 8.666/1993 (BRASIL, 1993), de modo que não é absurdo o argumento de se tratar de manutenção de uma disposição meramente simbólica.

No entanto, a reafirmação de um ideal não pode ser descartada de plano como sendo “simbólica”, em especial quando houve modificações no entorno a tornarem tal meta um pouco mais acessível. A lei não mais traz um prazo para o pagamento, expressamente admite o pagamento antecipado, ainda que excepcionalmente, bem como prevê que prazos e métodos de recebimento poderão ser previstos em contrato.

Seria razoável, por exemplo, que regulamentação trouxesse os mesmos prazos e procedimentos para recebimento e pagamento para compras e serviços<sup>12</sup> em face do art. 40, inciso I? Se antes, por exemplo, a aplicação da Instrução Normativa 2, de 2016, da secretaria de gestão do então Ministério do Planejamento (BRASIL, 2016a), a demandar o pagamento em até 30 dias após a entrega da nota fiscal e aceite do produto, era uma operação de pura aplicação da Lei 8.666/1993, a manutenção do mesmo ditame com a nova legislação poderia ser excessiva ou desarrazoável.

A relevância das modificações empreendidas pela lei não se limita ao âmbito das contratações públicas em sentido estrito. Na esfera das transferências voluntárias e emendas parlamentares, com a não incomum prática de suspensão e retomada de obras, o entendimento anterior que sacramenta a impossibilidade de prorrogação de contratos vencidos<sup>13</sup> gerou toda uma sorte de práticas.

Com o advento do art. 111, prevendo a prorrogação automática dos contratos de escopo, tal paradigma se inverte, mudando uma premissa sobre o qual foi construído o processo de supervisão de transferências voluntárias. O impacto dessa mudança é pouco previsível, em especial considerando que o art. 184 possibilita que a aplicação de suas disposições a convênios e instrumentos congêneres ocorre apenas “na forma estabelecida em regulamento”, de modo que o regulamento poderia, em

---

<sup>11</sup> Estudo feito pela OCDE (OCDE, 2021) constata que os departamentos de contratação pública contam com altos índices de rotatividade, não sendo uma atuação popular entre os servidores públicos, dada a possibilidade de sanção e a falta de clareza na interpretação das normas. Além disso, concluem que a capacitação é pouco desenvolvida e os salários são vistos como baixos.

<sup>12</sup> Como aparentou fazer a IN SEGES/ME 75/2021, caso se entenda que ela é aplicável neste ponto.

<sup>13</sup> Nesse sentido é a Orientação Normativa 3, de 2009, da Advocacia-Geral da União (BRASIL, 2009), segundo a qual: “Na análise dos processos relativos à prorrogação de prazo, cumpre aos órgãos jurídicos verificar se não há extrapolação do atual prazo de vigência, bem como eventual ocorrência de solução de continuidade nos aditivos precedentes, hipóteses que configuram a extinção do ajuste, impedindo a sua prorrogação”.

tese, dizer que essa nova sistemática de prorrogação para contratos por escopo não incidiria para convênios e instrumentos assemelhados.

As mudanças de paradigma trazidas acima são apenas exemplos, entre vários outros. A inserção de disposições admitindo certificação externa como forma de aceitação de documentação de habilitação pode mudar o panorama em contratações mais complexas, já que o TCU apresentava obstáculos a tal prática sob o argumento de ausência de respaldo legal.<sup>14</sup> A possibilidade de adesão a atas de registro de preços também passa a ter assento legal, potencialmente levando à rediscussão de sua excepcionalidade.<sup>15</sup> Como já explicitado, diversas outras modificações podem ser mencionadas sem que delas seja possível extrair uma repercussão clara na forma de aplicação de eventuais entendimentos antes consolidados.

Muito embora a nova lei possa ter ido muito além de seu potencial, diversas modificações incidiram não só sobre atos processuais específicos, mas até a própria forma como se compreendem determinados institutos pode alterar-se. Isso aliado ao modo como a lei estabelece sua regra de transição, a própria dinâmica da atuação administrativa, gera toda uma sorte de dificuldades na aplicação, como se passa a tratar.

## 1.2 O modo como o art. 191 estimula a comunicação entre legislações, a despeito da literalidade dos seus termos

Não é incomum que novos regimes jurídicos demandem tempo para uma adequada transição. Seja para que os órgãos se capacitem para incorporar adequadamente as novas práticas, seja para que os órgãos regulamentares preparem os atos necessários para dar efetividade à lei. Muitas vezes, trata-se de combinação das duas opções.

A solução jurídica para tais tipos de situações é conhecida: a *vacatio legis*. Prevista já no art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, prevê-se que, “salvo disposição contrária”, a lei começa a vigorar após 45 dias de sua publicação. Em nível federal, o Decreto 9.191,<sup>16</sup> de 1º de novembro de 2017 (BRASIL, 2017a), dispõe<sup>17</sup> que deverá haver previsão de cláusula de postergação de produção de efeitos nos atos normativos “de maior repercussão”, “que demandem tempo para esclarecimentos ou medidas de adaptação pela população”, “que exijam medidas administrativas prévias para a aplicação de modo ordenado” ou “em que não convenha a produção de efeitos antes da edição de ato normativo inferior ainda não publicado”.

Tais hipóteses são alternativas, de modo que bastaria uma para se configurar situação de previsão da postergação de efeitos. Nesse caso, pode-se arguir que todas as hipóteses são aplicáveis, o que apenas reforçaria a necessidade de uma *vacatio legis* significativa. Afinal, a repercussão é imensa (financeiramente, inclusive<sup>18</sup>), inúmeros pontos demandam esclarecimento sobre seus efeitos, inclusive para adaptação pelos licitantes; e há a necessidade de elaboração de novos modelos de contratação, sistemas informatizados, cadastros de fornecedores etc., além de regulamentos.

<sup>14</sup> Vide, nesse sentido, o Acórdão 2524/2021-Plenário (BRASIL, 2021e).

<sup>15</sup> Caracterizando a adesão como uma “anomalia” vide o Acórdão 1297/2015-Plenário (BRASIL, 2015) do Tribunal de Contas da União.

<sup>16</sup> O decreto não se aplica propriamente, haja vista que os seus termos vinculam apenas a apresentação de propostas legislativas pelo Executivo, enquanto que o projeto de lei em tela, na parte ora tratada, teve redação determinada no Congresso Federal. O que se busca demonstrar é que, sob o ponto de vista da segurança jurídica, há certamente argumentos de conveniência para que houvesse uma postergação de entrada em vigor da lei.

<sup>17</sup> Art. 20. A *vacatio legis* ou a postergação da produção de efeitos será prevista nos atos normativos:

I - de maior repercussão;

II - que demandem tempo para esclarecimentos ou exijam medidas de adaptação pela população;

III - que exijam medidas administrativas prévias para a aplicação de modo ordenado; ou

IV - em que não convenha a produção de efeitos antes da edição de ato normativo inferior ainda não publicado.

<sup>18</sup> De acordo com o documento “Cadernos Brasil na OCDE: Compras Públicas”, produzido pelo Ipea (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2021, p. 38), o gasto total com compras governamentais representou 9,4% do Produto Interno Bruto (PIB) total do país em 2019.

No entanto, o legislador optou por uma solução distinta e inusitada. Estabeleceu no art. 194 da lei a vigência imediata e cumulou disposição no art. 191,<sup>19</sup> prevendo que, por dois anos, a Administração poderia contratar pela lei nova ou pela lei antiga, escolhendo expressamente a lei aplicável no edital, no aviso de contratação direta ou no próprio instrumento contratual, vedando a aplicação cumulada da lei nova com as leis antigas.

Teria havido a intenção de promover uma transição suave entre o regime antigo e o novo (SARAI, 2021, p. 1500-1501). Em vez de estabelecer um prazo após o qual todos os processos deveriam seguir uma determinada regra, dispôs-se a possibilidade de se gerar uma familiaridade paulatina e gradual com a nova legislação, iniciando com poucos processos, tornando mais complexas as seguintes até que finalizada a transição com o uso integral do novo sistema.

Há, entretanto, dois fatores que impedem que essa transição ocorra da forma antevista. Por um lado, não existe ainda “nova legislação”: há a lei nova e poucos regulamentos editados sob sua égide, o que levaria o gestor interessado na aplicação imediata tendente a suprir as lacunas com a regulamentação da lei antiga, seja importando-a intencionalmente, seja qualificando-a como “costume administrativo” de forma consciente ou não, como se verá adiante.

Do outro, há incentivos significativos para a aplicação imediata da nova lei, independentemente do ideal de transição gradual e segura entre regimes. Especificamente foram elevados os patamares para dispensa de licitação por pequeno valor: R\$50.000,00 para serviços e compras e R\$100.000,00 para obras e serviços de engenharia, reajustados periodicamente.<sup>20</sup> Isso representa o triplo do limite da legislação anterior, sem uma razão relevante para esse tratamento diferenciado – se usar o regime novo, não precisa licitar por um valor três vezes maior do que se licitar no regime antigo. Sendo a licitação um procedimento demorado e custoso, há um claro incentivo significativo em jogo.

Sobre o primeiro ponto, a admissibilidade da “importação de regulamentos” foi amplamente discutida e não resolvida. Uma corrente argui que a lei tem aplicação imediata, de modo que o esforço deve ser de dar-lhe efetividade, não havendo impedimentos de utilização dos regulamentos editados sob égide da lei antiga, na medida em que aplicáveis.<sup>21</sup>

Já outro entendimento defende que a redação do art. 191, na medida em que veda a aplicação combinada da lei nova com as leis antigas, estende-se aos respectivos regulamentos, pois indissociáveis dos diplomas regulamentados. Também haveria a rejeição da tese da recepção automática dos regulamentos pela nova legislação, na medida em que as leis antigas continuavam em vigor – apenas com a sua revogação, após dois anos, é que se poderia cogitar de tal operação.<sup>22</sup>

A contenda remanesce em vigor, e não há solução à vista para essa divergência. De qualquer modo, ambas as opções, sem o devido cuidado, tendem a levar a uma atuação com pouca segurança jurídica, seja pela contratação com regulamentação insuficiente, a ser suprida pelo costume, seja pela contratação com regulamentação obsoleta. Os incentivos para aplicação da nova lei, já citados acima, forçam a que haja a contratação com a nova legislação e tendem a pressionar para que a transição ocorra em “ondas” e não de forma gradual.

---

19 Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do *caput* do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

20 Dispõe o art. 182 da lei que: “Art. 182. O Poder Executivo federal atualizará, a cada dia 1º de janeiro, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ou por índice que venha a substituí-lo, os valores fixados por esta Lei, os quais serão divulgados no PNCP”. Nesse sentido, já houve a edição do Decreto 10.922, de 30 de dezembro de 2021, que fez a primeira atualização de valores.

21 É o entendimento, por exemplo, da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, conforme Parecer Jurídico 235/2021 - PGDF/PGCONS (DISTRITO FEDERAL, 2021).

22 Sendo essa a conclusão da Advocacia-Geral da União, por intermédio do Parecer 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU (BRASIL, 2021c).

À guisa de exemplo: no meio de 2021, em nível federal, observou-se a realização de inúmeras medidas encadeadas, algumas bem expeditas ou simplificadas, com o objetivo único de viabilizar a realização de dispensas de licitação por pequeno valor sob a égide da nova lei, em razão dos limites mais permissivos.<sup>23</sup>

Houve a liberação de um Portal Nacional de Contratações Públicas em versão inicial “simplificada”,<sup>24</sup> mas que poderia viabilizar tais contratos; o sistema antigo de cotação eletrônica foi rebatizado de dispensa eletrônica para os fins do art. 75, §3º e regulado, ainda que sem todos os mecanismos necessários de início,<sup>25</sup> sendo aperfeiçoada posteriormente; houve a elaboração de modelo de aviso de contratação direta (BRASIL, 2021d), sendo essa a única minuta padronizada existente, em nível federal, sobre a nova lei quando da elaboração desse artigo e, por fim, foi editada, pela Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, a Instrução Normativa 75, de 2021 (BRASIL, 2021a), a qual permite a aplicação de regulamento da lei antiga explicitamente para regular apenas contratações diretas, sem a inserção de disposições novas.

Todas essas medidas foram providenciadas nos meses de julho e agosto de 2021. A produção, desde então, foi muito inferior a esse período, o que leva à suposição de se tratar de medidas para atendimento de uma necessidade premente. Ademais, não há qualquer elemento fático que leve à conclusão de que esse modo de proceder não se repetirá no futuro. Afinal, há outros benefícios da nova legislação: contratação emergencial por um ano, registro de preços por um ano prorrogável por igual período, contratação de aquisições em caráter continuado etc. Havendo um mínimo de viabilidade para qualquer desses instrumentos (uma minuta adequada, a funcionalidade respectiva do sistema etc.), a ausência de outras medidas que não impeçam faticamente tais atos pode vir a ser desconsiderada em prejuízo de uma maior segurança jurídica no proceder da Administração.

Esse tipo de fenômeno sabota a premissa de que a transição seria gradual e racionalmente determinada. Instados pela premência de utilização de um regime mais permissivo, gestores utilizam a nova legislação em tudo aquilo que ela for viável e benéfica. Em tais situações, eventuais lacunas não são estudadas, compreendidas e resolvidas, mas sim preenchidas com a legislação antiga: por importação automática, por importação em razão de um permissivo normativo expresso (“no que couber”) ou por se tratar de costume administrativo. Podem-se cogitar equívocos na atuação do aplicador, mas há de se refletir se qualquer outro, diante das mesmas circunstâncias, iria razoavelmente atuar de modo distinto.

Quanto a esta última possibilidade, algumas observações adicionais devem ser trazidas. A lei nova, por implicar a legalização, total ou parcial, de diversos entendimentos jurisprudenciais e infralegais, abarcou uma nomenclatura familiar a quem trabalha com licitações e contratos. Termos como “documento de formalização de demanda”, “estudos técnicos preliminares”, “plano de contratação anual” ou “gestão de contrato”.

No entanto, a lei nem sempre dá a esses termos o mesmo tratamento que a regulamentação anterior. Ainda assim, os agentes encarregados de tais processos não só passaram vários anos executando atos a partir de uma determinada lógica, mas estão, ainda, de forma concomitante à execução da nova lei, praticando esses mesmos atos com base nos regulamentos antigos.

---

23 Em consulta ao Portal Nacional de Contratações Públicas, no seu primeiro mês de funcionamento (agosto/2021), cerca de 226 dispensas de pequeno valor foram feitas com base na nova lei, do total de 7675 dispensas cadastradas no sistema de compras governamentais (2,9%). Esse número pode parecer baixo, mas a quantidade total contabiliza todas as dispensas, independentemente do fundamento (tanto é que o valor médio é de R\$272.418,11), enquanto que o montante na nova lei é praticamente apenas de dispensa de pequeno valor.

24 <https://www.conjur.com.br/2021-ago-09/ministerio-economia-lanca-portal-nacional-contratacoes-publicas>. Acesso em: 26/2/2022.

25 Vide vídeo de lançamento da instrução normativa respectiva: <https://www.youtube.com/watch?v=6gcFYuQV8PI>. Acesso em: 26/02/2022.

Nas situações em que há lacunas, uma tendência decisória pode se manifestar: o chamado “viés de disponibilidade”.<sup>26</sup> Prefere-se a informação que está mais disponível na memória do agente, atribui-se a ela uma maior importância, que se confunde com correção. Como ele tem o costume de tomar aquele ato de determinada forma e continua a fazê-lo, inconscientemente, ele tende a resgatar essa conclusão sobre como agir e favorecê-la em detrimento de outras possibilidades.

Em outras palavras, o fato de um agente executar concomitantemente processos da legislação anterior e da legislação nova faz ele tender a tomar decisões enviesado pelos mesmos parâmetros, pois serão aqueles disponíveis, sempre em uso. Como os parâmetros da legislação antiga são mais claros e mais estabelecidos, estes serão incorporados, inconscientemente, no modo de agir do servidor, independentemente da esfera normativa.

Por todas essas razões, o art. 191 acaba tendo o potencial de gerar o efeito oposto do que poderia ter sido pretendido. Ao restringir a aplicação combinada às leis e não aos respectivos regulamentos, abre margem à interpretação, a *contrario sensu*, que a admite para estes. Cumulando-se com o art. 194, que traz a vigência imediata, passa a mensagem de que a lei seria aplicável de imediato e, dado o caráter mais benéfico de diversas disposições novas, perde-se eventual racionalidade de uma experimentação gradual.

Por fim, ao admitir um longo período de convivência entre as leis, potencializa o efeito da familiaridade, ou seja, o mesmo agente público irá contratar pelas duas legislações ao mesmo tempo, aumentando a probabilidade de se utilizar, no que a nova lei não regular ou for lacunosa, os processos ou rotinas da legislação antiga de que dispõe e que tem conhecimento, ainda que haja mudanças de contexto que possam tornar não recomendável tal conduta.

Desse modo, chega-se a um impasse. A Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021b) trouxe mudanças de contexto, de princípios. A sua aplicação deve ser, em certa medida, distinta do que ocorria com a legislação anterior. No entanto, o art. 191, na medida em que possibilita o convívio de dois regimes, admite a comunicabilidade entre eles, mesmo estabelecendo uma vedação nesse sentido. O que não se aplicar normativamente, incidirá como costume. O que não for explícito, será implícito. E, nessa operação, aplica-se a nova lei assim como a antiga, incorporando a ela, automaticamente, toda a regulamentação produzida no regime antigo.

Tal modo de proceder atenta contra a segurança jurídica, por mais contraintuitivo que possa parecer, como se passa a tratar.

## 2 Segurança jurídica como previsibilidade quanto ao que fica inalterado e expectativa de impacto da modificação legislativa intencional

A evocação da segurança jurídica, usualmente, vem acompanhada de pleitos de imutabilidade de entendimentos ou de previsibilidade das relações jurídicas. Pouco se fala dela quando o próprio legislador pretende que as práticas sejam modificadas e há uma resistência a que isso ocorra.

---

<sup>26</sup> A ideia do viés ou heurística da disponibilidade é descrita por Daniel Kahneman (2011) da seguinte forma: “Definimos a heurística de disponibilidade como o processo de julgar a frequência segundo a ‘facilidade com que as ocorrências vêm à mente’. [...] A heurística da disponibilidade, como outras heurísticas de julgamento, substitui uma questão por outra: você deseja estimar o tamanho de uma categoria ou a frequência de um evento, mas comunica uma impressão da facilidade com que as ocorrências vêm à mente”. Mais adiante, o mesmo autor traz pesquisa quanto a uma expansão dessa ideia para outros julgamentos além do de frequência, do seguinte modo: “Sustein e um colaborador, o jurista Timur Kuran, inventaram um nome para o mecanismo por meio do qual os vieses fluem para as políticas públicas: a cascata de disponibilidade (*availability cascade*). Eles comentam que, no contexto social, ‘todas as heurísticas são iguais, mas a disponibilidade é mais igual do que as outras’. O que eles têm em mente é um conceito expandido da heurística, em que a disponibilidade forneça uma outra heurística para os julgamentos que não a frequência. Em particular, a importância de uma ideia é muitas vezes julgada pela fluência (e carga emocional) com que essa ideia vem à mente”.

Ainda assim, em tais situações, há demanda por segurança jurídica, para haja a mudança apenas e exatamente naquilo que se pretendia e de um modo nem excessivo, nem insuficiente (muito menos confuso ou disforme). Afinal, não se pode cogitar um sistema jurídico que seja monolítico, imutável e até as mudanças devem ocorrer com algum grau de previsibilidade, em especial quando feitas pelo processo legislativo regular.

Para melhor compreender como incide a segurança jurídica em situações de modificação legislativa, em especial sob o ponto de vista da edição e aproveitamento de regulamentos, serão tratados, nesta seção, duas facetas desse princípio, quais sejam: a previsibilidade da manutenção de conclusões ante a identidade de premissas e a expectativa na existência de mudanças em havendo modificações de tais pressupostos.

Passa-se a cada um desses pontos.

## **2.1 Inovações normativas à luz da lei de introdução às normas do direito brasileiro: a manutenção das conclusões apenas ante a identidade das premissas**

Com o advento da Lei 13.655, de 25 de abril de 2018 (BRASIL, 2018), posteriormente regulamentada pelo Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019 (BRASIL, 2019), a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942) passou a contar com disposições mais abrangentes relacionadas à segurança jurídica no âmbito do direito administrativo, seja na relação entre Administração e administrado, seja entre Administração e os respectivos órgãos de controle externo.

Sob o ponto de vista da atuação administrativa (ou seja, das decisões emanadas de autoridades administrativas ou dos órgãos de controle no caso do art. 24 da mesma lei<sup>27</sup>), a segurança jurídica tem por viga mestra o sistema de precedentes instituído pelo art. 30, o qual, estabelecendo uma série de instrumentos com caráter vinculante, estatui um dever de “aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas”.

A aplicação do Direito não é uma mera operação lógica. Em casos mais difíceis, o elemento de “vontade” ou escolha ganha maior relevância (HART, 2012. p. 15-16). É inerente à decisão jurídica, em qualquer esfera, algum grau de imprevisibilidade quanto mais fluidos forem os termos que regem a situação em questão.

Por essa razão, se a lei é incapaz de estabelecer *a priori* a resposta correta, ela traz ao gestor público o dever de coerência, agindo ele, no caso concreto, decidindo (leia-se: escolhendo) pela melhor opção. Se o administrador decide, possui o dever de manter o entendimento tanto quanto possível, ou enfrentar o ônus argumentativo de justificar uma mudança de posicionamento (MOREIRA; PEREIRA, 2018, p. 261-264). Já se houver a edição de um dos instrumentos de que trata o art. 30 da lei, o gestor encontra-se vinculado em sua atuação: diante das mesmas premissas, segue-se necessariamente a mesma conclusão.

O regulamento compõe uma das formas citadas no art. 30 para “aumentar a segurança jurídica”, vinculando o decisor. A edição do regulamento não é medida obrigatória, de modo que há uma dupla escolha: opta-se pelo entendimento (primeira decisão) e escolhe-se emaná-la em um regulamento a limitar os órgãos subordinados (segunda decisão).

---

<sup>27</sup> Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Quando o presidente edita um decreto, portanto, ele conclui sobre um entendimento a ser seguido e opta por veiculá-lo de modo a enquadrar toda a Administração Pública Federal a ele subordinada. Por ordem superior, ante a situação X, deve-se agir do modo Y – ante as mesmas premissas, segue a mesma decisão.

Entretanto, suponha-se que haja uma mudança nas premissas. Em determinado caso, houve a edição de um decreto (ou de uma súmula administrativa) à luz da lei em vigor, que tratava a situação de uma determinada forma. Posteriormente, modifica-se a lei, alterando o contexto que circunda o decreto editado, ainda que os termos deste remanesçam inalterados. Como seria a aplicação do art. 30?

Como já dito, o artigo em questão estabelece um dever geral de “aumentar a segurança jurídica” (norma-princípio) e um dever específico de vinculação a instrumentos editados (norma-regra). Se muda de modo relevante o conteúdo da lei de regência, modifica-se a premissa jurídica e torna-se inaplicável, naquele ponto, o instrumento editado (regulamento, súmula administrativa, o que seja, conforme art. 30 já citado). Entretanto, mantém-se o dever de segurança jurídica, de coerência.

Por esse dever de coerência e previsibilidade, se o novo regramento tiver natureza oposta ao anterior,<sup>28</sup> o entendimento a ser seguido tenderia a ser igualmente o oposto. Igualmente, se a natureza for similar, o entendimento seria igualmente similar. Tudo isso sem prejuízo de se estabelecer nova interpretação ao tema nos termos do art. 23,<sup>29</sup> seguindo-se o seu regramento.

Nesse sentido, mudanças de contexto são tão importantes na aplicação da segurança jurídica do que situações de permanência. A coerência na aplicação da lei não ocorre somente na aplicação da lei em casos iguais, mas, também, na adaptação de entendimentos a casos diferentes.

Registre-se que, no entender ora esposado, não se está a defender a revogação automática de decretos ante o advento de nova lei. O sistema de precedentes aplica-se ante a identidade de premissas fático-jurídicas e não pela igualdade da identificação dos atos normativos respectivos. Vale dizer, se a previsão normativa é, em essência, a mesma, pouco importa se a lei regente da situação era a lei Z quando da edição do instrumento de vinculação, a qual teria sido substituída pela lei A posteriormente – desde que as premissas fático-jurídicas restem inalteradas.

Considerando o dever geral de “aumentar a segurança jurídica” do art. 30, se a identidade de premissas ocasiona uma identidade de decisões, a diferença dessas premissas tenderia a gerar a distinção de decisões. Não se está a defender, necessariamente, que novos contextos devem implicar em decisões distintas, mas sim que não seria razoável que a vinculação se mantenha em situações não inseridas em seu objeto.

Sendo regulamentos formas de vinculação, nos termos do próprio art. 30 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, a sua manutenção automática ante um contexto potencialmente modificado implicaria justamente na permanência de uma vinculação a conclusões mesmo ante a alteração (sutil ou radical) das premissas. Admitindo que haja um dever de coerência e previsibilidade como decorrência da segurança jurídica, este deveria exigir tanto a aplicação do regulamento (visto como forma de vinculação da decisão) enquanto remanesce a lei quanto o seu abandono quando esta materialmente se alterar, ainda que de forma difusa, contextual, em seus princípios e pressupostos.

---

<sup>28</sup> Se, por exemplo, a súmula enfatizar a necessidade de uma providência por expressa previsão legal e a nova lei dispensá-la expressa ou tacitamente, o entendimento mais “seguro” ou “previsível” poderia ser por aplicar um entendimento que também o faça.

<sup>29</sup> Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Apegar-se a um regulamento potencialmente obsoleto ante a modificação da lei que lhe dá base poderá implicar em usurpação da competência do órgão normatizador, na medida em que atribui a ele uma decisão de vinculação a um entendimento que ele não proferiu (ou ao menos que não fez nesse novo contexto alterado).

Estabelecida a questão sob essa perspectiva, há um segundo ponto decorrente da segurança jurídica que também merece ser tratado, qual seja: a proteção da justa expectativa em novas formas de agir. Sobre essa temática passar-se-á a tratar adiante.

## 2.2 Proteção, pelo Estado, da expectativa de efetividade dos novos regimes legais

Havendo alteração do regime legal, pugnar pela aplicabilidade normativa<sup>30</sup> de um regulamento anterior, e a conseqüente vinculação de entendimentos que isso gera pode implicar desrespeito à competência legislativa do Congresso Nacional, às mudanças por ele empreendidas. Em sentido similar, dizer que o regulamento se aplica “no que couber”, embora possa ser tecnicamente adequado, de modo que se mantenha o que é igual e se reveja o que é diferente, abre margem ao decisionismo a resultar, no caso concreto, na mesma usurpação de competências.

Não existe Direito imutável. Se as palavras não mudam, modifica-se o seu sentido. Pode-se cogitar, em sistemas legais ou constitucionais menos ou mais rígidos, mas todos evoluem com o tempo. Eventual proteção ao já constituído admite mudanças com efeitos prospectivos, atingindo o ainda não constituído. Essa mutabilidade normativa, inerente ao próprio sistema, também é protegida pela segurança jurídica, em especial quando ela decorre de atos legislativos intencionais (NOHARA, 2012, p. 69).

Regida pela regra da legalidade (ou da juridicidade), o ponto de partida da atuação administrativa é a lei (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 100), de modo que a melhor forma de buscar uma mudança no modo de agir da Administração é pela modificação da lei. O legislador, ao modificar uma determinada lei que trata da atuação administrativa, busca que com isso a prática administrativa se modifique e a sociedade em geral confia que isso venha a ocorrer.

Pode ser incompleto falar de função administrativa como sendo meramente aplicar a lei, já que a incidência de princípios e os chamados “casos difíceis” torna tal processo bem mais complexo. No entanto, esta é a premissa geral: a Administração Pública tem como dever a maximização de direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2010, p. 67-68), concretizando normas abstratas, incorporando seus valores, o que inclui ajustes a partir de modificações legislativas (estas precedidas de constatações de fenômenos sociais).

Trazendo isso para o regime de contratações públicas, a nova lei, ainda que mantenha muito do já previsto no regime anterior, trouxe novos “valores” ou deu a valores antigos uma nova ênfase. Há uma maior flexibilidade em algumas cláusulas contratuais, enfatizou-se o controle e a responsabilidade da alta administração na construção de processos internos, busca-se a organização das funções envolvidas no processo de contratação e a indicação de pessoal qualificado para esse fim de forma expressa. Enfim, em diversos momentos, a lei demonstrou uma intenção de modificar ou reforçar, na prática, diversos aspectos da atuação administrativa em contratações públicas.

Ainda que possa ser estranho falar na lei como meramente um emissor de uma “intenção”, sabe-se que sua edição não gera automaticamente uma transformação. No entanto, para a Administração Pública, ser o agente desse processo de desprezo da nova lei viola a segurança jurídica. O poder

---

30 E não meramente por analogia ou como “boa prática”.

a quem incumbe editar a ordem geral criou a lei buscando que haja mudanças, almejando a sua efetividade. É dever da Administração cumpri-la com seus novos contornos. Usar velhos instrumentos para novos processos de modo a envelhecê-los tende ao fracasso (JENKINS, 1998, p. 212) e subverte a expectativa não só de quem editou a lei, mas do público em geral que espera a adequada aplicação da norma.

Tratado, portanto, da segurança jurídica seja pela faceta da previsibilidade, seja a proteção da confiança de mudanças nas práticas administrativas, cabe analisar o modo de aproveitamento de regulamentos feito a nível federal na Instrução Normativa 75/2021, da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia (BRASIL, 2021a), em especial o uso da partícula “no que couber”. É o que se passa a fazer.

### **3 A insegurança da confirmação “no que couber”: o caso da Instrução Normativa 75, de 2021, da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia**

Muito do presente artigo se deu para criticar a incidência automática de forma direta de regulamentos antigos para complementar a aplicação de legislação nova. No entanto, há meios de realizar tal operação de modo indireto, mediante o uso da expressão “no que couber”.

No afã de tornar juridicamente viável a contratação direta com base na nova lei, a Secretaria de Gestão do Ministério da Economia editou a Instrução Normativa 75/2021 (BRASIL, 2021a), a qual serve como o regulamento de que trata o art. 8º, §3º da Lei 14.133/21 (BRASIL, 2021b).

Com apenas três artigos, entre os quais a cláusula de vigência, tal normativo limita-se a autorizar a aplicação de um regulamento antigo (a Instrução Normativa 5/2017) para regular a designação e atuação da gestão e fiscalização contratual em processos de contratação direta da nova lei, bem como a reiterar a possibilidade de consulta a órgãos de assessoramento jurídico, o que já estava previsto na legislação respectiva.

Aparentemente, essa autorização supriria muitos dos impedimentos listados neste trabalho. A autoridade competente, em um juízo de conveniência e oportunidade, teria tomado sua decisão pela manutenção de entendimentos mesmo ante a mudança de premissas. Eventuais modificações de contexto invencíveis implicariam simplesmente no afastamento da legislação antiga por “não cabimento”.

No entanto, não é tão simples. A partícula “no que couber” é bastante elusiva. Como muitas mudanças não são “invencíveis”, mas sim de contexto, fluidas, diversos entendimentos até podem ser mantidos, “cabem” na moldura disposta na lei. Porém, passam a ser bem menos sustentáveis do que eram outrora, ou outros tipos de posicionamentos passam a ser mais estimulados pela lei, o que modifica o ônus argumentativo para determinadas decisões. Se for para atender à expectativa na mudança de práticas ante à modificação legislativa, o referendo irrestrito ao que se fazia anteriormente é insuficiente.

Afinal, para fins de aplicação da instrução normativa, uma norma que, embora possível na nova lei, passa a ser de mais difícil sustentação continua sendo “cabível”? Por exemplo, o pagamento na lei antiga deveria ocorrer no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sendo essa disposição transplantada para a Instrução Normativa 5/2017 (BRASIL, 2017b). Na nova lei, o pagamento não mais possui prazo máximo pré-definido e, ademais, como já visto, o sistema enfatiza mais a forma de pagamento para compras mais próxima do sistema privado. No caso, embora em tese juridicamente possível, caberia a extensão da regra da Instrução Normativa 5/2017, feita para serviços em um contexto distinto, para compras na nova lei?

A própria extensão irrestrita das disposições de uma instrução normativa feita para serviços a aquisições exemplifica bem o que se está a argumentar. Pode ser juridicamente admissível que um contrato de aquisição contenha equipe de planejamento, equipe de fiscalização, fiscal e gestor em pessoas distintas e rotinas específicas para recebimento provisório e definitivo. Mas tais providências, mesmo na legislação antiga, podem se mostrar excessivas em contratos de aquisição. Afinal, o que caberia importar? O que cartesianamente for possível ou o que for razoável?

Além disso, há um segundo complicador que dificulta até discernir o que poderá ser trazido da Instrução Normativa 5/2017. O termo “fiscalização” é razoavelmente tratado na nova lei e ele próprio possui significado específico. No entanto, o termo “gestão”, não goza da mesma qualidade e sua multiplicidade de significados gera, igualmente, uma variedade de conclusões possíveis quanto ao que será ou não trasladado para a aplicação da nova lei.

O texto legal não traz uma conceituação propriamente dita, mas traz alguns indícios, não necessariamente coerentes entre si. O art. 6º, inciso XXIII, “f” aborda o modelo de gestão do contrato como o que “descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade”. O art. 18 não fala em modelo de gestão, mas fala em pagamento, execução e regime de fornecimento – seriam elementos distintos da gestão ou não necessariamente? O art. 25, ao listar os elementos que devem estar presentes em um edital, lista de forma separada fiscalização, gestão, entrega do objeto e condições de pagamento. O art. 40, §3º, inciso I, dispõe que o aumento de custos com “gestão de contratos” pode ser razão para não adoção do parcelamento, o que dá a esse termo um caráter mais amplo do que nas previsões anteriores. Por fim, o art. 92, ao tratar das cláusulas obrigatórias do contrato, aborda em incisos separados o modelo de gestão, os prazos de recebimento, os critérios de medição e as condições e prazos de pagamento.

Dessa amálgama de referências dificilmente se extrai um conceito único. A remissão do art. 6º aparenta tratar a gestão de modo restritivo, relacionando-a diretamente com o conceito de fiscalização (ao ponto de se indagar qual seria a distinção), enquanto o art. 25 separa ambos os conceitos. O art. 40 é extremamente amplo, já que medidas que envolvem pagamento, aditamento, fiscalização, penalização etc. seriam passíveis de se enquadrarem como razões para maiores custos, enquanto a maior parte desses pontos está em incisos diferenciados do art. 92. Simplesmente não há solo firme o suficiente para construir um entendimento minimamente seguro.

Por fim, a própria Instrução Normativa 5/2017 (BRASIL, 2017b), traz uma caracterização do que seria gestão da execução do contrato nos seus arts. 39 e 40.<sup>31</sup> O primeiro define gestão e fiscalização como sendo “o conjunto de ações que tem por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os serviços contratados”, incluindo regularidade da habilitação e instrução processual e encaminhamento de documentação ao setor de contratos quanto a demandas de “reperactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outras”. Nesse espectro amplo, a gestão seria a coordenação de tais atividades, enquanto a fiscalização representaria o acompanhamento material em si.

Por outro lado, a organização da Instrução Normativa traz um direcionamento distinto. Dentro do capítulo da Instrução Normativa intitulado “gestão do contrato”, estão inseridas disposições sobre acompanhamento e fiscalização, recebimento provisório e definitivo, vigência e prorrogação, alteração dos contratos, reperactuação e reajuste, retenção de garantia, pagamentos, sanções e encerramento contratual. Os anexos respectivos referenciados nos dispositivos deste capítulo regulam não só as ações de fiscal e gestor na instrução prévia dos procedimentos para o “setor de contratos”, mas também a forma de atuação deste.

---

<sup>31</sup> Vale registrar a circularidade de se utilizar de um conceito da Instrução Normativa 5/2017 para se verificar se ela própria é aplicável. No entanto, ante a inexistência de resposta clara na origem, teve-se de fazer uso dessa opção.

Daí surge outra dificuldade. Decidindo-se utilizar a definição de gestão contratual da Instrução Normativa 5/2017, importar dispositivos contidos no capítulo “Gestão do Contratual”, gera-se um resultado distinto do que fazê-lo apenas para as previsões que se amoldem na definição de gestão da execução do contrato dos arts. 39 e 40.

Disso tudo se desenha a árvore de incertezas gerada pela Instrução Normativa 75/2021 (BRASIL, 2021a). Suponha-se que a Administração, diante de um contrato de aquisição de bens a ser firmado por dispensa de licitação, depara-se diante do item 4, “b” do anexo XI da Instrução Normativa 5/2017. Esse dispositivo dispõe que o prazo de pagamento é de 30 dias contados do recebimento da nota fiscal ou fatura e sua incidência traria um limite máximo para o prazo de pagamento não previsto na nova lei.

A partir do conceito de gestão contratual da lei, há múltiplos resultados: a leitura do art. 25 levaria a incluir tal disposição, enquanto as demais referências poderiam gerar o resultado inverso. Sob a ótica da categorização feita pela própria Instrução Normativa 5/2017, o resultado também é dúbio, já que o anexo onde tal disposição se encontra está referenciado no art. 67, o qual compõe o capítulo “Da Gestão Do Contrato” e, por outro lado, não se refere à medida incluída no conceito dos arts. 39, 40, já que não comporá ação de competência de gestor ou fiscal.<sup>32</sup> Por fim, mesmo se ultrapassadas essas barreiras, concluindo-se pelo “cabimento”, ainda resta o exame de compatibilidade de conteúdo, seja por haver transferência de normas de serviços para compras<sup>33</sup>, seja pela distinção entre o regime anterior e o novo.

Esse panorama atenta contra a segurança jurídica vista das formas analisadas neste trabalho. Não se preserva a previsibilidade ante a identidade de premissas, haja vista que o uso de múltiplas expressões elusivas (no que couber, gestão contratual) como chave para o uso de regulamentação anterior dificulta a própria diferenciação dos casos similares daqueles distintos.

Já no que concerne à proteção da confiança de que haverá mudança de práticas ante a modificação legislativa, note-se que a prática de atrair a extensa regulamentação da Instrução Normativa 5/2017 a um cenário de elevadas incertezas, em que, em paralelo, práticas “antigas” remanescem sendo feitas pelas mesmas equipes, leva ao elevado risco de manutenção das mesmas rotinas de trabalho, dado o viés da disponibilidade, inclusive nos casos em que, sob o ponto de vista estritamente jurídico, uma alteração era devida.

## Conclusão

Em termos de regime intertemporal, a Lei 14.133/2021 (BRASIL, 2021b) trouxe uma série de desafios de difícil resolução. Seu art. 191, ao estimular o uso concomitante das duas legislações, em conjunto com a presença de benefícios pontuais para a transição ao novo regime, tais como o novo limite de dispensa e o período mais longo de vigência de emergencial e de registro de preços, acaba por incentivar um estado de coisas em que a nova lei é aplicada sem a adequada preparação da Administração Pública e a utilização de normas e práticas da legislação antiga para suprimento de lacunas, por incidência normativa ou por costume.

Ao publicar toda uma nova lei para tratar do regime de contratações públicas, o legislador passa uma mensagem, uma intenção de modificação de práticas administrativas. Em concreto, a lei mudou muito pouco, foi bem menos ousada do que poderia. Entretanto, ela alterou sim

---

<sup>32</sup> A eles caberá fiscalizar e receber o objeto, mas o pagamento ocorrer pelo setor financeiro.

<sup>33</sup> Atenuado neste caso por ser repetição de norma originariamente decorrente de lei.

diversos pontos, trazendo novos regramentos e outras premissas de contexto da qual deverá partir o gestor público.

A decorrência lógica dessa modificação legislativa, por um imperativo de segurança jurídica, deve ser a mudança das práticas administrativas na mesma medida. Mantendo-se as premissas, segue-se a mesma prática do regime anterior. No entanto, se houve mudança relevante nas premissas adotadas, é decorrência lógica que a prática deve também ser modificada.

Ademais, na medida em que inaugurado um novo regime, há justa expectativa, seja do legislador, seja do próprio administrado, de que a nova lei implique mudança na prática administrativa. Pautada pela juridicidade, à Administração Pública não é conferido o direito de minar a efetividade da nova lei.

Estimular o uso de regulamentos antigos, por raciocínios jurídicos, costumes ou até por novos atos que admitem essa importação geral e imprecisa “no que couber”, vão de encontro a essa lógica. A incidência de regulamentos antigos como modo de vinculação de decisões em um novo regime molda-o para ser a imagem e semelhança do antigo.

O novo regime, que já nasceu defasado, envelhece a olhos vistos quando aplicado com as lentes do antigo. A intenção de rejuvenescimento das práticas administrativas, ainda que tímida na nova lei, deve ser respeitada, ou então correr-se-á o risco de se ter uma lei nova que não pega por sabotagem do próprio agente que tem, pretensamente, por guia a regra da legalidade: a Administração Pública.

## Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017**. Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 de novembro de 2017. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9191.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9191.htm). Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de junho de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm). Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/delo200.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/delo200.htm). Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 de setembro de 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Secretaria de Gestão. **Instrução Normativa nº 2, de 6 de dezembro de 2016**. Dispõe sobre a observância da ordem cronológica de pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, no âmbito do Sistema de Serviços Gerais - Sisg. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acao-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-2-de-6-de-dezembro-de-2016>. Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Secretaria de Gestão. **Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017**. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acao-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-Atualizada>. Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Secretaria de Gestão. **Instrução Normativa SEGES/ME nº 75, de 13 de agosto de 2021**. Estabelece regras para a designação e atuação dos fiscais e gestores de contratos nos processos de contratação direta, de que dispõe a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acao-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-75-de-13-de-agosto-de-2021>. Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Ministério do Planejamento. **Instrução Normativa Conjunta nº 1, de 10 de maio de 2016**. Dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de maio de 2016. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm). Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 de junho de 1993. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm). Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 de abril de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13655.htm). Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º de abril. 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm). Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Orientação Normativa nº 3, de 1º de abril de 2009**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 146, n. 66, p. 13, 7 de abril de 2009.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer n. 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU**. Análise jurídica de condicionamentos e requisitos para possibilidade de utilização da Lei nº 14.133/21 como fundamento para embasar licitações e/ou contratações. Necessidade de traçar um panorama de eficácia da lei para priorização dos modelos a serem elaborados e do cronograma para tanto. Brasil: Advocacia-Geral da União, 14 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/wp-content/uploads/2021/06/Parecer-2-2021-CNMLC-CGU-AGU-Aplicac%CC%A7a%CC%830-da-Lei-14133-1-1.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2022.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Modelo de Aviso de Dispensa Eletrônica**. Brasil: Advocacia-Geral da União, agosto de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/modelos/licitacoesecontratos/AvisodeDispensaEletrnica.docx>. Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Manual de Orientações Técnicas da Atividade de Auditoria Interna Governamental do Poder Executivo Federal**. Brasil: CGU, 2017. Disponível em: [https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/64815/3/Manual\\_de\\_orientacoes\\_tecnicas\\_2017.pdf](https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/64815/3/Manual_de_orientacoes_tecnicas_2017.pdf). Acesso em: 26 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 140/2007 - Plenário**. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A140%2520ANOACORDAO%253A2007/DTRELEVANCIA%2520odesc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520odesc/1/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A140%2520ANOACORDAO%253A2007/DTRELEVANCIA%2520odesc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520odesc/1/%2520). Acesso em: 26 fev. 2022

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1297/2015 - Plenário**. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A1297%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520odesc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520odesc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1297%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520odesc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520odesc/0/%2520). Acesso em: 26 fev. 2022

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 4227/2017 – Primeira Câmara**. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A4227%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520odesc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520odesc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A4227%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520odesc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520odesc/0/%2520). Acesso em: 26 fev. 2022

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1278/2020 – Primeira Câmara**. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A1278%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520odesc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520odesc/2/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1278%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520odesc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520odesc/2/%2520). Acesso em: 26 fev. 2022

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2524/2021 – Plenário**. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A2524%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520odesc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520odesc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2524%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520odesc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520odesc/0/%2520). Acesso em: 26 fev. 2022

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 18587/2021 – Primeira Câmara**. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A18587%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520odesc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520odesc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A18587%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520odesc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520odesc/0/%2520). Acesso em: 26 fev. 2022

DISTRITO FEDERAL. Procuradoria-Geral do Distrito Federal. **Parecer Jurídico n.º 235/2021 - PGDF/PGCONS**. Constitucional. Administrativo. Lei n. 14.133/2021. Lei n. 8.666/93. Portal

Nacional de Contratações Públicas - PNCP. Inexistência. Vigência e Eficácia da Lei. Brasília, DF: Procuradoria-Geral do Distrito Federal, 17 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.olicitante.com.br/wp-content/uploads/2021/06/DF-Parecer-nll.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

HART, H L A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Cadernos Brasil na OCDE: Compras Públicas**. Brasil: IPEA, 2021. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/210707\\_cb\\_ocde\\_compras\\_publicas.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/210707_cb_ocde_compras_publicas.pdf). Acesso em: 26 fev. 2022.

JENKINS, Kate A Reforma do Serviço Público no Reino Unido in PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter K; Fundação Getúlio Vargas. **Reforma do estado e administração pública gerencial**. 2.ed. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: Duas formas de Pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. E-book.

MINISTÉRIO da Economia lança Portal Nacional de Contratações Públicas. Revista Consultor Jurídico, 9 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-09/ministerio-economia-lanca-portal-nacional-contratacoes-publicas>. Acesso em: 26 fev. 2022.

MOREIRA, E. B.; PEREIRA, P. P. **Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica**. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], p. 243–274, 2018. DOI: 10.12660/rda.vo.2018.77657. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657>. Acesso em: 28 fev. 2022.

NOHARA, Irene. Ensaio sobre a Ambivalência da Segurança Jurídica nas Relações do Estado em: MARRARA, Thiago (org.) **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

**NOVA Instrução Normativa Sobre a Dispensa Eletrônica**. Produção: Secretaria de Gestão do Ministério da Economia. Brasil: Ministério da Economia, 2021. 1 vídeo (1h34min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6gcIYuQV8PI>. Acesso em: 26 fev. 2022.

OECD (2021), **Fighting Bid Rigging in Brazil: A Review of Federal Public Procurement**. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/fighting-bid-rigging-in-brazil-a-review-of-federal-public-procurement.htm>. Acesso em: 26 fev. 2022.

SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/21 Comentada por Advogados Públicos**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da, **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

# Open Banking e *Know Your Customer*: impactos da LGPD na veracidade de cadastros compartilhados pelas instituições financeiras

Alessandro Fernandes\*

João Zani\*\*

*Introdução. 1 Open Banking e Lei Geral de Proteção de Dados. 2 Compartilhamento de cadastros e riscos para instituições financeiras. 3 Lavagem de dinheiro. 4 Metodologia. 5 Análise dos resultados. 5.1 Agenda BC# e LGPD. Considerações finais. Referências.*

## Resumo

Uma das estratégias de combate ao crime organizado é o *Follow the money*, cabendo às instituições financeiras o papel de notificar autoridades públicas sempre que tomarem conhecimento de operações suspeitas. Porém, possibilitar o compartilhamento de cadastros entre as instituições impõem um novo desafio, uma vez que essas disrupções exigem uma maior complexidade dos regulamentos atuais, aumentando a dificuldade de precisar os riscos relacionais e a missão de criação e aplicação de normas antilavagem. Dessa forma, o problema de pesquisa que move este estudo é: o compartilhamento de dados bancários não pode fragilizar o processo de *Know Your Customer*? Buscamos, ainda, analisar o impacto da política de compartilhamento de dados proposta e sua relação com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). O presente trabalho se conduziu como uma pesquisa de campo, com abordagem exploratória e de natureza qualitativa, buscando a identificação dos riscos e sua mitigação através da confecção de matriz de risco. Percebeu-se que a adoção do Open Banking não terá esse impacto no processo de análise e detecção dos indícios da lavagem de dinheiro; pelo contrário, requererá a adoção de medidas adicionais de controle. Porém, analisando cada um dos pontos de atenção em função da implementação do Open Banking, percebemos que nenhum dos cenários tende a inviabilizar os procedimentos atuais de controle, devendo focar nos pontos de atenção detectados e nas medidas necessárias para sua mitigação, não podendo a instituição receptora de dados cadastrais abster-se de realizar medidas de dupla verificação para garantia da veracidade e integridade das informações compartilhadas.

**Palavras-chave:** Lavagem de dinheiro. Instituições financeiras. Privacidade. Proteção de dados.

---

\* Mestre em Gestão e Negócios pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0356-2565>.

\*\* Doutor em Administração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3096-2898>.

## *Open Banking and Know Your Customer: impacts of the LGPD on the validation process of the records shared by financial institutions*

### *Abstract*

*One of the strategies to fight organized crime is Follow the money, with financial institutions having the role of notifying public authorities whenever they become aware of suspicious transactions. However, enabling the sharing of registers between institutions poses a new challenge, since these disruptions demand greater complexity of current regulations and increase the difficulty of specifying relational risks, making the mission of creating and applying anti-washing rules even more difficult. Thus, the research problem that drives this study is: can sharing bank data weaken the “Know your customer” process? We also seek to analyze the proposed data sharing policy impact and its relationship with LGPD. This paper was conducted as field research, with an exploratory and qualitative approach, seeking to identify risks and their mitigation through the creation of a risk matrix. As results, it was revealed that the adoption of Open Banking will not have impact on the analysis process and detection of money laundering signs; on the contrary, it will require the adoption of additional control measures. However, analyzing each one of the points of attention due to the Open Banking implementation, we realize that none of the scenarios tend to make the current control procedures unfeasible. They must focus on the detected points of attention and the necessary measures for their mitigation, in a way that the institution that receives this data cannot refrain from performing double verification measures to guarantee the shared information veracity and integrity.*

**Keywords:** Money Laundry. Financial Institution. Privacy. Data Protection.

### **Introdução**

Uma das estratégias de combate ao crime organizado é a denominada *Follow the Money*, ou seja, seguir o dinheiro, identificar seus caminhos, bloquear bens e fazer com que a entidade delitiva morra de inanição, sem dinheiro para pagar seus membros ou funcionários públicos cooptados, uma vez que o dinheiro é a alma de qualquer organização criminoso (BADARÓ; BOTTINI, 2016). Esse rastreamento da origem dos recursos é necessário, já que o dinheiro não denota sua origem, valendo a máxima *pecunia non olet*.

Para controlar todos os atos financeiros e comerciais usados para mascarar diversos bens, o Brasil adotou um sistema de *colaboração compulsória entre o setor público e o privado*, em que profissionais e entidades que trabalham em setores mais usados por criminosos para ocultação de recursos devem notificar autoridades públicas sempre que tomarem conhecimento de operações suspeitas, como transações com altos valores em espécie ou depósitos fracionados. Esses setores são caracterizados com *gatekeepers* (torres de vigias), uma vez que atuam em setores econômicos que servem de trilha para o capital oriundo dos delitos antecedentes (BADARÓ; BOTTINI, 2016).

O termo *Know Your Customer* (KYC) diz respeito a uma das atividades mais difíceis de serem realizadas *on-line*: certificar-se de que a pessoa do outro lado da rede é realmente quem ela diz ser. Essa dificuldade deriva de um problema de *design* da própria internet, que consegue facilmente identificar o endereço das máquinas que estão ligadas a ela, mas não a identidade das pessoas que estão por trás dessas máquinas (LEMOS, 2019).

Esse princípio expressa ainda a necessidade de as instituições financeiras determinarem a verdadeira identidade de seus clientes e implementarem mecanismos para verificar sua boa-fé, configurando-se como uma linha mestra da política de aceitação de clientes de uma instituição. Convém frisar que essa obrigação não se confunde com a análise creditícia, ficando esta última a cargo da área de crédito (CALLEGARI; WEBER, 2017; CORDERO, 2001).

Por essas razões, a presente investigação busca analisar o impacto que a política de compartilhamento de dados proposta pelo Open Banking e a sua relação com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) terão no processo de KYC – etapa vital no processo de análise e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro por parte das instituições bancárias.

## 1 Open Banking e Lei Geral da Proteção de Dados

O Open Banking é um catalisador e habilitador de novos negócios, por meio da criação ou expansão de ecossistemas digitais, podendo ser definido como um modelo colaborativo no qual os dados bancários são compartilhados por meio de *Application Programming Interface* (APIs) entre duas ou mais partes não afiliadas, para fornecer recursos aprimorados ao mercado (BRODSKY; OAKES, 2017).

É relevante destacar que o Open Banking não se constitui como uma inovação tecnológica como *blockchain*, *smart contracts*, *big data*, *machine learning* ou *deep learning*, e sim como a forma pela qual as relações econômicas estão se estruturando no âmbito dos mercados, ainda que essas alterações decorram fundamentalmente das transformações tecnológicas (TRINDADE, 2021).

Seu fundamento reside na abertura e no compartilhamento de dados e informações de negócio por meio de APIs abertas, permitindo que desenvolvedores de terceiros criem aplicativos e serviços em torno de serviços financeiros. Assim, possibilita-se a abertura dos sistemas bancários, com a introdução de aplicações de interface entre os bancos de dados das instituições financeiras e a rede externa, permitindo a atuação de terceiras empresas como intermediárias entre os bancos e seus clientes (GOETTENAUER, 2018), tendo seu fundamento legal já vislumbrado na própria LGPD, em seu art. 18, inciso V (TRINDADE, 2021), *in verbis*:

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito de obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

(...)

V- a portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial (BRASIL, 2018).

O modelo de Open Banking está diretamente associado a duas normativas jurídicas estrangeiras. Uma delas é a Diretiva 2015/2366 (UE, 2015) da União Europeia, responsável por alterar a regulação do sistema financeiro de pagamentos na Europa (*Second Payment System Directive – PSD2*) e determinar a adoção de padrões tecnológicos pelos agentes de mercado que atuam nesse ramo; enquanto a segunda normativa trata da decisão da autoridade concorrencial britânica, dirigida aos principais atores do mercado financeiro do país, buscando interferir diretamente na estrutura tecnológica das instituições bancárias e na elevada taxa de concentração bancária (GOETTENAUER, 2018).

A experiência internacional na adoção do Open Banking foi ressaltada pelo Banco Central no Voto 73/2019, que trata da exposição de motivos de sua regulamentação, conforme pode ser percebido pelo trecho abaixo transcrito:

O tema *Open Banking* tem-se destacado mundialmente no contexto das inovações introduzidas no setor financeiro. Reguladores de algumas jurisdições, como a União Europeia, Hong Kong e Austrália, identificaram a necessidade de intervenção regulatória para tratar o assunto, de forma a assegurar o alcance de seus objetivos específicos, como promover a inovação, aumentar a competição e proteger o consumidor (BACEN, 2019, p. 4).

Segundo expectativas do Banco Central, as iniciativas de Open Banking podem fazer com que, ao compartilhar as informações mantidas por bancos incumbentes para outras instituições financeiras, acabem por proporcionar melhores produtos e serviços financeiros, aumentando a eficiência do sistema bancário e a competição no setor (DAMASO, 2019; ORNELAS, SILVA, VAN DOORNIK, 2020), bem como reforçando um princípio consagrado na recém-aprovada LGPD: o dono dos dados é o indivíduo. Dessa forma, seria aplicado o trinômio portabilidade-interoperabilidade-proteção de dados pessoais, garantindo e estimulando a concorrência do mercado financeiro sem fragilizar a privacidade dos dados pessoais (TRINDADE, 2021).

O primeiro projeto de regulamentação envolvendo questões do mundo *online* foi apresentado em 2009 e ficou conhecido como o Marco Civil da Internet, que foi posteriormente transformado em lei, em 2014. Apesar de possuir foco diferente da LGPD, foi pioneiro na delimitação de direitos e deveres para usuários e fornecedores de serviços na internet, estabelecendo diretrizes para a atuação do governo brasileiro perante o assunto. No final de 2010, surgiram as primeiras propostas de criação de uma regulamentação específica para atividades envolvendo o uso e armazenamento de dados pessoais.

Por sua vez, em 2015, o governo federal realizou um debate público com vários setores da sociedade, que resultou na elaboração do primeiro Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais, com clara inspiração no texto da *General Data Protection Regulation* (GDPR) (LORENZON, 2021). O projeto buscou estabelecer uma relação de proteção de direitos e garantias fundamentais da pessoa natural, mediante a harmonização e atualização de conceitos, mitigando riscos e estabelecendo regras bem definidas sobre o tratamento de dados pessoais (MALDONADO; BLUM, 2020).

Para uma compreensão ampla dessa legislação, é *mister* resgatar os fundamentos previstos em seu artigo 2º:

Art. 2º. A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (BRASIL, 2018).

A lei ainda prevê a necessidade de se observar a boa fé e os princípios da finalidade, da adequação, da necessidade, do livre acesso, da qualidade dos dados, da transparência, da segurança, da prevenção, da não discriminação e da responsabilização e prestação de contas no tratamento de dados, e é organizada em torno de cinco eixos estruturantes, em que se articula a proteção do titular de dados: i) unidade e generalidade da aplicação da LGPD; ii) legitimação para o tratamento de dados (hipóteses autorizativas); iii) princípios e direitos do titular; iv) obrigações dos agentes de tratamento de dados; v) responsabilização dos agentes (CHAVES, 2021; QUINTIERE, 2019).

## 2 Compartilhamento de cadastros e riscos para instituições financeiras

O processo de armazenar informações de seus clientes, chamado de KYC (conheça seu cliente), é uma das principais obrigações estabelecidas na Lei 9.613, de 3 de março de 1998, conforme é possível perceber pela leitura do Artigo 10º, I:

Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

I - Identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes;

(...) (BRASIL, 1998).

O cumprimento dessas exigências tem configurado um grande desafio para as instituições financeiras, conforme explicita o trecho abaixo colacionado:

A manutenção do cadastro atualizado tem sido um grande desafio para as instituições de modo geral, e especialmente para aquelas que têm um grande número de clientes, parte deles inativos que poluem a base de dados e cuja localização é indefinida (RIZZO, 2016, p. 153).

A vinculação de uma instituição financeira, ainda que inadvertida, com esquemas criminosos que utilizam suas estruturas para o episódio de um crime (como o de lavagem de dinheiro), pode implicar sérios prejuízos, muito além dos efeitos financeiros. Sua reputação sofrerá abalos por ter participado da legalização de recursos provenientes de atividades ilícitas, imputando a reputação de permissividade e tolerância com clientes inidôneos. Por esse motivo, foram tomadas medidas cabíveis a fim de prevenir administrativamente a ocorrência destes ilícitos, sob pena de terem sua credibilidade afetada no mercado ou ainda sofrerem pesadas sanções (CALLEGARI; WEBER, 2017; RIZZO, 2016).

## 3 Lavagem de dinheiro

Lavagem de dinheiro é um processo por meio do qual são introduzidos no sistema econômico recursos advindos de atividades ilegais e criminosas, por meio de artifícios que escondem e dissimulam sua origem, afastando-os de seu passado ilícito. Esse processo envolve a realização de um conjunto de operações comerciais ou financeiras que visam dar aparência lícita a esses valores, iniciando na ocultação simples de sua origem e encerrando com seu retorno ao sistema comercial ou financeiro com aspecto legítimo (BADARÓ; BOTTINI, 2016; RIZZO, 2016; SILVA; MARQUES; TEIXEIRA, 2011).

A Lei 9.613/1998 (BRASIL, 1988), dispõe sobre o crime de lavagem e prevenção da utilização do sistema financeiro para dar aparência lícita para recursos provenientes das atividades ilícitas. Com o advento da lei, o crime de lavagem somente era considerado se houvesse a incidência de algum dos chamados crimes antecedentes arrolados pelo art. 1º da Lei 9.613/1998, em uma relação exaustiva, aplicando o princípio da taxatividade (BRASIL, 1996). Porém, a Lei 12.683, de 9 de julho de 2012 (BRASIL, 2012), extinguiu esse rol, passando a considerar qualquer delito praticado como crime antecedente (ORTIGARA; GUARANI, 2014).

Quanto mais complexa a operação contábil e mais sofisticada a engenharia financeira, maiores as chances de impunidade. Por esse motivo, diversos grupos criminosos têm tido predileção pelo sistema financeiro, especialmente o internacional, e pelos serviços de profissionais provenientes das mais diversas áreas de conhecimento, de forma a conferir aparência de legalidade a condutas que, em verdade, embutem um ou mais delitos (DE GRANDIS, 2011). Assim, a luta eficaz contra esse ilícito passa necessariamente pela capacidade das instituições financeiras de proceder com eficácia na identificação das pessoas que realizam movimentações, ou de seus representantes, se for o caso (CORDERO, 2001).

É nesse sentido a reflexão de Callegari e Weber (2017, p.22), abaixo transcrita:

As instituições financeiras tradicionais representam o caminho natural e mais conhecido para transferência de dinheiro, e por esse motivo são os mais fiscalizados. Uma vez que as próprias instituições temem ser um instrumento de lavadores, elas passam a adotar as medidas cabíveis a fim de prevenir administrativamente a ocorrência destes casos, eis que correm o risco de caso deflagrada alguma investigação dos órgãos de controle, perderem credibilidade no mercado ou sofrerem alguma sanção.

O delito da lavagem de dinheiro parte da ideia de que o agente que busca proveito econômico na prática criminosa precisa confundir a origem dos valores, buscando, assim, desvinculá-lo de sua procedência delituosa, conferindo-lhe uma aparência lícita, a fim de poder aproveitar os ganhos ilícitos (BALTAZAR, 2012).

## 4 Metodologia

O presente trabalho, em função de seus objetivos, conduziu-se como uma pesquisa de campo, com abordagem exploratória e de natureza qualitativa, utilizando como instrumento de coleta de dados a aplicação de entrevistas semiestruturadas com autoridades financeiras e policiais responsáveis pela detecção e prevenção dos indícios da ocorrência do ilícito de lavagem de dinheiro. O tratamento desses dados se deu com base na análise de conteúdo.

A pesquisa documental se aproxima da pesquisa bibliográfica, residindo sua diferença na natureza das fontes. Enquanto a pesquisa bibliográfica foca em contribuições de diversos autores sobre um tema, a pesquisa documental recorre a documentos que ainda não receberam tratamento analítico (OLIVEIRA, 2007).

Neste trabalho, propomo-nos a uma análise da legislação pertinente aos temas centrais: o processo de KYC imposto às instituições financeiras no combate e na detecção do ilícito de lavagem de dinheiro e as determinações da LGPD, bem como a regulamentação das práticas de Open Banking.

Construímos, por fim, uma matriz de risco, identificando e valorando as possíveis fragilidades apontadas nesta análise, uma vez que a identificação de possíveis riscos é um pré-requisito para um eficiente gerenciamento e mitigação de seus danos (KAPLAN; LEONARD; MIKES, 2020).

## 5 Análise dos resultados

Foram realizadas onze entrevistas semiestruturadas para a produção deste estudo. O detalhamento da experiência profissional dos entrevistados no tema consta na Tabela 1.

Tabela 1- Detalhamento dos respondentes

Respondente 1	Auditor da CGU desde 2006, exercendo cargo de coordenação junto à Secretaria de Combate à Corrupção, e atualmente membro titular do Coaf.
Respondente 2	Funcionário da CVM, vinculado ao Núcleo de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo, e atualmente membro titular do Coaf e Enccla.
Respondente 3	Advogado vinculado a instituição financeira pública de atuação nacional e integrante de Grupo de Trabalho dedicado à adoção do Open Banking. Possui publicações nas áreas de Open Banking e de Política de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e participou da elaboração das recomendações da Febraban, no processo de Consulta Pública 73/2019.
Respondente 4	Funcionário BC, ocupando atualmente gerência adjunta no Departamento de Supervisão de Conduta – órgão responsável pela supervisão dos procedimentos de PLD nas instituições financeiras.
Respondente 5	Funcionária com seis anos de atuação na área de prevenção à lavagem de dinheiro, atualmente exercendo a função de coordenadora no acompanhamento de clientes PPE em uma instituição nacional. Trabalhava originalmente em uma instituição financeira de caráter internacional que foi adquirida pelo seu atual empregador.
Respondente 6	Funcionário ocupando cargo de gerência-executiva em um banco público de abrangência nacional, com dezoito anos de experiência na prevenção à lavagem de dinheiro e desenvolvendo, ainda, a função de DPO nessa instituição. Ocupou anteriormente o cargo de diretor do Coaf por onze anos e realizou avaliação de aderência a regulamentos do Gafi no exterior.
Respondente 7	Funcionária que desempenha a função de coordenadora de prevenção à lavagem de dinheiro em uma <i>fintech</i> (atuação na área de conta de pagamentos). Anteriormente, desempenhou a função de coordenadora de <i>compliance</i> em uma <i>fintech</i> , com área de atuação na comercialização de criptomoedas.
Respondente 8	Funcionário de banco público de abrangência regional, trabalhando há doze anos na prevenção à lavagem de dinheiro e ocupando a gerência do setor há seis anos.
Respondente 9	Funcionário com vinte anos de experiência no setor bancário, ocupando há quatorze anos o papel de coordenador de prevenção à lavagem de dinheiro em um grande banco de atuação nacional.
Respondente 10	Procurador federal com 25 anos de vínculo com o MPF, ex-membro da Enccla. Responsável pela coordenação da equipe do gabinete do procurador-geral da República nos assuntos ligados à lavagem de dinheiro da Lava Jato com as pessoas detentoras de prerrogativa de foro.
Respondente 11	Advogado da AGU desde o ano de 2005, com atuação vinculada ao Departamento de Patrimônio e Improbidade. Atualmente membro titular do Coaf. Leciona disciplina vinculada a “acordo de leniência” no Programa de Pós-Graduação da FGV Rio.

Fonte: Elaborado pelos autores.

## 5.1 Agenda BC# e LGPD

A Agenda BC# é uma reformulação do projeto Agenda BC+, iniciado em 2016, acrescentando novas dimensões e fortalecendo as anteriores, visando à queda no custo do crédito, à modernização da lei e à eficiência no sistema e, dessa forma, mirando um sistema financeiro mais inclusivo, competitivo e transparente (CAMPOS NETO, 2020), em um processo que não impacta necessariamente de forma negativa a dinâmica de análise e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro pelas instituições financeiras, conforme bem frisou o Respondente 1.

A digitalização, na verdade, ela facilita a fiscalização, porque eu passo a conseguir também usar a máquina para fiscalizar, então, nesse sentido, uma inovação, como o PIX, por exemplo, é genial, tá? Agora, o processo de desbancalização em si, e com o uso menor do dinheiro, na verdade, traz para gente até um benefício, porque o uso de dinheiro em espécie é que costuma ser um dos maiores entraves para você investigar.

A pandemia da Covid-19 se constituiu como um evento inédito na história, uma vez que nunca tivemos uma epidemia se desenvolvendo em um cenário de integração entre países e pessoas, e de rápida adaptação a novas metodologias, tornando a sociedade ainda mais dependente de inovações tecnológicas (BARBOSA, 2020). Seu impacto também foi sentido no processo de inovação bancária, acelerando um processo de digitalização já em curso, como muito bem frisou o Respondente 2.

Eu acho que a pandemia, na verdade, não iniciou o processo, ela acelerou um processo que é irreversível, né? Então, vamos dizer que a pandemia só foi o catalisador para aumentar a velocidade disso daí. Olhando sob o meu ponto de vista, a presença física do cliente de um banco, de uma corretora, de um investidor de bolsa, ou mesmo quem investe no mercado de fundo de investimento, presença física desse cliente, desse investidor na instituição que presta esse serviço, é uma coisa que tá cada vez mais caindo para extinção, né?

O compartilhamento de dados entre as instituições financeiras é regulado pelo art. 31 da Resolução Conjunta 1, *in verbis*:

Art. 31. A instituição participante é responsável pela confiabilidade, pela integridade, pela disponibilidade, pela segurança e pelo sigilo em relação ao compartilhamento de dados e serviços em que esteja envolvida, bem como pelo cumprimento da legislação e da regulamentação em vigor (BRASIL, 2020).

Percebe-se que o art. 31 determina que a responsabilidade pela confiabilidade, pela integridade, pela disponibilidade, pela segurança e pelo sigilo das informações compartilhadas cabe à “instituição participante”. O art. 2º da dita resolução enumera um pequeno glossário com doze “verbetes” referentes à aplicação do novo regramento, definindo o conceito das figuras de “instituição transmissora de dados” (art. 2, III) e “instituição receptora de dados” (art. 2, IV), ficando silente sobre a definição de “instituição participante”.

A redação do art. 31, da Resolução Conjunta 1 (BRASIL, 2020), estabelece claramente uma responsabilidade compartilhada entre as instituições participantes, tanto as instituições transmissoras de dados como as instituições receptoras, cabendo a estas tomar todas as medidas possíveis para validar a veracidade dos dados compartilhados, não descartando, inclusive, a

necessidade de coletar novos dados para início ou manutenção do relacionamento comercial, frente ao elevado impacto que esta ocorrência pode ter sobre o processo de análise e prevenção à lavagem de dinheiro.

Quando questionado sobre o entendimento desse dispositivo legal, o Respondente 3 frisou a má qualidade legislativa do texto, apontando para a necessidade de análise por legislação subsidiária, no caso a norma civil.

É. Então, esse é um problema sério. Esse artigo, ele é muito ruim, muito mal escrito. Não esclarece nada e você tem um problema aí que é a responsabilidade civil, que é... Enfim, é mantida pelo Código Civil, não é pela norma infralegal, pela regulação (...).

A regulação não é mantida pela norma infralegal mesmo, pela resolução. Então, assim, é uma situação muito difícil essa. Eu não tenho resposta que esclareça isso. Mas esse daí é um tema interessantíssimo.

Parece claro, pela simples leitura do texto, que a instituição recebedora dos dados cadastrados deverá tomar todas as providências para validar a veracidade das informações compartilhadas, não descartando a necessidade de novamente compartilhar novos dados, até porque dados como renda e endereço comprovado devem ser regularmente atualizados. A manifestação do Respondente 4 vem a reforçar esse entendimento.

(...) dando um palpite, assim, inicial sobre a sua principal questão, eu acho que a instituição não pode pegar cadastro de outra e confiar no que está ali. A partir do momento que você tem aquela pessoa como seu cliente, você passa a ser responsável por esse seu cliente, daquele cara ou aquela empresa que passou a se tornar seu cliente. Então, ele pode até utilizar a informação para capturar clientes no mercado, mas, a partir do momento que ele entrou ali, ele tem que passar pelos procedimentos de prevenção à lavagem de dinheiro. E aqueles que não fizerem vão estar se arriscando.

No mesmo sentido, é o entendimento expresso pelo Respondente 5.

Tem que utilizar, tá. Olha, eu acho que eu... eu acho que daria para fazer um... talvez um *double-check*, assim, um duplo controle, sabe? Como tem, por exemplo, em algumas instituições. Mas tem algumas instituições que elas aprovam a abertura das contas, então passa lá um PLD antes de abrir a conta. Eu acho que daria para fazer uma validação nesse sentido. Antes de você... quando você pede o cadastro, você faz ali uma validação rápida, porque eu acho que, por mais que você seja obrigado a utilizar, você pode estabelecer os seus parâmetros internos (...) porque cada banco tem o seu critério, né? Então, cada banco tem lá seu... a sua esteira de cálculo de renda, de como colocar data lá de atualização e eu não vejo, hoje, isso como uma alternativa muito segura. Eu acho que a gente... tanto que a gente nem pensa, ainda, em fazer utilização de cadastro para análise de prevenção à lavagem de dinheiro. Hoje, tá? Claro que isso é uma possibilidade, mas ainda tem que se estudar muito e tem que ter bastante estudo por trás, para ver se vale a pena utilizar (...).

Exigência ainda maior de cuidado na validação dos dados ocorre quando somos confrontados com documentos necessários para iniciar a relação comercial e, posteriormente, os procedimentos para prevenção à lavagem de dinheiro. Com pessoas jurídicas, normalmente as exigências

documentais são ainda mais complexas, conforme fica claramente evidenciado pelo depoimento do Respondente 6.

Como você aferir que aquela empresa, ela arrecada um faturamento de 15 milhões, se um contador assinou? Mas como provar que ela de fato movimenta aquele tanto que ela fala que ela movimenta? Então, isso tem sido um problema. Um problema para a gente, que a questão é isso, né? É um pouco isso que você falou. A instituição, muitas vezes, tá preocupada com risco de crédito e deixa, às vezes, o risco PLD. Porque, assim, quando a gente fala dos grandes *players*, tudo bem, só que o *Open Banking* não vai ver só os grandes *players*, ele vai ter essas empresas pequenas que tão entrando aí, que a preocupação de PLD dela não é tão grande em relação aos demais. Então, isso é algo que a gente tem que trabalhar muito. Evitar empresa de fachada, evitar laranjas, porque, de fato, isso polui o sistema.

Importante frisar que a proposta do *Open Banking*, regulada pelo art. 31, da Resolução Conjunta 1 (BRASIL, 2020), sublinha que o compartilhamento de dados e serviços não pode desconsiderar o cumprimento da legislação e da regulamentação em vigor.

A Respondente 7 cita a possibilidade de consultas a bases externas, em conformidade com o art. 16, § 1º da Circular 3.978 do BC, como ferramenta para validação dos dados compartilhados.

(...) eu acho que se não tiver nenhum tipo de validação atrás, é um risco muito grande. Mas, hoje, a gente tem tanto tipo de consulta *birô*, *softwares* externos que têm tanta informação, que eu acho que poderia ser feito um *check*, com cuidado, né? Até porque, se tu pagar, tu pode tirar teus dados do *birô*. Tem vários clientes que a gente procurava em *birô* e dava como não existente...

A adaptação às regras contidas na LGPD é uma preocupação de toda a sociedade, mas em especial das instituições bancárias, que necessitam elevados volumes de dados para realizarem análises imprescindíveis para a precificação dos produtos, para a dosagem de seu apetite de riscos e para a prevenção e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro, numa nova economia de dados “interconectada por um sistema nervoso eletrônico” (CASTELLS, 2013, p.11). Essa preocupação se mostra presente no depoimento do Respondente 8, abaixo transcrito.

(...) contrataram um escritório de advocacia, que eu saiba, terceirizado, para conduzir os assuntos (vinculados à LGPD), para passar as orientações, trataram com cada uma das áreas, inclusive, com a nossa, né? De PLD. Fomos respondendo as entrevistas e tal, sobre alguns pontos aí, principais processos que tinha para eles mapearem justamente alguns impactos, e até onde eu vi dos resultados e das discussões que a gente teve, para fins de PLD. A maior dificuldade sempre que a gente vê ali, já é uma dificuldade hoje, é conseguir a gente tratar todos os alertas, por exemplo, que o sistema gera. E com essa abertura que você tá falando, com esse dinamismo, com essa entrada de novos participantes no mercado. Eu acho que a preocupação toda é acompanhar essa correria aí do mercado e conseguir tratar as coisas em tempo hábil aí. Tratar tudo, porque a tendência é cada vez ter mais situações para serem analisadas, mais indícios, mais cenários para serem verificados, e talvez num prazo menor, o próprio normativo novo aí agora, o Banco Central já entra com prazos e tal. E me preocupa muito no sentido de esses novos entrantes não terem essa subordinação do regulador. É ficarem quase como um concorrente do banco, mas sem toda a obrigação regulatória, conseqüentemente, sem toda a obrigação de controles.

A LGPD apresenta, em seu art. 4º, as hipóteses em que a legislação não é aplicada, e o inciso III, “d”, abaixo transcrito, é totalmente pertinente à presente discussão.

Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

(...)

III - realizado para fins exclusivos de:(...)

d) atividades de investigação e repressão de infrações penais;

ou

(...) (BRASIL, 2018).

Pela leitura do texto legal, pode-se presumir que a LGPD não regula os dados coletados para prevenção à lavagem de dinheiro, uma vez que se incluem nas atividades de investigação e repressão de infrações penais, em decorrência do modelo de *colaboração compulsória entre o setor público e o privado, em que as instituições financeiras* devem notificar autoridades públicas sempre que tomarem conhecimento de operações suspeitas, como transações com altos valores em espécie ou depósitos fracionados (BADARÓ; BOTTINI, 2016; MALDONADO; BLUM, 2020).

Se por um lado a legislação acerta ao não impor maiores obstáculos aos órgãos de persecução penal, sob pena de um grave retrocesso, de ordem prática e teórica, na prevenção e no combate de crimes pelo Estado, essa exclusão do escopo da lei por outro lado penaliza os cidadãos que, conforme mandamento constitucional, devem ter sua privacidade preservada (BERETTA, 2021).

Em função dessa ausência de regulação, foi instituída, em 26 de novembro de 2019, pela Presidência da Câmara dos Deputados, um Comissão de Jurista, com a finalidade de elaborar anteprojeto que disciplinasse o tratamento de dados pessoais no âmbito da segurança pública e de atividades de investigação e repressão de infrações penais, criando um anteprojeto da chamada “LGPD Penal”, fortemente inspirado pela Diretiva 2016/680, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, que culminou com a apresentação do PL 1.515/2022 (BRASIL, 2022)

Porém a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) demonstrou preocupação com o texto do anteprojeto, apontando que, aprovado com a redação atual poderá “causar graves entraves ao exercício das funções institucionais dos órgãos e instituições competentes para as atividades de persecução penal e de segurança pública, impedindo sua atuação a fim de garantir a ordem pública” (ENCCLA, 2021).

Essa falta de preocupação com a adaptação imediata das regras de KYC com os regramentos emanados da LGPD fica expresso pelo Respondente 9.

PLD a gente precisa de informações invariavelmente, né? Então, a lei de PLD, a lei de prevenção à lavagem de dinheiro, ela tem que tá acima do que qualquer outra lei de LGPD, por exemplo. PLD não pode tá abaixo (...) a PLD, ele tá acima de tudo e de todos. E outra, comunicar ao COAF também é lei, né? Então, eu não posso ter essa missão e falar: “Ah, não, para respeitar o sigilo do cliente, eu não vou comunicar ao COAF”. Não é assim que funciona aqui no Brasil.

Sempre que a relação jurídica exigir, em decorrência de disposição regulatória, os dados poderão ser tratados, não havendo espaço para o seu titular se opor ao tratamento. Não restam dúvidas de que os procedimentos de prevenção e combate à lavagem de dinheiro enquadram-se na definição de interesse legítimo (COTS; OLIVEIRA, 2021; SOMBRA; MIGUEL, 2021). Nesse sentido, foi o entendimento expresso pelo Respondente 10.

Aí o documento que eu cedo as minhas informações, eu não posso limitar, dizer o seguinte: “Ah, eu só quero para isso”. Não, aí eu tô abrindo mão, digamos assim, do meu sigilo, sigilo de dados que o banco precisa conhecer, até porque é uma questão importante para a proteção do banco, porque se o banco não tomar as providências legais alguns assumem riscos, mas se o banco não tomar providências legais, ele pode ser responsabilizado pela lei de lavagem de dinheiro.

A extensão das responsabilidades pela segurança, sigilo e integridade dos dados tratados pelas instituições fica muito bem sublinhada na preocupação do Respondente 11, a seguir.

Ela é uma preocupação, até porque... como é que eu vou dizer? A utilização indevida, digamos assim, ou a exposição indevida, né? Isso pode gerar situações, inclusive, até responsabilizando o Estado ou vice e versa. Então, tem sim, uma preocupação com esses dados, com a LGPD. Claro, mais voltada, como eu falei, da atuação no âmbito do COAF, né? Mas tem... essa preocupação é presente sim. O equilíbrio é difícil de encontrar. Mas me parece que é muito clara essa questão, dessa necessidade, até porque não existem direitos absolutos. Me parece que não há sigilo, ou melhor, não há dados, não há informações que sejam, digamos assim, impossíveis de serem acessadas pelo órgão, impossíveis ou de difícil acesso por órgãos fiscalizadores. Não, eles devem ter esses acessos, mas, justamente, com controles, com fiscalização, de maneira adequada, observando *standards* mínimos, (por isso) dessas preocupações.

Assim, entendemos pela não aplicação de qualquer limitação de compartilhamento de dados proposto pelo Open Banking, em função de entraves inseridos no texto da LGPD, uma vez que há o dever de informar a existência de ilícitos de lavagem de dinheiro, conforme rege o art. 4º, III, d, da LGPD (BRASIL, 2018).

Porém, mesmo não encontrando limitações nos mecanismos de prevenção em função da LGPD, percebemos a existência de um impacto severo, uma vez que se mantém a exigência de tratamento de dados, respeitando os princípios da finalidade, adequação, necessidade e segurança na manutenção dos dados compartilhados ou coletados para validação de sua veracidade. Pelo volume de dados tratados, entendemos que a probabilidade de ocorrência é classificada como possível, resultando na matriz de risco presente na Figura 1.

Figura 1 – Matriz de Risco

Matriz de Risco (Impacto x Frequência)			Frequência (Probabilidade de Ocorrência)			
			(1) EXTREMAMENTE REMOTA	(2) REMOTA	(3) PROVÁVEL	(4) POSSÍVEL
			1	2	3	4
Impacto (Severidade)	(4) CRÍTICO	4	4	8	12	16 <b>LGPD</b>
	(3) SEVERO	3	3	6	9	12
	(2) MODERADO	2	2	4	6	8
	(1) REDUZIDO	1	1	2	3	4

Fonte: Elaborado pelos autores (2021) com base em Allen (2013).

O cruzamento de um impacto severo com uma probabilidade de ocorrência classificada como possível resultam em uma alta criticidade no que se refere às implicações da LGPD no processo de análise e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro, cabendo às instituições financeiras, como forma de mitigar o risco, realizar processos para garantir a veracidade das informações compartilhadas e, principalmente, certificar-se de que os dados tratados atendam aos princípios da finalidade, adequação, necessidade e segurança.

### Considerações finais

O presente estudo buscou analisar de que forma o processo de iKYC, etapa basilar no processo de análise e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro e o compartilhamento de dados propostos pela adoção do Open Banking poderiam ser impactados pelas limitações ao tratamento de dados estabelecidos pela LGPD.

Essa análise se faz necessária pela importância de as instituições financeiras determinarem a verdadeira identidade de seus clientes e implementarem mecanismos para verificar sua boa-fé, frente às obrigações de controle e prevenção à lavagem de dinheiro que essas instituições devem implementar, inclusive em dados compartilhados em função da adoção do Open Banking.

Acreditamos que o presente trabalho alcançou os objetivos propostos, demonstrando as precauções exigidas pela LGPD pelas instituições financeiras em seu processo de prevenção e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro. Importante ressaltar que, mesmo que esse processo não tenha sido impactado pela LGPD, cabe ainda às instituições financeiras tomarem medidas no tratamento de dados próprios e compartilhados, conforme apuramos pela utilização de matriz de risco, inclusive buscando estratégias para realização de dupla verificação dos dados, não descartando a necessidade de coletar novos documentos e declarações, sempre subordinados aos princípios da finalidade, adequação, necessidade e segurança no tratamento dos dados compartilhados, basilares à legislação. Respeitados esses cuidados, não vislumbramos risco para o modelo atual de controle exercido pelas instituições financeiras

A utilização de birôs para validar os dados compartilhados pelo Open Banking foi seguidamente referida na aplicação dos questionários semiestruturados e constitui-se como ferramenta essencial para validação, tanto dos dados compartilhados como também de dados próprios mantidos pelas instituições financeiras. As barreiras que a LGPD pode exercer sobre essas empresas parceiras é uma limitação da pesquisa, uma vez que o tema não havia sido incluído nos objetivos do trabalho, constituindo-se como tópico relevante para pesquisas posteriores.

## Referências

- ALLEN, Chris. **Risky Business: How to Build a Risk Matrix** [livro eletrônico]. 2013, 518 kb, ePub.
- ANSELMO, Márcio Adriano. **A União Europeia e as Iniciativas Supranacionais no Combate à Lavagem de Dinheiro**. Revista do Direito Internacional Econômico e Tributário, p. 111-129, 2010.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN. **Edital de Consulta Pública 73/2019**. 2019, 30 p. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/audpub/AudienciasEncerradas?3>. Acesso em: 10 dez. 2021
- BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN; CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL - CMN. **Resolução conjunta n. 1 de 04 de maio de 2020**. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-conjunta-n-1-de-4-de-maio-de-2020-255165055>. Acesso em: 6 dez. 2021.
- BADARO, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo. Cruz. . Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. **Revista dos Tribunais**, 2016, 470 p.
- BALTAZAR, José Paulo. **Crimes federais**. São Paulo, 2012, 1328 p.
- BARBOSA, Joseane Alves. **A aplicabilidade da tecnologia na pandemia do Novo coronavírus (Covid- 19)**. São Paulo, p. 48-52, 2020.
- BERETTA, Pedro. LGPD e o tratamento de dados em matéria penal. **Análise Editorial**, 14 set. 2021. Disponível em: <https://analise.com/opiniao/lgpd-e-o-tratamento-de-dados-em-direito-penal>. Acesso em: 14 set. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Brasília, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm). Acesso em: 3 dez. 2021.
- BRASIL. **Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012**. Brasília, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/12683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12683.htm). Acesso em: 3 dez. 2021.
- BRASIL. **Projeto de Lei n. 1.515/2022**. Lei de Proteção de Dados Pessoais para fins exclusivos de segurança do Estado, de defesa nacional, de segurança pública, e de investigação e repressão de infrações penais. Brasília: Câmara dos Deputados, 07 jun. 2022. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2182274](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2182274). Acesso em: 14 set. 2022.
- BRODSKY, Laura; OAKES, Liz **Data sharing and open banking**. McKinsey on Payments. 2007. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/industries/financial-services/our-insights/data-sharing-and-open-banking>. Acesso em: 6 dez. 2021.
- CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo, 2017, 256 p.

CAMPOS NETO, Roberto. **Agenda BC#: uma pauta para o sistema financeiro do futuro**. Brasília, jan. 2020. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/ppt\\_balanco\\_agenda\\_bc\\_2019.pdf](https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/ppt_balanco_agenda_bc_2019.pdf). Acesso em: 6 dez. 2021:

CARNEIRO, Fábio Lacerda. Inovações Tecnológicas e Regulação Financeira no Brasil. In Eroles, Pedro. (coord.) **Fintechs, bancos digitais e meios de pagamento: aspectos regulatórios das novas tecnologias financeiras**. São Paulo: Quartier Latin, p. 263-286, 2019.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, 244 p.

CHAVES, Joe Luis de Souza. O impacto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) nas investigações administrativas. **Caderno Virtual**, 1 (50), abr. 2021 Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/5362/2135>. Acesso em: 13 set. 2022.

COELHO, Francisco; DUARTE, Hélio Ribeiro. R. Sistema de controles internos (*compliance*). In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. MINISTÉRIO DA FAZENDA. CONSELHO DE CONTROLE DAS ATIVIDADES FINANCEIRAS. ESCOLA NACIONAL DA MAGISTRATURA. **Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro**. Brasília: CJF, 2000, p. 48-57.

CORDERO, Isidoro Blanco. **La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas em em marco de la Unión Europea**. San Sebastian: Eguzkilore, n. 15, p. 07-38, dez. 2001.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DAMASO, Otávio Ribeiro. Open Banking. IN.: BANCO CENTRAL DO BRASIL – BRASIL Brasília. **AGENDA BC#**: competitividade. Brasília, out. 2019.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO - ENCCLA. **Ação 04/2021**. Nota Técnica contendo a avaliação, propostas de alterações, contrastando o texto do anteprojeto com Convenções, recomendações e melhores práticas internacionais, em relação ao Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal - LGPD-Penal. Brasília, 04 dez, 2020. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/arquivos/resultados-enccla-2021/e2021a4-enccla-2021-nota-tecnica-lgpd-penal>. Acesso em: 14 set. 2022.

GOETTENAUER, Carlos. **Open banking e teorias da regulação da internet**. São Paulo: Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais, p. 109-130, 2018.

GRANDIS, Rodrigo de. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Coordenadora Carla Veríssimo Di Carli. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

GUARIENTO, Daniel. Proteção de dados pessoais e o princípio de *accountability*: origens, evolução, conceito atual e efeitos práticos no âmbito da LGPD. In: BLUM, Renato Opice. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD** [livro eletrônico]. Ribeirão Preto: Migalhas, 2021, 1056,392 kb, ePub.

KAPLAN, Robert S.; LEONARD, Herman B. Dutch; MIKES, Anette. Os riscos que você não prevê: que fazer quando não existe manual. **Harvard Business Review Brasil**. Nov. 2020. pp. 20-26.

LEMOS, Ronaldo. KYC, conhecer cliente é graal de fintechs. São Paulo: **Folha de São Paulo**. 04 nov. 2019. p. A22.

LORENZON, Laila Neves. Análise comparada entre regulamentações de dados pessoais no Brasil e na União Europeia (LGPD E GDPR) e seus respectivos instrumentos de *enforcement*. In: ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz (org.). **Revista do Centro de Excelência Jean Monnet da FGV Direito Rio** [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, n. 1, 2021. 210 p.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada** [livro eletrônico]. 2 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

OLIVEIRA, Maria Marli de. **Como fazer pesquisa qualitativa**. Petrópolis: Vozes. 2007. 181 p.

ORNELAS, José Renato Haas; SILVA, Marcos Soares da; VAN DOORNIK, Bernardus Ferdinandus Nazar. Informational Switching Costs, Bank Competition and the Cost of Finance. Brasília: Banco Central do Brasil. **Working Papers** n. 512. Jan. 2020. 53 p.

QUINTIERE, Victor Minervino. Questões controversas envolvendo a tutela jurisdicional penal e as novas tecnologias à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) Brasileira. **Revista ESMAT**, ano 11, n. 17, pp. 175-188, jun. 2019.

RIZZO, Maria Balbina Martins de. **Prevenção à lavagem de dinheiro nas instituições do mercado financeiro**. São Paulo: Trevisan Editora, 2016, 2. ed. atual. e rev. 299 p.

ROHAN, Paul. **Open Banking Strategy Formation**. Califórnia: Create Space Independent Publishing Platform. Abr. 2017. 150 p. [livro eletrônico].

SILVA, Jorge Luiz Rosa da; MARQUES, Luis Fernando Bicca; TEIXEIRA, Rosane. Prevenção à Lavagem de Dinheiro em Instituições financeiras: avaliação do grau de aderência aos controles internos. **Revista Base (Administração e Contabilidade) da UNISINOS**, vol. 8, núm. 4, pp. 300-310. out., 2011.

SOMBRA, Thiago Luís; MIGUEL, Leonardo Kozlowski. A interseção entre o compliance anticorrupção e o compliance digital: como investigações corporativas anticorrupção podem influenciar as de proteção de dados pessoais. In: BLUM, Renato Opice. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD** [livro eletrônico]. Ribeirão Preto: Migalhas, 2021, 1056,392 kb, ePub.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **Open Banking: Trinômio Portabilidade-Interoperabilidade-Proteção de Dados Pessoais no Âmbito do Sistema Financeiro**. Lisboa: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 7, n.4, 2021, pp. 1159-1188.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno, que altera as Diretivas 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) n.1093/2010, e que revoga a Diretiva 2007/64/CE. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. 23 dez. 2015. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32015L2366>. Acesso em: 3 dez. 2020.

# Open Banking: uma análise do novo sistema de compartilhamento de dados à luz da regulação responsiva

Paula da Cunha Duarte\*

*Introdução. 1 Regulação responsiva. 2 Open Banking brasileiro. 2.1 Análise da Resolução Conjunta 1/2020 à luz dos pressupostos teóricos da regulação responsiva. 2.2 Diálogo, cooperação e autorregulação obrigatória (enforced self-regulation). 2.3 Desenho regulatório baseado em um escalonamento de técnicas de intervenção estatal: técnicas de persuasão e punição. Considerações finais. Referências.*

## Resumo

Algumas agências reguladoras brasileiras têm adotado estratégias de regulação responsiva, a fim de exercer de forma mais eficiente seu papel de ente regulador, justamente porque a estratégia baseada primordialmente na punição não tem surtido o efeito esperado. O tema inclusive vem sendo objeto de produção acadêmica crescente, o que contribui para o debate sobre como melhorar as estratégias regulatórias no Brasil. Diante disso, o presente artigo tem por objetivo realizar uma análise exploratória-descritiva do Open Banking, novo sistema de compartilhamento de dados que está sendo implementado pelo Banco Central do Brasil (BC), à luz da teoria da regulação responsiva. O trabalho foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica e documental, com ênfase na Resolução Conjunta 1/2020, norma que regulamenta o citado sistema. Foram também objetos de análise as demais normas editadas pelo BC para regular o Open Banking, bem como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que deve balizar seu desenho regulatório. O estudo permite concluir que a Resolução Conjunta 1/2020 incorporou pressupostos teóricos da regulação responsiva, mas o fez de forma limitada, sem deixar amplo espectro de liberdade para os agentes regulados, o que possivelmente se justifica pela sensibilidade do tema – compartilhamento de dados.

**Palavras-chave:** Open Banking. Regulação responsiva. Banco Central do Brasil. Lei Geral de Proteção de Dados.

---

\* Doutoranda no curso de doutorado em Direito da Regulação da Fundação Getúlio Vargas (RJ).

## *Open Banking: an analysis of the new data sharing system from a responsive regulation perspective*

### *Abstract*

*Some Brazilian regulatory agencies have adopted responsive regulation strategies in order to more efficiently exercise their role as a regulatory entity, precisely because the strategy based primarily on punishment has not had the expected effect. The theme has even been the object of growing academic production, which contributes to the debate on how to improve regulatory strategies in Brazil. Given this, this article aims to carry out an exploratory-descriptive analysis of open banking, a new data sharing system that is being implemented by the Central Bank of Brazil, in the light of the theory of responsive regulation. The work was developed from bibliographical and documental research, with emphasis on the Joint Resolution nº 1/2020, main norm that regulates the open banking in Brazil. Other rules issued by the Central Bank to regulate Open Banking were also analyzed, as well as the General Data Protection Act, which should guide its regulatory design. The study allows us to conclude that Joint Resolution No. 1/2020 incorporated theoretical assumptions of responsive regulation, but it did so in a limited way, without leaving a broad spectrum of freedom for regulated agents, which is possibly justified by the sensitivity of the topic – data sharing.*

**Keywords:** *Open banking. Responsive regulation. Central Bank of Brazil. General Data Protection Act.*

### **Introdução**

Os avanços tecnológicos, a todo momento, revolucionam as formas como a sociedade se relaciona e interage. Nesse contexto, merece destaque um novo tipo de ambiente de negócio que vem gradativamente sendo implementado no cenário mundial: o Open Banking, ou Sistema Financeiro Aberto, definido como a abertura dos sistemas informatizados das instituições financeiras que, por meio de uma plataforma de interface padronizada, permite o acesso digital de terceiros, devidamente autorizados, aos registros financeiros de clientes bancários (GOETTENAUER, 2018, p. 115). O objetivo é fomentar a inovação e a competitividade entre essas instituições, pois, ao terem acesso aos dados compartilhados, poderão oferecer produtos e serviços personalizados aos consumidores, além de melhores preços e com agilidade.

As experiências internacionais ainda são recentes,<sup>1</sup> mas têm avançado. Isso inclui o Brasil, que, em 2020, editou o primeiro marco normativo sobre o tema, a Resolução Conjunta 1/2020, do Banco Central do Brasil (BC) e do Conselho Monetário Nacional (CMN), que pretendem finalizar a implementação do Open Banking no país até dezembro de 2021.

---

<sup>1</sup> O Reino Unido, considerado referência na utilização do Open Banking, implementou este sistema em 2018. Outros exemplos de nações caminhando nesse sentido são: Japão e Austrália lançaram sua plataforma em 2020; Hong Kong editou o quadro regulatório para seu Open Banking em 2020; Estados Unidos e Canadá estão desenvolvendo pesquisas sobre o tema.

BBVA. CORCORAN, Edward. Open banking regulation around the world. 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.bbva.com/en/open-banking-regulation-around-the-world/>. Acesso em: 17 jun. 2022.

DELOITTE. EMEA Center for Regulatory Strategy. Open Banking around the world Towards a cross-industry data sharing ecosystem. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/global/en/pages/financial-services/articles/open-banking-around-the-world.html>. Acesso em: 4 ago. 2021.

OPEN BANKING BRASIL. Open Banking no mundo. Disponível em: <https://openbankingbrasil.org.br/2021/05/18/open-banking-no-mundo-2/>. Acesso em: 17 jun. 2022.

Considerando que essa iniciativa é uma novidade ainda em processo de desenvolvimento, o presente artigo tem por objetivo analisar a citada resolução conjunta à luz da regulação responsiva. Essa teoria inovadora, desenvolvida em 1992 por Ian Ayres e John Braithwaite,<sup>2</sup> defende que o Estado deve formular um desenho regulatório pautado pelo diálogo, cooperação/colaboração e baseado em um escalonamento de técnicas de intervenção estatal (que partam da persuasão até métodos de punição), a fim de superar o modelo clássico de comando e controle, no qual o objetivo principal é punir os agentes regulados. Segundo Julia Black e Roberto Baldwin, a essência da teoria consiste em uma abordagem tête-à-tête, na qual os reguladores buscam reforçar, em um primeiro momento, estratégias de *compliance*, como persuasão e educação, para aplicar medidas de caráter mais punitivo às empresas que não se comportarem conforme as regras regulatórias (BLACK, J.; BALDWIN, 2008, p. 62).

Conforme explica Christine Parker, Ayres e Braithwaite colocaram uma linguagem, um raciocínio lógico e uma moldura teórica em um conjunto de práticas regulatórias do dia a dia por eles observadas, com o objetivo de expandi-las e aprimorá-las. Com isso, os autores inventaram uma nova teoria e uma nova técnica concreta o suficiente para existir na prática, mas, ao mesmo tempo, ambiciosa o suficiente para ser desafiadora. A teoria da regulação responsiva é igualmente calcada no entendimento pragmático de como o poder regulatório se reveste e pode ser empregado nas práticas diárias dos responsáveis pela regulação, e ainda no entendimento decorrente destes e outros estudiosos sobre pesquisas empíricas e teóricas para explicar a cooperação e defecção na regulação, bem como atitudes aquiescentes ou desobedientes às regras (PARKER, 2013, p. 3).

Interessante notar que algumas agências reguladoras têm adotado estratégias de regulação responsiva a fim de exercer de forma mais eficiente seu papel de ente regulador<sup>3</sup>, justamente porque a estratégia baseada primordialmente na punição não tem surtido o efeito esperado.<sup>4</sup> O tema inclusive vem sendo objeto de produção acadêmica crescente, o que contribui para o debate sobre como melhorar as estratégias regulatórias no Brasil.<sup>5</sup>

2 Conforme será apresentado e desenvolvido na seção seguinte, os autores desenvolvem os pressupostos teóricos básicos da teoria no livro *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, publicado em 1992.

3 Alguns exemplos são: Agência Nacional de Aviação, que lançou o Projeto Prioritário Regulação Responsiva em 2020; Agência Nacional de Telecomunicações, que editou a Resolução 746, de 22 de junho de 2021, para aprovar o Regulamento de Fiscalização Regulatória, o qual incorpora princípios de regulação responsiva.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Projeto Prioritário Regulação Responsiva. 5 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/hotsites/regulacao-responsiva>. Acesso em: 31 mai. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução ANATEL 746, de 22 de junho de 2021. Aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatória.

4 Segundo dados do TCU, de 2011 a 2014, a média de arrecadação proveniente de multas aplicadas pelas agências não chegou a 3%. Sobre o tema destaca-se: "Quanto ao subitem 9.6.4 do Acórdão 482/2012-TCU-Plenário, nota-se que a o Bacen, o Cade e a Antaq conseguiram recolher, na média dos exercícios de 2011 a 2014, 32,30%, 24,82% e 24,69%, respectivamente, da quantidade de multas aplicadas. De modo distinto, o Bacen, o Cade e a Antaq arrecadaram apenas 2,50%, 4,49% e 12,94% dos valores financeiros no mesmo período, o que possivelmente indica que os entes autuados recolhem as multas de menor valor e protelam o pagamento das multas de maior valor."

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Monitoramento. Acórdão 1.665/2014-TCU-Plenário Arrecadação de multas aplicadas por agências reguladoras e outros órgãos e entidades federais com atribuições de fiscalização e controle Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wuElOCSaPaYJ:https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRt%3FcodFiltro%3DSAGAS-SESSAO-ENCERRADA%26seOculataPagina%3DS%26itemo%3D593764+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 31 mai. 2022.

5 Sobre regulação do sistema financeiro, ver: GOETTENAUER, C. Regulação Responsiva e a Política de Segurança Cibernética do Sistema Financeiro Nacional. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 5, n. 1, p. 131-146, maio 2019.

Sobre regulação no setor de agronegócio, ver: MOURA, Rodrigo Sérgio Ferreira de. Regulação do agronegócio da fruticultura no Semiárido sob o prisma da teoria da Regulação Responsiva. 2019. 152 f., il. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2019. p. 68.

Sobre regulação no setor de telecomunicações, ver: JESUS, C. M. D. Teoria responsiva na regulação pela Anatel sobre o serviço móvel pessoal 4G. Brasília: Biblioteca Digital de Monografias da UnB, 2015.

Sobre regulação no setor de saúde, ver: FARIAS, S. F. et al. A regulação no setor público de saúde no Brasil: os (des) caminhos da assistência médico-hospitalar. Ciência & saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, 2011.

Contudo isso não se verifica em relação ao Open Banking. Por se tratar de uma iniciativa recente, a literatura nacional (sobretudo acadêmica) pouco se debruçou sobre esse tópico,<sup>6</sup> razão pela qual o presente artigo busca contribuir para o estudo do tema, trazendo questões que possam estimular discussões e pesquisas sobre o assunto.

O trabalho foi desenvolvido a partir de material bibliográfica e documental, com ênfase na Resolução Conjunta 1/2020, em razão de ser este o principal instrumento investigado. Apesar disso, também foram objetos de análise as demais normas editadas pelo BC para regular o Open Banking, bem como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que deve balizar seu desenho regulatório. O estudo permite concluir que a Resolução Conjunta 1/2020 incorporou pressupostos teóricos da regulação responsável, mas o fez de forma limitada, sem deixar amplo espectro de liberdade para os agentes regulados, o que possivelmente se justifica pela sensibilidade do tema “compartilhamento de dados”.

O texto está dividido em quatro partes. Após esta introdução, o primeiro capítulo aborda os principais aspectos da teoria da regulação responsável desenvolvida por Ian Ayres e John Braithwaite. O segundo analisa o modelo brasileiro de Open Banking à luz do arcabouço jurídico aplicável ao Open Banking, com ênfase na Resolução Conjunta 1/2020, principal norma sobre o tema. No último, são tecidas considerações finais sobre o tema.

## I Regulação responsável

Em um contexto no qual prevalecia o embate entre os defensores de uma forte regulação estatal na sociedade e a corrente contrária que prezava pela desregulação (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 4), Ian Ayres e John Braithwaite inovaram ao publicar, em 1992, o livro “*Responsive Regulation – Transcending the Deregulation Debate*”, no qual apresentavam um novo modelo teórico denominado de regulação responsável, que tinha como objetivo ser uma alternativa às estratégias regulatórias até então adotadas.

A teoria elaborada pelos autores parte do pressuposto de que o Estado deve agir de forma responsável em relação à conduta daqueles que busca regular ao decidir sobre o quanto intervir e qual ferramenta regulatória aplicar, pois diferentes circunstâncias (sociais, culturais, históricos) conduzem a diferentes graus e formas de intervencionismo estatal. A definição do desenho regulatório mais adequado dependeria da observação do comportamento e as motivações dos agentes regulados, e ainda como estes reagem aos instrumentos aplicados (AYRES, BRAITHWAITE, 1992, p. 19). Esse processo permitiria adotar a resposta mais eficiente ao contexto que se pretende regular e, assim, concretizar os objetivos pretendidos pelo ente regulador.

Algumas premissas são relevantes para a compreensão da teoria. A primeira se refere aos estímulos que levam os regulados ao cumprimento da lei, que variam desde interesses econômicos (racionalidade econômica e maximização dos lucros) a obediência às normas legais simplesmente

---

6 Em busca na internet, não foi localizado nenhum artigo acadêmico tratando especificamente do tema de Open Banking e regulação responsável no Brasil.

Exclusivamente sobre Open Banking, foi possível localizar alguns poucos trabalhos: SOUZA, Ane Rodrigues da Cruz. Open banking: os desafios à proteção de dados pessoais. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019; VEIGA, Fábio da Silva; GIBRAN, Sandro Mansur; BONSERE, Silvana Fátima Mezaroba. Open Banking: expectativas e desafios para o mercado financeiro no Brasil. Administração de Empresas em Revista. v. 1, n. 15 (2019); WANDSCHEER, Lucelaine dos Santos Weiss; JARUDE, Jamile Nazaré Duarte Moreno; VITA, Jonathan Barros. O sistema financeiro aberto (open banking) sob a perspectiva da regulação bancária e da lei geral de proteção de dados. Revista Brasileira de Filosofia do Direito. v. 6, n. 1 (2020).

por uma questão de “deferência” ou ainda por um senso de responsabilidade comercial. Contudo o interesse que irá predominar no momento da decisão final do agente regulado dependerá do contexto e do momento histórico no qual ele se encontra (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 19).

Uma segunda premissa considera que estratégias baseadas exclusivamente na autorregulação ou persuasão terão espaço quando os agentes forem motivados por uma lógica econômica. Esses dois elementos são essenciais na construção da teoria, sobretudo para a compreensão dos modelos piramidais elaborados pelos autores, conforme se verá adiante. Permitir que os atores do setor regulado criem as regras às quais irão se submeter amplia as chances de serem elaboradas normas mais adequadas à maximização de seus objetivos a menores custos de produção (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, pp. 19 e 38). Essa estratégia é também interessante pois, em princípio, traz menores custos aos estados, que não terão de despendar recursos para criar regras de regulação.

Já uma terceira premissa destaca que, se a estratégia for calcada primordialmente em meios punitivos, tal fato irá eliminar a boa vontade de agentes motivados a agir corretamente por um senso de responsabilidade. Para os autores, isso ocorrerá em qualquer situação na qual os regulados têm objetivos mais nobres do que simplesmente a obtenção de ganhos financeiros (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, pp. 19 e 24).

A quarta premissa se justifica por uma ótica econômica em favor do ente regulador. Métodos punitivos são, em geral, mais caros do que os persuasivos, pois envolvem a aplicação de recursos financeiros em processos administrativos e judiciais, recursos estes que poderiam ser alocados em mecanismos de monitoramento e persuasão, que são, em geral, menos custosos ao Estado (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, pp. 19 e 26).

Por fim, os autores ressaltam a premissa de que uma estratégia baseada em punição gera uma cultura de resistência nos regulados, concebendo, assim, uma espécie de “jogo regulatório de gato e rato”, no qual o agente será motivado a buscar lacunas na lei e o Estado, por sua vez, a criar mais e mais normas para suprir tais lacunas (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 20). Os reguladores não devem assumir que a melhor técnica será punir, por considerar que os indivíduos são inerentemente maus, pois, conforme já ressaltado, isso irá dissipar a virtude daqueles bem-intencionados. No entanto, também não devem partir do pressuposto de que os agentes são essencialmente bons, e que, por isso, adotar exclusivamente meios persuasivos será suficiente. Daí a importância de estabelecer uma sinergia entre punição e persuasão para formular um desenho regulatório adequado ao contexto que se pretende regular (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 26).

A partir dessas premissas, Ayres e Braithwaite utilizam modelos de “pirâmides regulatórias”<sup>7</sup> para ilustrar e compor a teoria. Essas pirâmides representam o desenho da política regulatória que poderá ser adotada pelo regulador, evidenciando, de forma escalonada, os diferentes mecanismos regulatórios que poderão ser sucessivamente adotados no contexto regulado. É importante salientar que as sanções e as estratégias representadas nas pirâmides expostas pelos autores não são taxativas, mas sim exemplificativas, pois cada contexto regulatório demandará uma resposta estatal diferente.

Para isso, eles apresentam dois tipos de pirâmides. A primeira, “pirâmide de *enforcement*” (ou pirâmide das sanções), estabelece o escalonamento de diferentes sanções que o Estado pode adotar em resposta à conduta do regulado. Em sua base, deve estar a primeira medida que será empregada,

---

7 A utilização das pirâmides regulatórias tem sido de grande utilidade para reguladores que buscam formular um desenho regulatório, pois é um método que estimula a pensar nas estratégias que podem ser adotadas. Segundo os autores, dezenas de agências utilizaram dessa técnica para refinar seus desenhos regulatórios (BRAITHWAITE, 2011, 480).

sendo esta dotada de caráter mais brando e menos intervencionista. Já no cume, encontra-se a ação mais drástica dentre as opções regulatórias, que será utilizada quando todas as anteriores falharem.<sup>8-9</sup>



Fonte: AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992. p. 35

Os autores sugerem que na base da pirâmide (e nos níveis logo acima) sejam delineadas abordagens de caráter restaurativo e que priorizem o diálogo (BRAITHWAITE, 2011, p. 482). Apenas nas hipóteses em que a recalcitrância do regulado tornasse ineficiente estratégias fundamentadas na comunicação e mediação é que se deveria adotar medidas punitivas.

O segundo modelo piramidal, denominado “pirâmide de estratégias regulatórias”, prevê as estratégias que o ente regulador pode adotar no contexto que pretende intervir. Ayres e Braithwaite argumentam que o Poder Público terá mais chances de atingir seus objetivos caso deixe claro para o setor regulado que a estratégia preferível é a autorregulação, pois deixar a definição das regras de regulação a cargo dos regulados aumentaria as chances de se obterem medidas capazes de maximizar a concretização dos propósitos almejados a um custo menor e de forma mais eficiente (AYRES, BRAITHWAITE, 1992, p. 38). Por isso, os autores priorizam que essa medida esteja na base da pirâmide.



Fonte: AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992. p. 39

8 Na pirâmide de *enforcement* apresentada por Ayres e Braithwaite, constam os seguintes níveis, em ordem progressiva (desde a base até o topo): persuasão, carta de aviso, responsabilidade civil, responsabilidade criminal, suspensão de licença e revogação de licença (AYRES, BRAITHWAITE, 1992, p. 35).

9 Importante atentar para o fato de que os diferentes níveis dessa pirâmide são exemplificativos (ainda que possam ser utilizados para uma miríade de situações). O regulador pode formular outros tipos de escalonamento que sejam mais adequados para a situação enfrentada. É por isso que os autores deixam claro que a teoria da regulação responsiva deve ser utilizada para se pensar no desenho regulatório que melhor se adequa à situação enfrentada pelo regulador (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 36).

Contudo, nos casos em que uma empresa resolve agir de forma contrária aos objetivos regulatórios estabelecidos pela autorregulação, o Estado deverá adotar postura mais intervencionista, como impor uma autorregulação obrigatória, que estará prevista na camada seguinte da pirâmide. Essa medida concede menos liberdade aos regulados, mas ainda preza por certo grau de autonomia, já que os regulados definem as regras, mas dentro de parâmetros estabelecidos pelo regulador. Não sendo essa medida suficiente, passa-se para o nível seguinte, que será ainda mais intervencionista, e assim sucessivamente.

Não obstante a inovação trazida pelas premissas e pelos modelos piramidais apresentados, Ayres e Braithwaite atentam para o fato de que os exemplos expostos em cada nível desses modelos piramidais não são universais, e, portanto, não se amoldam a toda e qualquer situação.<sup>10</sup> Por isso, o Estado deverá analisar as particularidades de cada cenário a ser regulado para então definir as estratégias, formas de persuasão e sanções mais adequadas. Além disso, a flexibilidade e a dinamicidade devem estar presentes no desenho regulatório que o regulador pretende elaborar, além da possibilidade de esse desenho ser revisitado e adaptado, caso as circunstâncias assim o requeiram.

Diante dessa exposição teórica, os principais elementos da regulação responsiva podem ser assim sumarizados: diálogo, cooperação/colaboração e desenho regulatório baseado em um escalonamento de técnicas de intervenção estatal (que partam da persuasão até métodos de punição).

A seguir, será analisado o sistema Open Banking brasileiro à luz de tais elementos, com ênfase na Resolução Conjunta 1/2020, para avaliar se o desenho regulatório que está sendo implementado pelo BC por meio da Resolução Conjunta 1/2020 se enquadra na teoria da regulação responsiva.

## 2 Open Banking brasileiro

Em 2018, o cenário internacional foi palco de iniciativas para a implementação de sistemas financeiros abertos, o denominado Open Banking, por nações como Reino Unido, Japão, Austrália e Singapura (cada qual com suas peculiaridades). Nesse mesmo ano, entrou em vigor no Brasil a LGPD (Lei 13.709, de 14 de novembro de 2018), que inaugurou um novo marco jurídico para proteger os dados pessoais e aumentar a segurança jurídica em relação a essa temática.

Esses episódios influenciaram o BC a iniciar discussões sobre a possibilidade de criação de um sistema financeiro aberto no país, o que culminou na publicação do Comunicado 33.455, de 24 de abril de 2019, no qual foram apresentados os requisitos fundamentais para a introdução desse sistema, tais como seus objetivos, definição, escopo do modelo, estratégia de regulação e as ações para sua implementação.<sup>11</sup> Esse documento estabeleceu como principal propósito instituir um sistema que aumentasse a eficiência no mercado de crédito e de pagamento no país, por meio da promoção de um ambiente de negócio mais inclusivo e competitivo, mas que preservasse a segurança do sistema financeiro e a proteção dos consumidores.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Ainda sobre o tema, Braithwaite disserta: “Agir de forma responsiva a um contexto significa não levar uma teoria extremamente a sério, o que inclui a teoria da pirâmide. A pirâmide é uma heurística útil. É uma boa forma de disciplina, pois se requer que sejam levadas em consideração todos os níveis da pirâmide antes de se adotar apressadamente soluções mais drásticas, como a nacionalização ou privatização de uma organização problemática”. (BRAITHWAITE, 2011, p. 492) [tradução nossa]

<sup>11</sup> BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado 33.455/2019. “1. A Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil, em reunião realizada em 23 de abril de 2019, aprovou a divulgação dos requisitos fundamentais para a implementação, no Brasil, do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking), que abrangem o objetivo, a definição, o escopo do modelo, a estratégia de regulação e as ações para sua implementação.” Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/comunicado-n%C2%BA-33.455-de-24-de-abril-de-2019-85378506>. Acesso em: 30 jul. 2021.

<sup>12</sup> BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado 33.455/2019. “2. Essa iniciativa tem como objetivo aumentar a eficiência no mercado de crédito e de pagamentos no Brasil, mediante a promoção de ambiente de negócio mais inclusivo e competitivo, preservando a segurança do sistema financeiro e a proteção dos consumidores.” Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/comunicado-n%C2%BA-33.455-de-24-de-abril-de-2019-85378506>. Acesso em: 30 jul. 2021.

No dia 29 de novembro de 2019, o BC publicou o Aviso de Consulta Pública 73/2019, para submeter ao público uma proposta de circular e resolução com as diretrizes e normas para implementar e regulamentar o Open Banking brasileiro. Com isso, os interessados puderam apresentar suas críticas, sugestões e comentários, fato que evidencia a promoção do diálogo entre regulador e regulados para a elaboração do desenho regulatório a ser elaborado (o que é considerado por Ayres e Braithwaite um dos elementos essenciais da regulação responsiva, conforme visto na seção anterior).

Após a consulta, foi publicada a Resolução Conjunta 1, no dia 4 de maio de 2020, que dispõe sobre a implementação do Open Banking no país e demais regras para sua regulamentação. Essa é, atualmente, a principal norma sobre o tema no país, por definir os principais aspectos do desenho regulatório deste sistema.

O art. 2º define o Open Banking como o compartilhamento padronizado de dados e serviços pela abertura e integração de sistemas.<sup>13</sup> A ideia é que permitir o acesso a esses dados pelas instituições participantes possibilita o oferecimento de melhores ofertas de produtos e serviços para os clientes de seus concorrentes. Objetiva-se, assim, incentivar a inovação, promover a concorrência e a cidadania financeira, bem como aumentar a eficiência do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Pagamentos Brasileiro.<sup>14</sup> Relevante ressaltar que o consentimento (livre, informado, prévio e inequívoco) dos clientes é condição *sine qua non* para o compartilhamento dos dados, sendo essa uma regra que permeia toda a Resolução<sup>15</sup> e consagra princípios basilares da LGPD.<sup>16</sup>

Para implementar o Open Banking, o BC estabeleceu um cronograma, dividido em quatro etapas, com previsão de término em dezembro de 2021. Na primeira fase, iniciada em 1º de fevereiro de 2021, as instituições participantes disponibilizaram ao público informações padronizadas referentes aos seus canais de atendimento e as características dos produtos e serviços bancários por elas oferecidos (por exemplo, tarifas bancárias, opções de cartão de crédito etc.), a fim de possibilitar que os interesses pudessem compará-los e escolher aqueles que melhor se adequam às suas necessidades (BANCO CENTRAL, 2021).

A segunda fase, prevista para começar em 13 de agosto de 2021, possibilitará que os clientes solicitem o compartilhamento de seus dados cadastrais entre as instituições participantes, tais como informações sobre contas e cartão de crédito. O cliente não apenas deverá expressamente autorizar o compartilhamento, como poderá cancelá-lo a qualquer tempo. Dessa forma, os usuários poderão receber das instituições as ofertas de produtos e serviços mais adequadas ao seu perfil a custos mais acessíveis. Segundo o BC, essa etapa aprimoraria o ecossistema financeiro ao estimular a inovação, competitividade e racionalização de processos (BANCO CENTRAL, 2021).

Na terceira fase, com data prevista para 30 de agosto de 2021, serão compartilhados os serviços de transações e pagamento, bem como o encaminhamento de proposta de operação de crédito. Com isso, pretende-se que surjam novas soluções e ambientes para a realização de pagamentos e

13 Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Resolução Conjunta, considera-se: I - Open Banking: compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas. (BRASIL. Ministério da Economia e Banco Central do Brasil. Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020. Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking).

14 Art. 3º Constituem objetivos do Open Banking: I - incentivar a inovação; II - promover a concorrência; III - aumentar a eficiência do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Pagamentos Brasileiro; e IV - promover a cidadania financeira (BRASIL, Ministério da Economia e Banco Central do Brasil. Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020. Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking).

15 Alguns dos artigos que tratam do consentimento são: art. 5º, § 3º; art. 8º; art. 10; e art. 13.

16 A LGPD prevê em seu artigo 6º princípios como: V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; inciso VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; inciso VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; inciso VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais

recepção de propostas de operações de créditos, a fim de facilitar e tornar mais célere o acesso a serviços financeiros. Assim como na etapa anterior, o compartilhamento dos serviços prescinde de autorização prévia e específica do cliente (BANCO CENTRAL, 2021).

A quarta e última fase, marcada para iniciar em 15 de dezembro de 2021, permitirá a inclusão de informações sobre outros serviços bancários no sistema Open Banking – tais como operações de câmbio, investimentos, seguros, previdência complementar etc. Os clientes poderão autorizar o compartilhamento de seus dados em relação à tais serviços, bem como ter acesso às características dos produtos e serviços ofertados (BANCO CENTRAL, 2021). Essa fase consistiria, portanto, numa condensação da primeira e segunda fase, mas em relação a outros serviços bancários.

Feito esse panorama sobre o processo de implementação do Open Banking brasileiro, passa-se à análise da Resolução Conjunta 1/2020, à luz da teoria da regulação responsiva de Ayres e Braithwaite. Serão destacadas, a seguir, as regras que permitem identificar se essa norma é dotada ou não de um caráter regulatório responsivo, considerando os elementos expostos anteriormente – diálogo, cooperação/colaboração e desenho regulatório baseado em um escalonamento de técnicas de intervenção estatal (que partam da persuasão até métodos de punição).

## **2.1 Análise da Resolução Conjunta 1/2020 à luz dos pressupostos teóricos da regulação responsiva**

A Resolução Conjunta 1/2020 é atualmente o principal instrumento para a implementação e regulamentação do Open Banking. Composta de 55 artigos e oito capítulos, seu texto traz conceitos centrais desse novo sistema (como o que entende por cliente, instituição receptora de dados, consentimento etc.), os objetivos e princípios, seu escopo, os requisitos para o compartilhamento dos dados (com foco central no consentimento dos clientes), as responsabilidades das instituições participantes, a convenção que deverá ser criada por tais instituições, a estrutura de governança do Open Banking, além do papel do BC em todo esse processo.

## **2.2 Diálogo, cooperação e autorregulação obrigatória (*enforced self-regulation*)**

Conforme apontado anteriormente, a Resolução foi fruto de consulta pública entre o ente regulador, BC, e os interessados na implementação do Open Banking, o que denota a abertura ao diálogo (elemento essencial na regulação responsiva) entre as partes envolvidas, ainda que pertença ao BC a palavra final sobre o produto dessa consulta pública.

Outra situação na qual foi priorizada a execução de um processo colaborativo com os interessados (apesar de limitado, conforme se verá adiante) se refere à previsão normativa de que as instituições participantes deverão celebrar uma convenção para definir sobre aspectos relevantes desse novo ambiente de negócios,<sup>17</sup> dentre os quais se destacam: (i) padrões tecnológicos e procedimentos operacionais; (ii) canais para encaminhamento de demandas de clientes; (iii) procedimentos e mecanismos para o tratamento e a resolução de disputas entre as instituições participantes, inclusive as decorrentes de demandas encaminhadas por meio dos canais de demandas dos clientes; (vi) direitos e obrigações das instituições participantes.

---

<sup>17</sup> Art. 44, caput, da Resolução Conjunta 1/2020.

A convenção, que ainda não foi editada, além de ter de seguir um escopo mínimo previamente definido, contará com a participação do BC, que possui a incumbência de aprovar o texto final, a fim de assegurar a observância dos objetivos e princípios da Resolução.<sup>18</sup>

A obrigatoriedade de criar uma convenção e ainda submetê-la ao ente regulador evidencia o que Ayres e Braithwaite denominam de “autorregulação obrigatória” (*enforced self-regulation*). Essa estratégia regulatória, que se apresenta como um meio termo à polarização entre desregulação e regulação forte, parte do pressuposto de que em determinados contextos a regulação será mais eficiente se o setor regulado assumir algumas funções regulatórias: (i) criação de regras; (ii) seu monitoramento/fiscalização; e (iii) o julgamento sobre o cumprimento ou não dessas regras (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 103). Contudo, não há liberdade, como na autorregulação pura e simples, pois o ente regulador não apenas estabelece diretrizes mínimas a serem observadas na criação das regras, mas também toma para si o papel de análise e ratificação.

Outra evidência de autorregulação obrigatória se refere à criação de uma estrutura de governança, que tem como objetivo garantir: (i) a representatividade e a pluralidade de instituições e segmentos participantes; (ii) o acesso não discriminatório das instituições participantes; (iii) a mitigação de conflitos de interesse; e (iv) a sustentabilidade do Open Banking.<sup>19</sup> Percebe-se, portanto, a delegação de algumas das funções regulatórias citadas – monitoramento, fiscalização e julgamento.

Esses exemplos não deixam dúvida quanto à opção, pelo Banco Central, de empregar uma regulação responsiva na regulamentação do Open Banking. Contudo, o texto da Resolução não positivou a possibilidade de autorregulação, apenas de autorregulação obrigatória, que, para Ayres e Braithwaite, seria uma estratégia interessante de se adotar como nível intermediário de uma pirâmide regulatória e não como a base – o que ocorre no caso brasileiro. Os autores priorizam a autorregulação dos agentes sem interferência *a priori* do ente regulador, pois essa medida favoreceria a criação de regras mais interessantes para os regulados, já que estes não são limitados por um escopo pré-definido, como ocorre na autorregulação obrigatória.

Apesar disso, é de se reconhecer, como já ressaltado anteriormente, que a análise do desenho regulatório mais adequado irá depender do contexto que se pretende intervir. Portanto, não existem soluções pré-definidas ou modelos regulatórios universais e aplicáveis a toda e qualquer situação. Há setores em que adotar a autorregulação como medida regulatória principal será mais adequado para a regulação de outros setores. Contudo, considerando a recente edição da LGPD e o fato de o compartilhamento de dados ser um tema sensível e caro à sociedade, a escolha regulatória feita pelo BC parece justificável, na medida em que prioriza a segurança e proteção de direitos fundamentais dos consumidores.

### 2.3 Desenho regulatório baseado em um escalonamento de técnicas de intervenção estatal: técnicas de persuasão e punição

À luz da regulação responsiva, métodos de persuasão devem ser priorizados em detrimento de técnicas punitivas, que deveriam ser aplicadas em situações extremas nas quais formas mais brandas de intervenção regulatória não tenham surtido efeito.

<sup>18</sup> Art. 46. O Banco Central do Brasil deverá: (...) II - participar do processo de elaboração da convenção de que trata o art. 44, de forma a garantir o cumprimento dos objetivos previstos no art. 3º e a observância dos princípios de que trata o art. 4º.

Art. 47. O conteúdo da convenção de que trata o art. 44, bem como suas alterações, devem ser submetidos à aprovação do Banco Central do Brasil, nos prazos por ele estabelecidos. (Redação dada pela Resolução Conjunta 3, de 24/6/2021).

<sup>19</sup> Artigo 44, § 1º, da Resolução Conjunta1/2020.

Não obstante a Resolução determinar que as instituições participantes devem agir com ética, responsabilidade, transparência, bem como preservar a segurança e privacidade dos dados compartilhados,<sup>20</sup> inexistente previsão legal específica estabelecendo técnicas de persuasão ou até de punição a serem empregadas pelo ente regulador, na hipótese de o agente regulado adotar condutas não desejáveis. O máximo que se tem são normas determinando que a convenção a ser celebrada pelas instituições participantes estabeleça procedimentos de mecanismos e controle para o tratamento e resolução de disputas, bem como mecanismos de transparência e divulgação de indicadores de desempenho ao público.

Porém, é de se reconhecer que isso não significa a impossibilidade de se aplicarem estratégias persuasivas ou, em casos mais graves punitivas. Outros instrumentos legais compõem o arcabouço jurídico aplicável ao Open Banking, como a própria LGPD, que positiva diferentes formas de persuasão e punição para aqueles se comportarem de forma inadequada. Em seu art. 52, essa norma estabelece o seguinte escalonamento de sanções: advertência, multas, publicização da infração, bloqueio dos dados pessoais, eliminação dos dados pessoais, suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração, suspensão do exercício da atividade e, por fim, proibição total ou parcial do exercício das atividades.

Percebe-se, portanto, a previsão legal de um escalonamento piramidal de técnicas de intervenção estatal, que parte de métodos mais brandos para outros de caráter mais rígidos.

Outro aspecto interessante que consagra a ideia de responsabilidade responsável é a previsão de parâmetros e critérios a serem considerados quando da aplicação da pena,<sup>21</sup> entre os quais estão inclusos: (i) a boa-fé do infrator; (ii) sua cooperação; (iii) a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano; (iii) a adoção de política de boas práticas e governança. Todos estes consagram o diálogo e a cooperação/colaboração, elementos essenciais da teoria.

Além da LGPD, destacam-se outras duas normas que consagram a regulação responsável: a Lei 13.506, de 13 de novembro de 2017, e a Circular 3.857, de 14 de novembro de 2017. Esses instrumentos legais tratam do Processo Administrativo Sancionador no âmbito de assuntos regulados pelo BC. Assim como a LGPD, é possível identificar uma estrutura piramidal de penalidades que podem ser aplicadas na hipótese de condutas que violem preceitos legais. Estas estão previstas no art. 1º da Circular: admoestação pública, multa, proibição de prestar determinados serviços; proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação; inabilitação para exercer determinadas atividades; e cassação de autorização para funcionamento.

Ainda na mesma linha do que prevê a LGPD, foi estabelecida como critério para dosar a sanção a ser aplicada a colaboração do infrator com o BC para a apuração da infração.<sup>22</sup> Ou seja, uma vez mais se evidenciam aspectos da regulação responsável aplicáveis ao Open Banking, ainda que fora do escopo da Resolução Conjunta 1/2020.

20 Art. 4º da Resolução Conjunta 1/2020.

21 Art. 52, § 1º As sanções serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados os seguintes parâmetros e critérios: I - a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a condição econômica do infrator; V - a reincidência; VI - o grau do dano; VII - a cooperação do infrator; VIII - a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II do § 2º do art. 48 desta Lei; IX - a adoção de política de boas práticas e governança; (BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

22 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. (BRASIL. Presidência da República. Lei 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).

## Considerações finais

A análise feita no decorrer do trabalho permitiu constatar que o BC incorporou alguns dos principais elementos da regulação responsiva ao desenho regulatório do Open Banking – diálogo e cooperação/colaboração. Contudo optou por não inserir na Resolução Conjunta 1/2020 um escalonamento piramidal de técnicas de intervenção estatal, deixando a possibilidade de aplicação subsidiária de outras normas que preveem tal escalonamento (LGPD e normas sobre o processo administrativo sancionador do BC).

Ayres e Braithwaite, ao desenvolverem a teoria da regulação responsiva, deixaram claro que não há soluções ótimas de regulação pré-definidas, mas sim soluções que respondem melhor em um determinado contexto do que outras, tendo em vista a configuração plural que existe em dado momento histórico (AYRES, BRAITHWAITE, 1992, p. 5). Considerando que agentes econômicos reagem a incentivos, saber identificar qual ação irá gerar a reação esperada é fundamental para o sucesso de uma política regulatória. Cada contexto irá demandar diferentes níveis e formas de intervenção e não se restringir ao modelo clássico de comando controle pode ser a receita para alcançar o resultado esperado.

O BC, dentro da sua discricionariedade, optou, ao menos até o momento, por modelo em que os entes regulados possuem menos autonomia, mas que ainda assim busca preservar o diálogo e a cooperação/colaboração entre as partes. Como o Open Banking ainda está em processo de implementação, não é possível constatar se esta foi a melhor opção regulatória para o contexto brasileiro. No entanto, parece justificável pela sensibilidade do tema “compartilhamento de dados”.

Por isso, é importante que o BC, em conjunto com os entes regulados, promova constantemente o monitoramento e a adaptação do desenho proposto quando o contexto assim demandar, mas sempre atentando para a importância do diálogo entre as partes, para a construção de uma regulação responsiva dinâmica e flexível.

## Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Projeto Prioritário Regulação Responsiva**. 5 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/hotsites/regulacao-responsiva>. Acesso em: 31 jul. 2021.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford, UK: Oxford University Press. 1992.

BANCO CENTRAL. Open Banking. **Implementação do Open Banking**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/openbanking>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BLACK, Julia; BALDWIN, Robert. Really Responsive Regulation. **The Modern Law Review**, v. 71, p. 59-94, 2008.

BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. **UBCS Law Review**. Vol. 44:3.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Resolução ANATEL nº 746, de 22 de junho de 2021**. Aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatória.

BRASIL. Ministério da Economia e Banco Central do Brasil. **Aviso de Consulta Pública nº 73/2019**.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Circular nº 3.857, de 14 de novembro de 2017**.

BRASIL. Ministério da Economia e Banco Central do Brasil. **Comunicado nº 33.455, de 24 de abril de 2019**. Divulga os requisitos fundamentais para a implementação, no Brasil, do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking).

BRASIL. Ministério da Economia e Banco Central do Brasil. **Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020**. Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking).

BRASIL. Presidência da República. **Lei 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; altera a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, a Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, a Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001, a Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006, a Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, a Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013, a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, o Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, o Decreto-Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946, e a Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001; revoga o Decreto-Lei nº 448, de 3 de fevereiro de 1969, e dispositivos da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999; e dá outras providências.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

BBVA. CORCORAN, Edward. **Open banking regulation around the world**. 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.bbva.com/en/open-banking-regulation-around-the-world/>. Acesso em: 4 ago. 2021.

BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. **UBCS Law Review**. Vol. 44:3. 2011.

DELOITTE. EMEA Center for Regulatory Strategy. **Open Banking around the world - Towards a cross-industry data sharing ecosystem**. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/global/en/pages/financial-services/articles/open-banking-around-the-world.html>. Acesso em: 4 ago. 2021.

FARIAS, S. F. et al. A regulação no setor público de saúde no Brasil: os (des) caminhos da assistência médico-hospitalar. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, 2011.

GOETTENAUER, Carlos. Open banking e teorias de regulação da Internet. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 82, 2018.

GOETTENAUER, C. Regulação Responsiva e a Política de Segurança Cibernética do Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 131-146, maio 2019.

JESUS, C. M. D. **Teoria responsiva na regulação pela Anatel sobre o serviço móvel pessoal 4G**. Brasília: Biblioteca Digital de Monografias da UnB, 2015.

MOURA, Rodrigo Sérgio Ferreira de. **Regulação do agronegócio da fruticultura no Semiárido sob o prisma da teoria da Regulação Responsiva**. 2019. 152 f., il. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

OPEN BANKING BRASIL. **Open Banking no mundo**. Disponível em: <https://openbankingbrasil.org.br/2021/05/18/open-banking-no-mundo-2/>.

PARKER, Christine. Twenty Years of Responsive Regulation: An Appreciation and Appraisal. **Regulation & Governance**, 2013, 7(1), 2-13. p. 3.

SOUZA, Ane Rodrigues da Cruz. **Open banking: os desafios à proteção de dados pessoais**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Monitoramento. **Acórdão 1.665/2014-TCU-Plenário** Arrecadação de multas aplicadas por agências reguladoras e outros órgãos e entidades federais com atribuições de fiscalização e controle. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wuElOCSscPaYJ:https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf%3FcodFiltro%3DSAGAS-SESSAO-ENCERRADA%26seOcultarPagina%3DS%26itemo%3D593764+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>.

VEIGA, Fábio da Silva; GIBRAN, Sandro Mansur; BONSERE, Silvana Fátima Mezaroba. Open Banking: expectativas e desafios para o mercado financeiro no Brasil. **Administração de Empresas em Revista**. v. 1, n. 15 (2019).

WANDSCHEER, Lucelaine dos Santos Weiss; JARUDE, Jamile Nazaré Duarte Moreno; VITA, Jonathan Barros. O sistema financeiro aberto (open banking) sob a perspectiva da regulação bancária e da lei geral de proteção de dados. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**. v. 6, n. 1 (2020).

# Perspectivas do Estágio Atual das Discussões para a Implementação da *Central Bank Digital Currency* no Brasil em Comparação com a Suécia e com os Estados Unidos da América

Rubia Carneiro Neves\*

Guilherme da Silva Alves Motta\*\*

*Introdução. 1 Aspectos gerais das moedas digitais dos bancos centrais. 1.1 Presença de intermediários. 1.2 Infraestrutura tecnológica centralizada ou descentralizada (blockchain). 1.3 Mecanismo de disponibilização. 1.4 Usuários. 2 Perspectivas da implementação da CBDC (pontos positivos e negativos). 3 Desenvolvimento atual das CBDCs no Brasil em comparação com a Suécia e com os Estados Unidos da América. 3.1 Previsão de pagamento em varejo. 3.2 Capacidade de pagamento offline. 3.3 Distribuição intermediada ao público como uma extensão da moeda física. 3.4 Ausência de remuneração. 3.5 Aderência aos princípios de privacidade e segurança relativa à proteção de dados. 3.6 Prevenção à lavagem de dinheiro. 3.7 Pagamentos transfronteiriços (interoperabilidade e integração). 3.8 Resiliência e segurança cibernética. 3.9 Desenvolvimento de modelos inovadores. 3.10 Segurança Jurídica. Considerações finais. Referências.*

## Resumo

Considerado o intenso debate sobre a adoção de *Central Bank Digital Currencies* (CBDCs), as moedas digitais emitidas por bancos centrais, neste trabalho, procurou-se determinar o estágio das discussões para a sua introdução no Brasil. Para tanto, realizou-se o exame de aspectos gerais da CBDC, as perspectivas de sua adoção no território brasileiro, as etapas superadas e as que ainda dependem de solução, em comparação com o estágio da discussão a respeito da emissão da moeda digital pelos bancos centrais da Suécia e dos Estados Unidos da América (EUA). Como resultado, apurou-se que se pretende implantar a CBDC brasileira, cujos contornos foram definidos por meio da publicação de dez diretrizes norteadoras de sua adoção, dentre elas, a manutenção das instituições financeiras e de pagamento como intermediárias da disponibilização ao público da moeda digital, como uma extensão da moeda física, a preservação do sigilo bancário e a proteção de dados pessoais dos usuários. Em relação à comparação com a Suécia e os EUA, concluiu-se que, embora diferentes os estágios do processo para introduzir a CBDC em seus territórios, os três países, com algumas diferenças, estão observando diretrizes essencialmente comuns.

**Palavras-chave:** CBDC. Moeda digital. Banco Central do Brasil. Meio de pagamento.

---

\* Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora Associada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Sistema Financeiro Nacional: negócios e regulação.

\*\* Bacharel em Direito pela UFMG.

## *Perspectives on the current stage of discussions for the implementation of the Central Bank Digital Currency in Brazil compared to Sweden and the United States of America*

### *Abstract*

*In the context of intense debate on the adoption of the Central Bank Digital Currency (CBDC), the digital currency issued by central banks, this paper was dedicated to determining the stage of discussions to introduce it in Brazil. To this end, the general aspects of the CBDC were examined, as well as the prospects for its adoption in the Brazilian territory, the stages that have been overcome and those that remain to be solved. This study was elaborated in comparison with the stage of discussions to adopt the CBDC in Sweden and in the United States of America (USA). As a result of the survey, it was noted that it is intended to implement the Brazilian CBDC, whose outlines were defined through the publication of ten guidelines for its adoption, amongst them, the maintenance of financial and payment institutions as intermediaries in the availability to the public of digital currency as an extension of physical currency, the preservation of bank secrecy and the protection of users' personal data. Regarding the comparison with Sweden and the US, it was concluded that, although the stages of the process to introduce CBDC in their territories differ, the three countries, with some differences, are observing essentially similar guidelines.*

**Keywords:** CBDC. Digital currency. Central Bank of Brazil. Payment methods.

### **Introdução**

Revela-se cada vez mais frequente a inclusão de inovadoras alternativas de serviços e modos de funcionamento no sistema financeiro. O uso de ferramentas digitais, como as plataformas eletrônicas que são vistas na atuação das *fintechs*, na emissão e circulação das chamadas criptomoedas, ou do aparato tecnológico que é utilizado para manter em funcionamento o Pix, são exemplos que retratam esses novos serviços e modificações. Nesse contexto, as moedas digitais emitidas pelos bancos centrais, ou as *Central Bank Digital Currencies* (CBDCs), são concebidas como alternativa aos meios de pagamentos atualmente disponíveis, oferecendo a possibilidade de promover a extinção de obrigações com moeda oficial, inteiramente disponibilizada em meio digital.

Alguns bancos centrais, como o do Brasil, o da Suécia e o dos Estados Unidos da América (EUA), têm desenvolvido pesquisa e experimentos para avaliar quanto à possibilidade de adoção da CBDC e a melhor maneira de fazê-lo, considerando as particularidades de cada Estado, bem como os objetivos de suas políticas monetárias.

Com base nessa verificação, objetivou-se com este trabalho mapear o estágio das discussões para a implementação da CBDC no Brasil, identificando em que medida há previsão normativa a seu respeito, os possíveis modelos e desafios quanto à sua adoção, isso verificado em comparação com o nível de desenvolvimento do procedimento para adotá-la na Suécia e nos EUA, ambos escolhidos, primeiro, por causa de sua proeminência econômica; segundo, porque sobre eles foi localizado material que permitiu a análise comparativa planejada, e terceiro, porque os dois apresentam diferenças quanto ao estágio das discussões sobre a implantação da moeda digital emitida por banco central.

Para desenvolver o mapeamento pretendido, realizou-se pesquisa qualitativa em documentos e relatórios localizados nas páginas oficiais dos bancos centrais dos três países analisados, bem como em material bibliográfico. Os materiais analisados foram coletados por meio de levantamento na internet, na plataforma Google, por meio de palavras-chave como “CBDC”, “moeda digital” e “banco central”.

Além desta introdução, da conclusão e das referências bibliográficas, o presente trabalho foi elaborado com mais três tópicos.

No segundo, buscou-se discorrer a respeito dos aspectos gerais das CBDCs e sobre a variedade de características que uma moeda dessa espécie pode adotar. Nesse sentido, procedeu-se à conceituação das moedas digitais emitidas por bancos centrais e à apresentação do regime jurídico a que se submete a emissão de moeda oficial.

Abordou-se, no terceiro, a respeito das perspectivas de utilização da CBDC, com a demonstração dos possíveis pontos positivos, negativos e as motivações localizadas que podem justificar a sua implementação pelo banco central.

Finalmente, no quarto capítulo, buscou-se apresentar o estágio de desenvolvimento atual das CBDCs no Brasil, em comparação com aqueles identificados na Suécia e nos Estados Unidos da América. Nesse sentido, foram abordadas cada uma das diretrizes elencadas pelo banco central brasileiro, buscando-se, em seguida, identificar a sua correspondência ou não nos demais países estudados.

## **I Aspectos gerais das moedas digitais dos bancos centrais**

Para apresentar o estágio atual das discussões para implementar a CBDC, a moeda digital emitida por bancos centrais, é oportuno, em um primeiro momento, apresentar alguns breves elementos do regime jurídico que delinea os contornos do que tem sido admitido como moeda, pois, sendo a CBDC uma espécie desse objeto, é necessário revisar as normas que regem a emissão do Real, moeda oficial em circulação no território brasileiro. Nesse sentido, verifica-se que a Constituição da República Federativa de 1988, em seus arts. 21, VII e 164, atribui à União a competência de realizar, por meio do Banco Central do Brasil (BC), a emissão de moeda; e que a Lei 9.069, de 29 de junho de 1995, que criou o real, em seu art. 1º, estabelece o seu curso legal no território brasileiro.<sup>1</sup> Destaca-se, ainda, o art. 315 do Código Civil, que reafirma o curso legal da moeda ao prevê-la como o instrumento capaz de promover a extinção das obrigações em geral.<sup>2</sup>

Como figura jurídica decorrente da soberania de cada Estado, que, dentro de seu território, pode legislar sobre as formas e as regras de sua produção e circulação (MOREIRA, 2017), a moeda oficial se caracteriza como o objeto dotado de curso forçado, legal, sendo reconhecida pelo ordenamento jurídico como o instrumento capaz de satisfazer quaisquer obrigações pecuniárias de forma válida e eficaz (NEVES, 2018).

Considerando os dispositivos constitucionais citados, não haveria óbice para a introdução da moeda digital no território brasileiro por parte do BC. Todavia, verifica-se que os arts. 10 e 12 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, preveem, respectivamente, a competência do BC para emitir moeda-papel e moeda metálica e a determinação de que atuará como banco, exclusivamente se

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei 9.069/95. Art. 1º A partir de julho de 1994, a unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o REAL, que terá curso legal em todo o território nacional.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei 10.406 de 2002. Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal (...).

relacionando com instituições financeiras, sendo a ele vedada a realização de atividades bancárias diretamente com outros tipos de pessoas de direito público ou privado.

Assim, haverá necessidade de reforma<sup>3</sup> do art. 10 da Lei 4.595/1964, para incluir em sua redação a competência do BC para também emitir moeda na modalidade digital. E, caso a opção seja emitir a CBDC sem a participação de intermediários, será necessário alterar a redação do art. 12, para permitir relação direta entre o BC e os usuários finais.<sup>4</sup>

Com base no regime jurídico em vigor, cabe questionar sobre como será regida a moeda digital em vias de ser criada pelo BC.

Todavia, determinar como será a regência da CBDC brasileira não se traduz em tarefa simples, pois se está diante de extensa variedade de possíveis formatos, métodos e tecnologias que podem ser usados para criá-la, cuja determinação dependerá do tipo de escolha a ser feita pelo governo brasileiro.

Nesse sentido, cabe apresentar os possíveis contornos que uma moeda digital emitida por banco central pode vir a adotar, a começar por admiti-la como o objeto criado para circular com acesso universal, eletrônico, a qualquer tempo, cujo valor se apresenta indexado em moeda nacional, podendo oferecer ou não o pagamento de juros com base no balanço patrimonial do banco central emissor (BARRDEAR; KUMHOF, 2016).

O diagrama apresentado a seguir mostra a relação entre a CBDC e outros modelos de moeda. No quadro, o círculo rosa apresenta as modalidades emitidas por banco central. Por sua vez, o círculo amarelo expõe os modelos que dispõem de acesso universal, enquanto o círculo verde exhibe as modalidades de moeda que se caracterizam como eletrônicas. Nesse sentido, na interseção entre o círculo rosa e o amarelo, está o dinheiro em espécie; na interseção entre o círculo rosa e o verde, aparece a moeda escritural lastreada nos ativos de reserva bancária (depósitos à vista coletados da população depositados na conta Reservas Bancárias mantida no banco central); e, na interseção entre o círculo amarelo e verde, encontra-se a moeda eletrônica, como as depositadas em contas de pagamento pré-pagas; finalmente, na interseção entre os três círculos, está a CBDC.

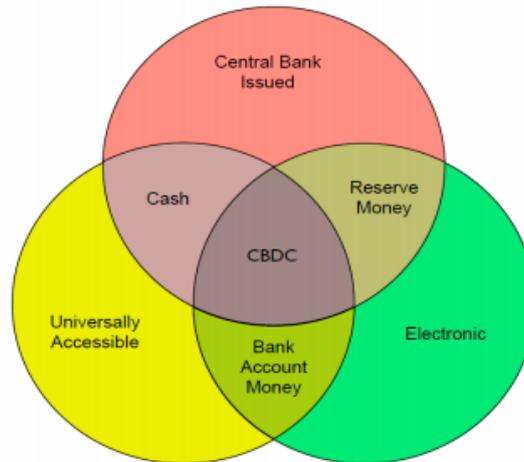
Assim, depreende-se que o dinheiro em espécie tem como características: 1) ser emitido por um banco central; e 2) ser universalmente acessível. Já o que se chama de moeda escritural, é um crédito, direito pessoal patrimonial, que tem por atributos: ser eletrônico e emitido pelos bancos privados com base nas reservas bancárias disponíveis perante o banco central. As chamadas moedas eletrônicas são créditos derivados da moeda escritural, restritos a pagamentos eletrônicos e transferências, sem a possibilidade de serem emprestados (COSTA; NEVES; SILVA, 2021, p. 28-30; 46-47). A CBDC aparece como o único tipo de meio de pagamento na interseção dos 3 conjuntos do diagrama, notabilizando-se como sendo emitido pelo banco central, no formato eletrônico e universalmente acessível.

---

3 O Projeto de Lei Complementar (PLP) 9, proposto na Câmara dos Deputados, no dia 24 de fevereiro de 2022, planeja modificar ambos os artigos da Lei 4.595/1964. No art. 10, propõe-se incluir competência do BC, para emitir também a moeda em formato digital. No art. 12, pretende-se incluir os §1º e §2º que dispõem sobre a definição de carteiras digitais e sua disponibilização por instituições autorizadas pelo Banco Central. Todavia, por propor manter a vedação de realização, parte do banco central, de operações bancárias diretamente com os usuários finais, verifica-se estar a proposta de lei fazendo opção pela CBDC com a participação de intermediários em sua distribuição (BRASIL, 2022).

4 No que se refere à proposta de reforma do art. 12 da lei brasileira, localizou-se notícia de propositura de projeto com objetivo similar no Congresso dos EUA, apresentado pelo congressista republicano Tom Emmer. Tal projeto visa emendar o *Federal Reserve Act*, modificando a sua seção 13, para proibir o FED de ofertar serviços diretamente aos usuários da CBDC. Ressalte-se que este deputado defende a chamada CBDC aberta, característica muito criticada em virtude do seu alto custo [Cf. subtópicos 2.2 e 2.3 deste trabalho] (EMMER, 2022).

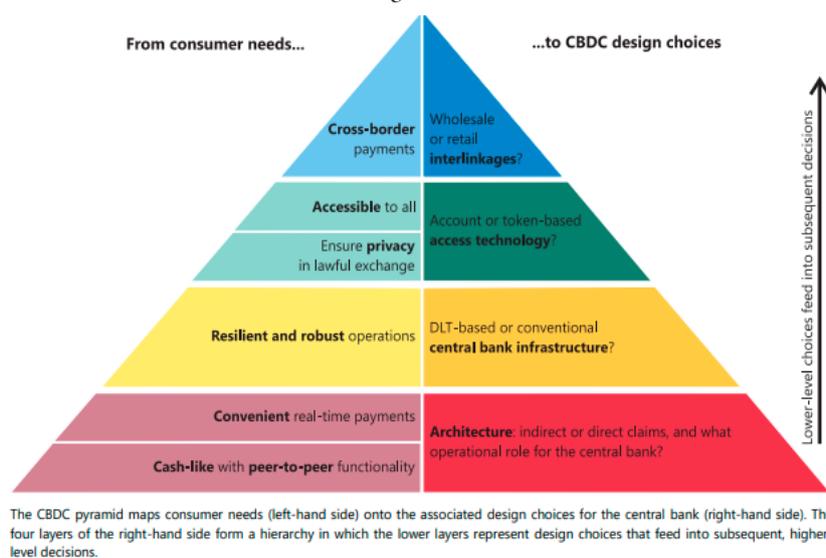
Figura 1 - Diagrama



Fonte: Ole Bjerg (2017, p.6)

No que se refere aos métodos e tecnologias utilizadas na criação de uma CBDC, verifica-se que estas podem ser adotadas conforme as características desejadas para a moeda digital emitida por banco central. Nesse sentido, a escolha envolve certos aspectos. A pirâmide apresentada a seguir elenca algumas das possibilidades e potenciais formatos de CBDCs: no lado esquerdo da figura estão listadas as necessidades dos consumidores, como a acessibilidade, a privacidade, a resiliência, dentre outros. Do lado direito, estão arroladas algumas das possíveis escolhas de *design* de uma CBDC, como a *distributed ledger technology* (DLT) ou a centralizada, com adoção de sistemas tradicionalmente usados pelos bancos centrais, ou com tecnologia de acesso à CBDC por meio de conta ou token. Arquitetura direta, indireta ou híbrida e a determinação dos usuários da moeda digital, seja voltada ao público geral (varejo) ou somente a instituições financeiras (atacado).

Figura 2



Fonte: Auer e Böhme (2020)

Vistas de forma geral as possíveis características da CBDC, passa-se a detalhar algumas delas.

## 1.1 Presença de intermediários

A implementação de uma CBDC depende de escolhas em relação ao seu *design*, o que influenciará na definição do modelo final da moeda digital. Um aspecto a ser escolhido se refere aos agentes envolvidos na emissão e circulação da CBDC, ou seja, à determinação de que papéis venham a ser desempenhados tanto pelo banco central, quanto por agentes privados intermediários, como bancos e outras espécies de instituições financeiras. Nesse panorama, destacam-se três principais modelos distintos, quais sejam, uma CBDC direta, indireta ou híbrida.

No modelo de CBDC direta, a moeda é reivindicada diretamente perante o banco central, que a fornece diretamente ao varejo e realiza os registros de todas as transações. Nesse caso, não há intermediário.

Na CBDC indireta, o consumidor reivindica a moeda por meio de um intermediário, que realiza todos os pagamentos de varejo, enquanto o banco central executa o registro somente de transferências de atacado.

No modelo híbrido, o consumidor também reivindica a moeda por meio do intermediário, que realiza os pagamentos do mercado varejo, entretanto, esse modelo permite a reivindicação direta junto ao banco central que também realiza o registro das transações de forma centralizada e fornece uma estrutura técnica de *backup* na eventualidade de uma falha no registro do intermediário (AUER et al., 2020).

## 1.2 Infraestrutura tecnológica centralizada ou descentralizada (*blockchain*)

Quanto à infraestrutura tecnológica de uma CBDC, a escolha pode recair tanto sobre métodos convencionais já utilizados por bancos centrais, isto é, com base em um registro centralizado das transferências ou, pode-se optar pela tecnologia DLT, modelo utilizado por diversas criptomoedas.

A DLT ou tecnologia de registro distribuído, é um modelo que se baseia na distribuição dos registros das transações por parte de diversos participantes que armazenam simultaneamente os pagamentos realizados. Ao contrário do modelo de DLT utilizado por algumas criptomoedas, no qual todos podem atuar como participantes e realizar tais registros, no cenário de criação de uma CBDC, a atuação seria restrita a participantes previamente autorizados, tendo em vista o alto custo econômico de um modelo fundado sem a exigência de prévia permissão<sup>5</sup>.

Uma das principais vantagens da utilização da DLT em relação ao sistema centralizado do ponto de vista da segurança e invulnerabilidade do sistema, advém da maior suscetibilidade de o sistema tradicional estar sujeito a um ataque direcionado. Embora esse tipo de sistema também armazene os registros em locais diferentes, o envio dos dados parte de uma fonte centralizada e, por isso, fica suscetível a específicos ataques. Em contrapartida, no modelo DLT, como os registros são realizados de maneira independente por cada um dos participantes autorizados, ou seja, não há uma entidade centralizada provedora dos registros, dificulta-se o ataque direcionado ao sistema, eis que os lançamentos são realizados de forma descentralizada (AUER; BÖHME, 2020).

---

<sup>5</sup> Embora seja tecnicamente possível adotar este modelo *permissionless*, a tecnologia utilizada (*proof of work*), mostra-se custosa do ponto de vista econômico. O consumo de energia realizado pelos computadores neste processo é elevado. Cf. BIS, Working Papers n. 976.

### 1.3 Mecanismo de disponibilização

Outro aspecto a ser objeto de escolha, refere-se à privacidade dos usuários ao usar a CBDC para efetuar pagamentos ou transferências. Caso a utilização da CBDC ocorra por meio de tokens, preserva-se a privacidade do usuário. Sendo via abertura de conta, a identidade do usuário não se mantém completamente oculta.

O modelo de abertura de conta exige a criação de sistema capaz de atrelar cada usuário a uma conta centralizada, o que pode ocasionar desencontro com sistemas de outras jurisdições, dificultando a remessa da moeda para outros países.

Por outro lado, a opção fundada no modelo de token apresenta alguns obstáculos. Para as autoridades, verifica-se a dificuldade para identificar o fluxo do dinheiro e os indivíduos envolvidos em transações potencialmente ilícitas. No que se refere ao usuário, admite-se a possibilidade da perda de fundos, caso acidentalmente haja o compartilhamento de sua chave privada (AUER; BÖHME, 2020).

### 1.4 Usuários

A escolha do *design* de moeda digital a ser emitida por banco central depende de se definir quais serão os agentes habilitados a usar a CBDC. Destarte, o banco central poderá decidir pela criação de uma CBDC de varejo, isto é, voltada para o público em geral e utilizada como equivalente ao papel-moeda, ou a escolha pode recair sobre uma CBDC de atacado, disponibilizada somente para instituições financeiras como, por exemplo, na liquidação de transações interbancárias e outras transferências de atacado.

O principal argumento para a utilização da CBDC de atacado é que o sistema de liquidação das transações financeiras pode vir a se tornar mais eficiente, no que se refere a três aspectos. Primeiro, quanto aos custos operacionais para realizar guarda segura das reservas de valor, considerando a ausência de custos com transporte, armazenamento e segurança das notas (COMMITTEE ON PAYMENTS AND MARKET INFRASTRUCTURES, MARKETS COMMITTEE, 2018).

Depois, em relação à segurança de que as transferências somente ocorram com efetiva liquidação do pagamento depois de atendidas às condições estabelecidas, como a programação de uma CBDC de atacado, de modo a automatizar o processo de pagamento das obrigações e auxiliar na redução de riscos. E, por fim, tendo em vista que a CBDC seria implementada com base em uma nova infraestrutura tecnológica, seu *design* pode ser voltado para a interoperabilidade, isto é, para a realização de transferências transfronteiriças, entre múltiplos sujeitos de nacionalidades distintas (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, 2021).

No caso da CBDC de varejo, a sua característica marcante é ser semelhante ao dinheiro físico, eis que disponibilizada para o público em geral, o que a torna uma alternativa de acesso ao sistema financeiro, prometendo ampliar, por sua vez, a inclusão financeira de seus usuários.

Nesse sentido, a escolha da arquitetura da CBDC a ser emitida decorrerá dos contornos da política monetária adotada pelo banco central emissor, em cujo contexto, percebe-se a influência que tem exercido a evolução de tecnologias aplicáveis aos meios de pagamentos, inclusive as envolvidas no surgimento da Bitcoin e das demais criptomoedas. Essas inovações atuaram como importante alerta quanto à possibilidade de utilização desses novos objetos para efetuar pagamentos e transferências de valores, independentemente dos Estados soberanos e de seus sistemas de pagamento.

Sendo assim, as CBDCs surgem como uma possível solução, por parte dos estados, diante da ameaça às moedas soberanas trazidas pelas novas tecnologias de pagamento e, especialmente pela experiência das criptomoedas, eis que se projeta para o futuro, que juntamente com as *fintechs*, tendem a provocar ainda mais mudanças no modelo vigente do sistema de pagamentos (BECH *et al.*, 2018).

Com base nesse entendimento, o interesse dos Estados em CBDCs vem não somente da experiência das criptomoedas, mas também devido à popularidade de ideias sobre *narrow banking* depois da crise de 2008, e especialmente da experiência da libra/diem, que ocasionou diversas consultas de alto nível e a formação de grupos de trabalho, como o de *global stablecoins* no G7 (FRANCO, 2020).

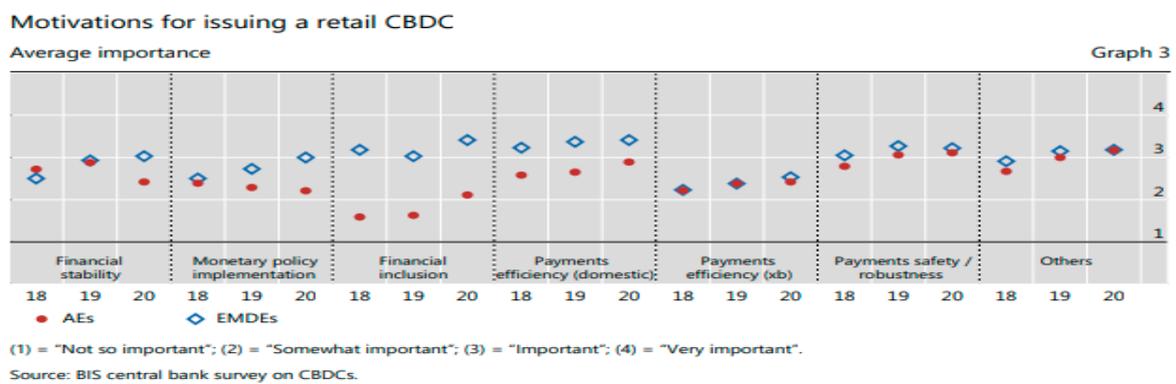
Nota-se, diante do exposto, a variedade de aspectos que podem determinar o formato de uma CBDC, cuja escolha dependerá, por óbvio, do estudo, por parte dos bancos centrais, das características e consequências de cada opção e de combiná-los aos interesses da política monetária do Estado que a emitirá. Para avançar na compreensão dos possíveis formatos de CBDC, o tópico seguinte dedica-se a apresentar as perspectivas de sua introdução.

## 2 Perspectivas da implementação da CBDC (pontos positivos e negativos)

Apresentadas as características que a CBDC pode ter, neste tópico buscou-se elencar as principais justificativas para adoção da moeda digital emitida por bancos centrais.

Apesar de ter sido localizada pesquisa de 2021,<sup>6</sup> dando notícia da disposição dos bancos centrais em estudar a adoção da CBDC, as razões que suscitaram esse interesse foram mapeadas em relatório de pesquisa realizada em conjunto por bancos centrais de algumas economias avançadas e de países emergentes entre os anos de 2018 e 2020. Em tal trabalho, localizou-se a figura abaixo exibida, em que podem ser verificados os principais motivos que justificam a implementação da CBDC de varejo. Os pontos em vermelho mostram a média das respostas dos bancos centrais de economias avançadas, enquanto as marcações em azul representam as respostas dos bancos centrais de economias emergentes e em desenvolvimento.

Figura 3



Fonte: Boar e Wehrli (2021)

<sup>6</sup> De acordo com pesquisa realizada pelo *Bank of International Settlements* (BIS) junto aos bancos centrais e publicada em janeiro de 2021, cerca de 86% dos bancos centrais interrogados afirmaram estar envolvidos em trabalhos cujo objeto de pesquisa é a CBDC. (BOAR; WEHRLI, 2021)

As respostas evidenciam que a decisão para se emitir a CBDC advém do interesse em promover estabilidade financeira, eficiência, segurança, inclusão financeira, redução de custos dos pagamentos e a melhoria na prestação de serviços relacionados a pagamentos transfronteiriços.

A introdução de uma CBDC traria consigo mudanças no funcionamento do sistema financeiro, inclusive, no que se refere à estabilidade financeira. Nesse sentido, por meio da implementação da CBDC de varejo, sem intermediários, seja por meio de *token* ou abertura de conta, o banco central transfere para si a função, anteriormente desempenhada pelos bancos privados, de registrar e realizar os depósitos das transferências efetuadas pelos usuários.

Nesse quadro, considerando a adoção do modelo sem intermediários na emissão e circulação da CBDC e, tendo em vista que os bancos privados perderiam esse papel de principal fornecedor de dinheiro e de meios de pagamentos à população, a implementação de da CBDC permitiria, portanto, que uma eventual falência de um banco privado não tenha o mesmo peso de hoje no que se refere à estabilidade financeira, já que sem a profunda interconexão dos bancos privados no que se refere à liquidez e aos pagamentos, a falência de determinado banco ou outro tipo de instituição financeira repercutiria negativamente perante os seus clientes e credores, mas não em uma escala global (PRATES, 2018).

No que se refere à eficiência e à redução de custos dos pagamentos, comparada aos modelos *cashless* oferecidos atualmente, a emissão da CBDC promete ser realizada com menor custo e mais praticidade, pois o uso da tecnologia digital por parte do banco central acarretaria a redução de elevados custos com o armazenamento e o transporte das notas, além de reduzir a necessidade de contratação de serviços voltados à segurança. (YANAGAWA; YAMAOKA, 2019).

Alega-se que a inclusão financeira decorreria, em especial, em mercados emergentes e economias em desenvolvimento, da solução de questões como dificuldades de locomoção geográfica (BOAR; WEHRLI, p. 7, 2021), como é o caso do chamado *Sand Dollar*, a CBDC das Bahamas, introduzida em 20 de outubro de 2020, para permitir que a população espalhada por 30 ilhas, algumas das quais bastante remotas, tenha acesso à moeda com as suas funcionalidades (BOAR; WEHRLI, 2021).

Outros problemas que seriam resolvidos com a adoção da CBDC seria o declínio do uso do dinheiro em espécie e do poder estatal de controlar os meios de pagamento em circulação, como é o caso da Suécia, que entre 2008 e 2018, teve queda em torno de 50% do volume de moedas físicas em circulação. Nesse panorama, a moeda digital do banco central promete oferecer acesso ao público de um meio de pagamento provido pelo estado (Sveriges Riksbank, 2018).

É importante ressaltar, nesse sentido, que a CBDC não promoverá a inclusão financeira por si só, tendo em vista que, a depender do modelo de moeda digital adotado, não terá qualquer utilidade para aqueles que não tenham acesso à eletricidade ou a qualquer meio de conexão com a internet. Assim, caso o banco central não ofereça uma alternativa digital estável e acessível para a realização de pagamentos, todos aqueles que não têm condição de utilizar as alternativas digitais privadas, ficarão desprovidos desse serviço essencial na economia moderna (PRATES, 2021).

Uma CBDC pode ser empregada, ainda, para promover a política monetária. Isso ocorre principalmente se o seu *design* permitir a vinculação da CBDC à incidência de juros. Assim, o impacto decorrente da fixação dos juros seria o elemento-chave da realização da política monetária, pois tenderia a produzir respostas por parte das instituições financeiras e, com isso, acarretaria elevada influência no mercado.

Nesse sentido, a CBDC emitida com juros poderia ser usada para precificar uma taxa que serviria de parâmetro na fixação do limite mínimo de diversas taxas de juros, o que facilitaria ao banco central controlar as taxas praticadas no mercado. Isso ocorreria, por exemplo, no modelo

sem a participação dos bancos como intermediários, já que, na hipótese de uma CBDC com juros, os bancos seriam forçados a aumentar a taxa de juros oferecida em troca dos recursos financeiros recebidos em depósitos, caso contrário, correriam o risco de ver tais valores serem retirados pelos clientes de suas contas para ser destinados à CBDC. (YANAGAWA; YAMAOKA, 2019).

E por fim, a introdução da CBDC pode facilitar a realização de pagamentos transfronteiriços, para isso indica-se a adoção de métodos de interoperabilidade em seu *design* e de medidas capazes de evitar práticas ilícitas como a lavagem de dinheiro ou o envio de valores ao exterior que possam caracterizar a evasão de divisas (AUER et al., 2021).

No que se refere à evasão fiscal, tem-se entendido que tudo dependerá do nível de anonimidade de seus usuários. Dessa forma, caso a estrutura da CBDC ofereça um nível de privacidade menor do aquele verificado em relação à moeda física, a sua introdução promoverá diminuição na evasão fiscal. Em contrapartida, caso a CBDC se assemelhe à moeda física, no sentido de prover um elevado anonimato e uma baixa taxa de juros, a sua introdução poderá resultar em queda na declaração de sua titularidade não somente daqueles que usualmente sonégam impostos, mas estimular a sonegação dos que declaram seus ganhos corretamente (WANG, 2021).

Como se vê, a adoção da moeda digital tem sido anunciada com a promessa de criação de infraestrutura apta a facilitar o comércio global, auxiliar nas inovações do setor privado e preparar o sistema financeiro para o mundo digital, eis que tende a viabilizar maior velocidade no comércio, além de permitir com mais eficiência a fluidez do dinheiro nos mercados domésticos e internacionais e de oferecer as funcionalidades correspondentes à programabilidade e portabilidade eletrônica, não disponíveis na moeda física. (DIGITAL DOLLAR FOUNDATION, 2020).

Por tais motivos, as CBDCs têm sido propagandeadas como oportunidade de aprimorar o sistema de pagamentos digitais, potencialmente limitando seus riscos, trazendo segurança para seus usuários e criando condições de promover a estabilidade financeira diante da ameaça provocada pelas alternativas privadas das moedas soberanas, como as *stablecoins* e as criptomoedas, que podem se tornar dominantes. Como essas são emitidas por atores que não são responsáveis pelo bem-estar público, sua emissão e negociação podem estar dissociadas do propósito de apoiar a estabilidade do sistema financeiro (AUER et al., 2021).

Por fim, para incrementar a reflexão sobre as perspectivas de adoção da moeda digital emitida por banco central, cabe dizer que foi localizada posição contrária à sua implementação, pautada primordialmente, na preocupação com a privacidade e a liberdade de seus usuários. Segundo Ulrich e Zelmanovitz, a adoção da CBDC poderia fornecer aos Estados um sistema monetário Orwelliano, em que o Banco Central e as agências governamentais poderiam monitorar e até mesmo restringir, censurar ou excluir algum usuário do sistema financeiro. Os autores destacam que a CBDC pode representar um controle absoluto do dinheiro, ou seja, um absolutismo monetário. (ULRICH; ZELMANOVITZ 2022).

Cecchetti e Schoenholtz também apontam aspectos negativos, dentre os quais, merece destaque o fato de que a emissão de CBDCs poderia acarretar a transferência de fundos de locais considerados menos estáveis para moedas mais influentes e sólidas, gerando um cenário de terríveis consequências para economias emergentes e em desenvolvimento. (CECCHETTI; SCHOENHOLTZ, 2021).

Isso posto, apresentados aspectos positivos e negativos decorrentes das possíveis escolhas de *design* das moedas digitais emitidas por bancos centrais, e alguns importantes aspectos envolvidos no debate para se definir os seus contornos, no próximo tópico apresenta-se o resultado da análise do atual estágio das discussões para a implementação da CBDC no Brasil.

### 3 Desenvolvimento atual das CBDCs no Brasil em comparação com a Suécia e com os Estados Unidos da América

Vistas as características que podem ter a CBDC e as principais justificativas apresentadas pelos bancos centrais para pretender adotá-la, neste tópico procurou-se atingir o objetivo central do trabalho, ou seja, apresentar, com base em documentos oficiais disponíveis, o atual estágio das discussões sobre a sua implantação no Brasil.

Considerando as avançadas pesquisas realizadas pelo Banco Central da Suécia para emitir a CBDC e a fase embrionária em que se encontra tal movimento nos Estados Unidos da América (EUA), optou-se por apresentar as discussões sobre a adoção da CBDC no Brasil, em comparação com esses dois países, cuja escolha também se justificou pelo fato de que sobre ambos foram localizados dados e informações, além de apresentarem considerável proeminência econômica.

Não é novo o interesse do Banco Central da Suécia em emitir CBDC, tendo o Sveriges Riksbank publicado o primeiro relatório a seu respeito em 2017, oportunidade em que apresentou o *e-krona Project*, voltado ao desenvolvimento de pesquisa sobre a necessidade da implementação de moeda digital emitida pelo banco central e as possíveis consequências de sua introdução. O Informe 2, publicado em outubro de 2018, trouxe novas considerações a respeito da discussão da implementação do *e-krona Project* e, em abril de 2021, um terceiro documento foi publicado com apresentação de resultados da implantação do primeiro projeto-piloto da CBDC sueca, em que o banco central realizou testes controlados, utilizando uma CBDC baseada em *token*, com a presença de agentes intermediários na sua emissão e distribuição (SVERIGES RIKSBANK, 2017, 2018, 2021).

Diferentemente, a pesquisa em CBDC por parte do *Federal Reserve System* (Fed), dos EUA (DINIZ; NEVES, 2019), encontra-se ainda em estágio inicial. Em alguns documentos publicados adotou-se postura cautelosa, a favor de debate aberto e dotada de certo ceticismo quanto à capacidade da CBDC de resolver problemas do sistema financeiro estadunidense.<sup>7</sup> De acordo com as últimas *Fed Notes*, ainda que outros bancos centrais consigam com sucesso introduzir a CBDC, isso não significa que o Fed deva fazê-lo.

Entretanto, em janeiro de 2022, o Fed publicou trabalho no qual tece considerações sobre os usos e funções da CBDC, bem como sobre os potenciais riscos e benefícios de sua implementação. Segundo o Fed, apesar de tal estudo representar o primeiro passo para a discussão da implementação da CBDC no país, novas providências somente serão tomadas caso as pesquisas apontem que os benefícios dessa introdução excedam seus riscos e, ainda, caso a CBDC mostre-se superior às demais alternativas, como as *stablecoins* (Board of Governors of the Federal Reserve Bank, 2022).

Embora existam publicações (*Fed Notes*) de analistas do Fed em que se determinam as precondições para a implementação de uma CBDC no país,<sup>8</sup> o projeto mais detalhado envolvendo a CBDC estadunidense é o *Digital Dollar Project*. Criado pela *Digital Dollar Foundation*, uma organização sem fins lucrativos, em parceria com a *Accenture*. O objetivo do *Digital Dollar Project* é promover a pesquisa e a discussão sobre a implantação da CBDC, propondo possíveis modelos quanto ao seu desenvolvimento, testagem e adoção no território estadunidense (Digital Dollar Foundation, 2020).

---

7 Os discursos do *governor* Waller e do *vice chair* Randal Quarles sobre as moedas digitais dos bancos centrais, realizados no ano de 2021, demonstram um certo ceticismo acerca das possíveis contribuições advindas da implementação de uma CBDC estadunidense e pautam-se também, na necessidade de elucidação de que os benefícios seriam superiores aos riscos trazidos pela moeda digital do banco central. (WALLER; QUARLES, 2021).

8 O trabalho, publicado em janeiro de 2021, por analistas do FED, representa um dos primeiros passos no cenário estadunidense para a definição de diretrizes para a implementação de uma CBDC no país (CHENG et al., 2021).

Apesar de o decreto baixado pelo Presidente Joe Biden, ter determinado urgência no desenvolvimento das pesquisas sobre os potenciais tipos de *design* da moeda digital a eventualmente ser emitida no EUA e de ter trazido algumas diretrizes, como, por exemplo, que a sua adoção se dê com responsabilidade e segurança, apoio aos avanços tecnológicos, até o final do mês março de 2022, não se localizou a presença de medidas concretas para adotar a CBDC naquele país (EUA, 2022).

Por outro lado, no território brasileiro, o BC publicou, em 20 de agosto de 2020, a Portaria 108.092, que constituiu o Grupo de Trabalho Interdepartamental (GTI), para atuar consultivamente e realizar estudos sobre a eventual emissão governamental de moedas digitais (BRASIL, 2020).

Quase um ano após os estudos realizados pelo GTI, em 24 de maio de 2021, observando a referida Portaria 108.092/2020, o BC publicou as diretrizes a serem respeitadas para a criação da CBDC brasileira, quais sejam: a) previsão de uso em pagamentos de varejo; b) capacidade de realizar operações *online* e *offline*; c) emissão pelo BC como uma extensão da moeda física com a distribuição ao público intermediada por custodiantes do Sistema Financeiro Nacional (SFN); d) ausência de remuneração; e) aderência aos princípios e regras de privacidade e segurança determinados pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e pela Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001; f) desenho tecnológico que atenda às recomendações internacionais e normas sobre prevenção à lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e da proliferação de armas, cumprindo ordens judiciais para rastrear operações ilícitas; g) solução que permita a interoperabilidade e integração, visando à realização de pagamentos transfronteiriços; h) adoção de padrões de resiliência e segurança cibernética equivalentes aos de infraestruturas críticas do mercado financeiro; i) possibilidade de desenvolvimento de modelos inovadores, como contratos inteligentes, internet das coisas e dinheiro programável e j) garantia de segurança jurídica das operações do BC (BRASIL, 2021a; BRASIL, 2021b).

Esses parâmetros serão detalhados a seguir, em comparação quanto à sua previsão de adoção ou não na Suécia e nos EUA. O detalhamento foi apresentado com base na análise dos relatórios e informes publicados pelos bancos centrais dos três países, sempre procurando verificar se os projetos de CBDC sueca e estadunidense se norteiam ou não pelas mesmas diretrizes postas pelo Governo brasileiro.

### 3.1 Previsão de pagamento em varejo

No primeiro tópico deste trabalho, vimos que a arquitetura de uma CBDC compreende a escolha de quais serão os agentes que poderão fazer uso da moeda digital, isto é, se a CBDC será disponibilizada somente para algumas instituições financeiras (modelo atacado) ou se será ofertada ao público geral (modelo varejo).

No caso dos EUA, verificou-se que no último artigo do Fed, que marca o início da discussão sobre a emissão de CBDC sob sua tutela, não contém observações sobre o tema.

Por outro lado, embora o *white paper* do *Digital Dollar Project* não seja categórico ao determinar que modelo de CBDC será preponderante, não havendo clareza quanto à definição de quais agentes utilizarão a moeda, percebeu-se referência à possibilidade de utilização de ambos os modelos de CBDC, o que de acordo com o documento, poderia aumentar a confiança, eficiência e a funcionalidade tanto de pagamentos de varejo, quanto de pagamentos de atacado e internacionais (Digital Dollar Foundation, 2020).

Quanto ao modelo sueco, observa-se que o *design* da CBDC adotado prevê justamente a utilização do *e-krona* no mercado atacado. Mas localizou-se no segundo relatório, de 2018, o entendimento segundo o qual “na busca por um sistema aberto, flexível e escalável, a CBDC deve ser capaz de ser utilizada em diversos mercados, como no comércio de varejo e para pagamentos entre indivíduos privados” (Sveriges Riksbank, 2018).

Verifica-se, portanto, no que se refere a escolha de arquitetura da CBDC, que tanto os modelos sueco e estadunidenses quanto o brasileiro englobam a previsão da realização de pagamento em mercado varejo, ainda que, em intensidades diferentes, como mostra-se patente no caso norte americano, que ainda não definiu completamente a área de utilização da moeda digital no que se refere ao tipo de mercado. No Brasil, verifica-se que o projeto se encontra em estágio mais avançado neste ponto comparado ao programa do *Digital Dollar Project* e aos estudos do Fed já que, considerando as diretrizes publicadas pelo BC, nota-se a explícita opção pelo funcionamento da CBDC no mercado de varejo. Ademais, não há, nas diretrizes da CBDC brasileira, menção ao seu uso no mercado de atacado.

### 3.2 Capacidade de pagamento *offline*

Ao admitir a possibilidade de pagamento *offline*, o BC aceita que, como pretende ofertar a moeda digital ao mercado de varejo, muitos usuários não terão acesso à internet e essa funcionalidade mostrar-se-ia um diferencial importante na busca de alcançar maior acesso à moeda digital e por consequência, inclusão financeira.

Embora, em seu primeiro projeto-piloto, o Banco Central da Suécia não tenha realizado testes com CBDC de varejo, tem buscado a possibilidade de realizar pagamentos *offline* por meio de chaves de acesso localmente armazenadas em algum dispositivo, como *tokens*. Nesse modelo, ao pagar com a moeda digital, o devedor conseguiria extinguir a obrigação estabelecida com o credor e ainda validar a autenticidade da CBDC utilizada no pagamento. O principal problema, todavia, ocorre devido à impossibilidade de se verificar se o token utilizado para o pagamento não foi usado anteriormente, ato que a princípio só pode ser realizado quando um dos participantes estiver *online*. De acordo com o *Riksbank*, a possibilidade de realizar pagamentos *offline* é uma prioridade, e será investigada de maneira mais aprofundada (SVERIGES RIKSBANK, 2021).

O artigo que trata das condições para a implementação da CBDC estadunidense apesar de salientar a importância de haver tecnologia robusta para que se alcance o seu melhor funcionamento, inclusive voltada para promover segurança de *hardware* com capacidade para contornar situações adversas, como no caso de falhas de conectividade, a característica de funcionamento *offline* não é encarada pelos autores, como uma condição necessária para se adotar a moeda digital emitida por banco central (CHENG et al., 2021).

O *Digital Dollar Project* não faz nenhuma menção à capacidade de pagamentos *online* ou *offline*. Todavia, o recente estudo do FED declara que uma CBDC cujo *design* permita a realização de pagamentos *offline* poderia aumentar a resiliência operacional do sistema de pagamentos (BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE BANK, 2022).

### 3.3 Distribuição intermediada ao público como uma extensão da moeda física

A diretriz adotada pelo BC diz respeito à distribuição da CBDC como uma extensão da moeda física, de maneira intermediada por custodiantes do SFN e do Sistema de Pagamentos Brasileiro, tal como acontece atualmente com o real cedular e metálico. Trata-se do sistema de arquitetura indireta, em que o BC transfere aos intermediários (*two-tiered system*) – instituições financeiras e instituições de pagamento – a função de realizar a distribuição da moeda digital, assim como ocorre com o dinheiro em espécie.

A manutenção da arquitetura indireta para a distribuição da CBDC também é uma das diretrizes do Fed e do *Digital Dollar Project*, sob a alegação de que a utilização do modelo indireto preserva a presente arquitetura de distribuição e suas vantagens econômicas e legais, enquanto atrai inovação e acessibilidade. No modelo indireto, os bancos privados realizariam a troca de suas reservas pelo dólar digital e os distribuiriam aos usuários finais de maneira semelhante à qual disponibilizam o dinheiro físico por meio de caixas eletrônicos (DIGITAL DOLLAR FOUNDATION, 2020; BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE BANK, 2022).

De maneira semelhante às diretrizes do BC e dos projetos do dólar digital, o Banco Central da Suécia também prioriza a presença de intermediários na distribuição de sua moeda digital ao público. O projeto-piloto, de abril de 2021, prevê a participação de intermediários como bancos e provedores de serviços de pagamentos na distribuição de sua moeda digital do banco central, o *e-krona* (SVERIGES RIKSBANK, 2021).

### 3.4 Ausência de remuneração

No contexto da política monetária, o BC optou por não atribuir pagamento de juros aos titulares da CBDC brasileira, decisão que provavelmente se justifica pelo mesmo problema levantado pelo Banco Central da Suécia, ou seja, contemplar a CBDC simultaneamente como meio de pagamento e objeto remuneratório.

No projeto-piloto da Suécia, apesar de terem sido realizados testes da CBDC com juros positivo e negativo, e de ter-se verificado a compatibilidade de ambos os tipos com o modelo de moeda digital emitida via token, a remuneração de juros não é abordada como uma diretriz. Ao contrário, além de se questionar sobre a viabilidade de se atribuir à CBDC a função de meio de pagamento e de objeto de remuneração, levanta-se a questão da sua compatibilidade com a arquitetura indireta de distribuição da moeda digital do banco central (SVERIGES RIKSBANK, 2021).

Outrossim, o *white paper* do *Digital Dollar Project* levanta a possibilidade de remuneração por meio de uma CBDC com juros. Entretanto, assim como o banco central sueco, o projeto estadunidense não definiu se o modelo escolhido para a moeda digital compreenderá a remuneração por meio de juros.

Em contrapartida, o posicionamento do Fed ainda não é claro. No último artigo publicado pela entidade sobre o tema, a introdução de uma CBDC com juros é tratada como possibilidade, mas questiona-se sobre se as possíveis mudanças que a sua adoção poderia provocar na estrutura do mercado financeiro poderiam comprometer a estabilidade monetária (BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE BANK, 2022).

### 3.5 Aderência aos princípios de privacidade e segurança relativa à proteção de dados

A diretriz do BC para se observarem os princípios de privacidade e segurança está relacionada à necessidade de que a emissão da CBDC deve ser compatível com a preservação dos direitos individuais protegidos pela LGPD e pela Lei Complementar 105/2001, referente ao sigilo bancário.

Ou seja, só pode haver quebra da privacidade e do sigilo das transações dos usuários que utilizarem a CBDC nos casos admitidos em lei, como, por exemplo, na situação prevista no § 4º, do art. 1º, da Lei Complementar 105/2001, que admite a quebra de sigilo bancário para a apurar ocorrência de qualquer ilícito, especialmente nos casos de crimes relacionados ao terrorismo, ao tráfico de drogas, ao contrabando de armas e à extorsão mediante sequestro.<sup>9</sup>

A privacidade também é um dos elementos norteadores do *Digital Dollar Project*, em que se ressalta a importância de se estabelecer equilíbrio entre a proteção ao direito individual à privacidade e a atenção à lei e aos processos regulatórios. A ausência desse balanço poderia levar a consequências indesejadas, com a sobressalência da privacidade que poderia gerar efeitos negativos na esfera da prática de atos e comportamentos ilícitos ou pela acentuação da rastreabilidade e do monitoramento das transações, o que reduziria a atratividade da CBDC no país (DIGITAL DOLLAR FOUNDATION, 2020).

De forma similar, o Fed elenca a privacidade como uma das principais diretrizes de uma eventual criação de uma CBDC estadunidense. O projeto ressalta a importância de que a CBDC proteja a privacidade dos usuários enquanto proporciona, simultaneamente, a transparência necessária para deter a prática de atos ilícitos (BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE BANK, 2022).

Na Suécia, embora o projeto-piloto e os relatórios sobre o projeto da CBDC do Banco Central sueco não mencionem com profundidade a respeito da proteção à privacidade e da promoção de segurança dos usuários quando da utilização de uma CBDC, essa questão é levantada por analistas do Banco Central da Suécia no segundo relatório econômico de 2020, no qual estes afirmam que a privacidade e a segurança dos usuários podem ser incluídas entre as diretrizes gerais da implementação do *e-krona*, eis que entendem necessário providenciar alternativa pública aos meios de pagamentos privados que não esteja pautada em interesses comerciais de coleta de dados pessoais, especialmente por conta da queda do volume no uso do dinheiro físico como meio de pagamento. (ARMELIUS *et al.*, 2020).

### 3.6 Prevenção à lavagem de dinheiro

Ao estabelecer essa diretriz, percebe-se que o BC pretende adotar uma CBDC que apresente um desenho tecnológico que permita o atendimento às normas legais de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento de armas e do terrorismo. Do que se pode questionar se será possível fazê-lo com equilíbrio e observância das normas que asseguram a privacidade do titular da moeda digital emitida pelo banco central.

---

9 BRASIL. Lei Complementar 105/2001. Art. 1º §4º A quebra de sigilo bancário poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I – de terrorismo; II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV – de extorsão mediante sequestro; V – contra o sistema financeiro nacional; VI – contra a Administração Pública; VII – contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX – praticado por organização criminosa.

No projeto-piloto de adoção da CBDC, o Banco Central da Suécia imputou aos participantes intermediários a responsabilidade de realizar medidas contra a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo, determinando a adoção de mecanismos de rastreamento de transações e monitoramento, como os processos de *know your customer* (KYC) (SVERIGES RIKSBANK, 2021).

O *white paper* do *Digital Dollar Project* assume posição semelhante, ao afirmar que a carteira digital da CBDC pode ser registrada por meio de um intermediário participante que realize verificações antilavagem de dinheiro e de conhecimento de seus consumidores (KYC) (DIGITAL DOLLAR FOUNDATION, 2020).

O Fed também ressalta a necessidade de que os intermediários tenham a capacidade de verificar a identidade dos usuários da CBDC, com o objetivo de realizar o combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo (BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE BANK, 2022).

Ademais, a prevenção à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e à evasão fiscal estão elencadas no trabalho que trata sobre as condições de uma eventual CBDC estadunidense (CHENG *et al.*, 2021).

### 3.7 Pagamentos transfronteiriços (interoperabilidade e integração)

Com essa diretriz, o BC define que, com a implementação de sua moeda digital, os seus usuários poderão realizar pagamentos transfronteiriços, o que depende da interoperabilidade e da integração de sistemas de diferentes CBDCs.

A introdução do dólar digital nos EUA também está baseada na possibilidade de liquidação automática, gerenciamento de riscos e interoperabilidade, a fim de reduzir a complexidade e aprimorar os pagamentos transfronteiriços (Digital Dollar Foundation, 2020).

O Fed, apesar de admitir que a introdução da CBDC pode agilizar os pagamentos transfronteiriços, faz a ressalva de que, para atingir esse potencial, será preciso haver cooperação internacional no intuito de resolver problemas relacionados aos padrões em comum e à infraestrutura da CBDC (BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE BANK, 2022).

Embora o projeto-piloto da moeda digital do banco central da Suécia não apresente considerações acerca dos pagamentos transfronteiriços, essa possibilidade é mencionada como um dos objetivos de sua política monetária relacionada à emissão da CBDC, pelo que também admite a necessidade de cooperação dos bancos centrais na introdução de CBDCs com características de interoperabilidade e estruturas legais padronizadas que venham a facilitar os pagamentos internacionais (ARMELIUS *et al.*, 2020).

### 3.8 Resiliência e segurança cibernética

Ao determinar a resiliência e a segurança cibernética como diretrizes a serem observadas na CBDC brasileira, o BC está sinalizando quanto à necessidade de elaboração de infraestrutura capaz de resistir a eventuais ataques cibernéticos.

Presente também no último artigo do Fed sobre as CBDCs, no *white paper* do *Digital Dollar Project* e nos parâmetros postos pelo Banco Central da Suécia, a segurança cibernética é admitida como requisito central para a implementação do dólar digital e da CBDC sueca, devendo a sua

infraestrutura ser extremamente resiliente diante de ataques cibernéticos, fraudes e tentativa de vazamento de informações (DIGITAL DOLLAR FOUNDATION, 2020; BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE BANK, 2022; SVERIGES RIKSBANK, 2017).

### 3.9 Desenvolvimento de modelos inovadores

Ao definir o desenvolvimento de modelos inovadores como diretriz da CBDC brasileira, o BC anuncia que priorizará a utilização de aparatos e mecanismos tecnológicos, como os contratos inteligentes e o dinheiro programável.

Da mesma forma, verificou-se no *Digital Dollar Project* que, além de admitir a possibilidade de adoção de arquitetura de acesso à CBDC com base em *token*, também aceita utilizar o dinheiro programável, capaz de permitir customização individual por *token* e transação (Digital Dollar Foundation, 2020).

No caso do Fed, ressaltando a necessidade de trazer velocidade e eficiência necessários no contexto da evolução da economia digital, admitiu-se a possibilidade de a CBDC ser emitida com a funcionalidade de dinheiro programável.

Distintamente, não foi possível localizar diretriz em torno do desenvolvimento de modelos inovadores nos documentos emitidos pelo Banco Central da Suécia.

### 3.10 Segurança jurídica

Ao prever a segurança jurídica como diretriz a ser observada na adoção da CBDC brasileira, o BC trabalha com a necessidade de ajuste no arcabouço legal para que a ele seja conferida a devida competência para emitir a moeda digital, para assegurar a proteção dos dados pessoais dos usuários e para fixar mecanismos capazes de combater a prática de atos criminosos em decorrência da movimentação de recursos financeiros (BRASIL, 2021b).

Considerando que não há autorização legal para que o BC emita moeda na modalidade digital nem estabeleça relação direta com os usuários finais, é necessário buscar munir-se da devida autorização pela via da alteração normativa no Poder Legislativo, realizando a reformulação da Lei 4.595/1964. Situação similar se verifica nos outros dois países analisados, eis que usual que até mesmo quando a legislação é flexível o suficiente para permitir a emissão de uma moeda digital, os bancos centrais não possuem autoridade para oferecer contas ou carteiras ao público (PRATES, 2018).

Sob a alegação de preservar a confiança do mercado e do público em geral, a mesma diretriz se verifica presente nas discussões a respeito da CBDC estadunidense, em que se prevê, como baliza norteadora de sua introdução, a estrutura legal forte caracterizada pelo estabelecimento do curso legal da moeda digital, pela definição da autoridade legal competente para emití-la e pela observância do *Federal Reserve Act*. (CHENG *et al.*, 2021). Nesse sentido, o Fed afirma, também, que a introdução de uma eventual CBDC deverá ser realizada em conformidade com o Poder Executivo e o Congresso Legislativo dos EUA, idealmente na forma de uma lei autorizativa específica (BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE BANK, 2022)

Não foi possível localizar, no projeto-piloto do Banco Central da Suécia, a previsão expressa quanto à diretriz relativa à segurança jurídica traduzida na instituição do aparato legal adequado para a introdução da CBDC. Todavia, localizou-se menção à ausência de legislação relativa à moeda digital,

o que pode induzir à conclusão quanto à necessidade de criação de novas leis, independentemente do modelo de *design* adotado para a CBDC sueca (SVERIGES RIKSBANK, 2021).

Da análise das diretrizes previstas pelo Brasil para adotar a moeda digital emitida por banco central, em comparação com as estabelecidas pelos EUA e pela Suécia, foi possível concluir que, embora estejam diferentes os estágios do processo para introduzir a CBDC em seus territórios, os três países, com pouquíssimas diferenças, estão observando diretrizes essenciais comuns.

## Considerações finais

Ao se procurar determinar o estágio atual das discussões sobre a adoção da CBDC no Brasil, em comparação com a fase dos estudos desenvolvidos nos EUA e na Suécia, para implantar em seus territórios a moeda digital emitida por banco central, foi possível localizar relevantes resultados.

Primeiro, apurou-se que cada país pode optar por um modelo de CBDC, conforme a decisão de conferir à sua moeda digital características como: a) a presença ou não de intermediários para disponibilizá-las ao público; b) a realização de registro centralizado da emissão e da transferência da CBDC ou por meio de registros distribuídos por diversos participantes; c) o acesso às moedas digitais pode se dar por meio de contas ou tokens; d) ser disponibilizada para pagamentos a atacado – apenas para instituições financeiras, ou a varejo – voltada ao público em geral.

Depois, verificou-se que os principais motivos apresentados pelos bancos centrais para justificar o interesse em adotar a CBDC são as promessas segundo as quais elas podem promover estabilidade financeira, eficiência, inclusão financeira, redução de custos dos pagamentos e a melhoria de serviços relacionados a pagamentos transfronteiriços.

No que se refere ao propósito principal do trabalho, apurou-se que há plano de implantar a CBDC brasileira, cujos contornos foram definidos por meio da publicação de dez diretrizes que devem nortear a sua adoção. Ou seja, a CBDC em estudo será oferecida para pagamentos de varejo, isto é, ao público em geral, distribuída como extensão da moeda física por instituições financeiras e de pagamentos, em modo *online* e eventualmente *offline*, sem remuneração, com adoção de elevados padrões de resiliência e segurança cibernética, de proteção de dados e segurança jurídica.

Do que se conclui que a adoção da CBDC brasileira não acarretará a eliminação do papel-moeda, lidará com a manutenção das instituições financeiras e de pagamento como intermediárias da disponibilização ao público da moeda digital como extensão da moeda física, a preservação do sigilo bancário e dos dados pessoais dos usuários.

Verificou-se que, para a implantar o real no formato digital, é necessário alterar a Lei 4.595/1964, a fim de atribuir a devida competência ao BC, eis que atualmente seu poder se restringe à emissão do real ceder e metálico, tendo sido localizado endereçamento nesse sentido no Projeto de Lei Complementar 9, que deu entrada na Câmara dos Deputados no dia 24 de fevereiro de 2022.

E, por fim, em relação à comparação com a Suécia e com os EUA, foi possível concluir que, embora sejam diferentes os estágios do processo para introduzir a CBDC em seus territórios, os três países estão observando diretrizes essencialmente comuns. Localizou-se diferença quanto:

- a) ao pagamento *offline*, que no *Digital Dollar Project* não é mencionado expressamente;
- b) à remuneração da CBDC no caso do Fed, que, apesar de admiti-la como uma possibilidade, não apresenta posição clara quanto à sua atribuição;
- c) à proteção da privacidade dos usuários da CBDC, que não é mencionada com profundidade no projeto-piloto da Suécia;

- d) aos pagamentos transfronteiriços, que, tanto nos EUA quanto na Suécia, embora admitidos como possibilidade, o são com ressalvas;
- e) ao desenvolvimento de modelos inovadores, não mencionado no projeto da Suécia;
- f) à segurança jurídica traduzida na instituição do aparato legal adequado para a introdução da CBDC, também não mencionado no caso da Suécia.

Dos três países, a implantação da CBDC na Suécia apresenta-se em estágio mais avançado, eis que testada a sua emissão e circulação com o *e-krona Project*. Por sua vez, o Brasil apresenta maior nível de definições dos contornos de sua CBDC, tanto comparado com os EUA quanto com a Suécia, pois as características de sua moeda digital estão delimitadas pelas dez diretrizes publicadas pelo BC e, em certa medida, encampadas pelo projeto de lei que pretende regulá-la e que está em tramitação no Congresso Legislativo.

## Referências

ARMELIUS, Hanna. et al. **E-krona design models: pros, cons and trade-offs**. Sveriges Riksbank Economic Review, 2020/2, pp. 80-96, 2020.

AUER, Raphael; BÖHME, Rainer. **The technology of retail central bank digital currency**. Bank for International Settlements, 2020.

AUER, Raphael; BÖHME, Rainer et al. **Rise of the central bank digital currencies: drivers, approaches and technologies**. BIS Working Papers No 880, 2020.

AUER, Raphael; BÖHME, Rainer et al. **Multi-CBDC arrangements and the future of cross-border payments**. BIS Papers No 115, 2021.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. **CBDCs: An opportunity for the monetary system**. BIS Annual Economic Report, 2021. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/arpdf/ar2021e3.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2022.

BARRDEAR, John; KUMHOF Michael. **The macroeconomics of central bank issued digital currencies**. Staff Working Paper No. 605, Bank of England, 2016.

BECH, Morten. et al. **Payments are a-changin' but cash still rules**. BIS Quarterly Review, 2018.

BJERG, Ole. **Designing new money – The policy trilemma of central bank digital currency**. Copenhagen Business School, 2017. Disponível em: [https://research-api.cbs.dk/ws/portalfiles/portal/58550948/Designing\\_New\\_Money\\_The\\_policy\\_trilemma\\_of\\_central\\_bank\\_digital\\_currency.pdf](https://research-api.cbs.dk/ws/portalfiles/portal/58550948/Designing_New_Money_The_policy_trilemma_of_central_bank_digital_currency.pdf). Acesso em: 2 jan. 2022.

BOAR, Codruta; WEHRLI, Andreas. **Ready, steady, go? – Results on the third BIS survey on central bank digital currency**. Bank for International Settlements, 2021.

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 União**, Brasília, DF, 31 dez 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm). Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 2 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995. Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 jun 1995. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9069.htm). Acesso em: 2 jan. 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm). Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 2 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGDP). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 ago 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Presidente do Banco Central. **Portaria nº 108.092, de 20 de agosto de 2020**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-108.092-de-20-de-agosto-de-2020-273476769>. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Banco Central divulga as diretrizes gerais de uma moeda digital para o Brasil**. Banco Central do Brasil, 24 de maio de 2021. Brasília, DF, 2021a. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/17398/nota>. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Banco Central apresenta diretrizes para o potencial desenvolvimento do real em formato digital**. Banco Central do Brasil, 24 de maio de 2021. Brasília, DF, 2021b. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/548/noticia>. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados (2022). **Projeto de Lei Complementar n. 9, de 24 fevereiro de 2022**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2315898>. Acesso em: 2 abr. 2022.

CECCHETTI, Stephen; SCHOENHOLTZ, Kim. **Central bank digital currency: The battle for the soul of the financial system**. Disponível em: <https://cepr.org/voxeu/columns/central-bank-digital-currency-battle-soul-financial-system>. Acesso em: 23 ago. 2022.

CHENG, Jess. et al. **Preconditions for a general-purpose central bank digital currency**. FEDS Notes, 2021. Disponível em: <https://www.federalreserve.gov/econres/notes/feds-notes/preconditions-for-a-general-purpose-central-bank-digital-currency-20210224.htm> - fig2. Acesso em: 2 jan. 2022.

COMMITTEE ON PAYMENTS AND MARKET INFRASTRUCTURES (CPMI); MARKETS COMMITTEE (MC). **Central bank digital currencies**. Bank for International Settlements 2018. Disponível em: <https://www.bis.org/cpmi/publ/dr74.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2022.

COSTA, Daniel Rodrigues; NEVES, Rúbia Carneiro; SILVA, Leila Bitencourt Reis da. **Regulação das contas de depósito e inovações da Agenda BC#**. São Paulo: Instituto ProPague, 2021. Disponível em: <https://institutopropague.org/livros/ebook-regulacao-das-contas-de-deposito-e-inovacoes-da-agenda-bc/#:~:text=Ano%20de%20publica%C3%A7%C3%A3o%3A%202021&text=O%20ebook%20%E2%80%9CRegula%C3%A7%C3%A3o%20das%20contas,inova%C3%A7%C3%A3o%20e%20digitaliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20setor..> Acesso em: 31 jan. 2022.

DIGITAL DOLLAR FOUNDATION. **The Digital Dollar Project – Exploring a US CBDC**, 2020. Disponível em: [http://digitaldollarproject.org/wp-content/uploads/2021/05/Digital-Dollar-Project-Whitepaper\\_vF\\_7\\_13\\_20.pdf](http://digitaldollarproject.org/wp-content/uploads/2021/05/Digital-Dollar-Project-Whitepaper_vF_7_13_20.pdf). Acesso em: 2 jan. 2022.

DINIZ, Davi Monteiro. NEVES, Rubia Carneiro. **Do controle público da moeda e do crédito: a criação do United States Federal Reserve System em 1913**. In: SANTIAGO, Marcus Firmino; DE TOLEDO, Cláudia Mansani Queda. Transformações na ordem social e econômica e regulação. red. Florianópolis: CONPEDI/CESUPA, 2019, v. 1, p. 21-38. Disponível em: <http://conpedi.danilor.info/publicacoes/048p2018/j8mic88a/figxnooDwbF83hc.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022.

EMMER, Tom. **Emmer Introduces Legislation to Prevent Unilateral Fed Control of a U.S. Digital Currency**. Washington, D.C., 12 Jan. 2022. Disponível em: <https://emmer.house.gov/2022/1/emmer-introduces-legislation-to-prevent-unilateral-fed-control-of-a-u-s-digital-currency>. Acesso em: 2 abr. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). The White House. **Executive Order on Ensuring Responsible Development of Digital Assets**. Briefing room. Presidential actions. 09 Mar. 2022. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/03/09/executive-order-on-ensuring-responsible-development-of-digital-assets/>. Acesso em: 2 abr. 2022.

FRANCO, Gustavo. **O futuro do dinheiro**. Disponível em: <https://iepecdg.com.br/wp-content/uploads/2020/12/O-futuro-do-dinheiro-3.docx.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2022.

MOREIRA, Arthur Salles de Paula. **Programas de fidelização e milhagem: análise jurídica do modelo de negócio**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, p. 145. 2017.

NEVES, Rubia Carneiro. **A caracterização do banco a partir da evolução da legislação brasileira**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 73, pp. 701-735, jul/dez., 2018. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1963>. Acesso em: 31 jan. 2022.

PRATES, Marcelo Madureira. **Promoting financial stability with a central-bank digital currency**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Duke University School of Law. p. 316. 2018.

PRATES, Marcelo Madureira. **Money in the twenty-first century: From rusty coins to digital currencies**. Ohio State Business Law Journal, vol. 15, pp. 164-234, fev., 2021.

QUARLES, Randal. **Parachute pants and Central Bank Money**. Sun Valley, Idaho, 28 jun. 2021. Disponível em: <https://www.federalreserve.gov/newsevents/speech/files/quarles20210628a.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2022.

SVERIGES RIKSBANK. **The Riksbank's e-krona project – Report 1.** 2017. Disponível em: [https://www.riksbank.se/globalassets/media/rappporter/e-krona/2017/rappport\\_ekrona\\_uppdaterad\\_170920\\_eng.pdf](https://www.riksbank.se/globalassets/media/rappporter/e-krona/2017/rappport_ekrona_uppdaterad_170920_eng.pdf). Acesso em: 2 jan. 2022.

SVERIGES RIKSBANK. **The Riksbank's e-krona project - Report 2.** 2018. Disponível em: <https://www.riksbank.se/globalassets/media/rappporter/e-krona/2018/the-riksbanks-e-krona-project-report-2.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2022.

SVERIGES RIKSBANK. **E-krona pilot - Phase 1.** 2021. Disponível em: <https://www.riksbank.se/globalassets/media/rappporter/e-krona/2021/e-krona-pilot-phase-1.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2022.

ULRICH, Fernando; ZELMANOVITZ, Leonidas. **The Curse of Central Bank Digital Cash.** Journal of New Finance: Vol.2: No. 4, Article 2. Disponível em: <https://jnf.ufm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=journal>. Acesso em: 23 ago. 2022.

WALLER, Christopher. **CBDC: A Solution in Search of a Problem?** Washington, D.C., 05 ago. 2021. Disponível em: <https://www.federalreserve.gov/newsevents/speech/files/waller20210805a.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2022.

WANG, Zijian. **Tax compliance, payment choice and central bank digital currency.** University of Western Ontario, 2020. Disponível em: [https://econ.hkbu.edu.hk/eng/Doc/20210125\\_WANG.pdf](https://econ.hkbu.edu.hk/eng/Doc/20210125_WANG.pdf). Acesso em: 2 jan. 2022.

YANAGAWA, Noriyuki; YAMAOKA, Hiromi. **Digital innovation, data revolution and central bank digital currency.** Bank of Japan Working Paper Series, 2019.

# Uma Proposta de Revisão do Curso Legal da Moeda frente ao Crescimento dos Pagamentos Eletrônicos

Fabio Kupfermann Rodarte\*

*Introdução. 1 Limites a pagamentos em papel-moeda. 1.1 Argumentos contrários. 1.2 Argumentos favoráveis. 2 Limite versus declaração. 3 Proposta de aplicação nacional. Conclusão. Referências.*

## Resumo

Este trabalho propõe uma revisão do curso legal da moeda brasileira, em face do crescimento de pagamentos digitais. Apesar da relevância do dinheiro físico para transações cotidianas, alternativas eletrônicas de pagamentos têm ganhado espaço no Brasil e no mundo. Algumas delas apresentam vantagens importantes sobre a moeda física, especialmente em termos de custos de emissão e circulação, riscos de segurança, impactos socioambientais e rastreabilidade. Por outro lado, ainda sem se atentar a esses benefícios, as leis brasileiras se limitam a proibir a recusa do papel-moeda, pouco importando o tipo e valor da operação praticada. Assim, este trabalho analisa vantagens e desvantagens de proposta normativa consistente em limitar o uso do papel-moeda em transações de grandes somas. Conclui-se que essa medida apresenta mais vantagens do que desvantagens, sendo opção de política monetária pragmática e capaz de fortalecer o controle de ilícitos financeiros. A medida seria complementar a mecanismos de estímulo a alternativas eletrônicas de pagamentos, com foco em torná-las acessíveis à parcela da população tradicionalmente excluída do Sistema Financeiro Nacional.

**Palavras-chave:** Moeda. Curso legal. Real. Métodos eletrônicos de pagamento. Limites a pagamentos em papel-moeda.

---

\* Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Fundação Getúlio Vargas. Coordenador do Centro de Direito Bancário da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo. E-mails: fabiorodarte@hotmail.com e frodarte@levysalomao.com.br.

## *A Proposal for Restriction on Cash Payments in view of the Increase in Digital Payments*

### *Abstract*

*This research suggests a reform of the Brazilian currency's legal tender in view of the increase in digital payments. Despite the cornerstone position of cash for day-to-day transactions, non-cash alternatives (such as electronic methods) are developing in Brazil and worldwide. Some of the alternatives have important advantages over cash, associated with their use, issuance and circulation – especially in terms of costs, security, environmental impacts and traceability. However, such benefits have not received proper attention from Brazilian law so far, which simply prohibits the refusal of cash as payment method, regardless of the transaction's type and value. In view of that, this research assesses the pros and cons of the establishment of thresholds for cash transactions. It concludes that this measure has more advantages than downsides, being a pragmatic monetary policy option, capable of strengthening the fight against financial crimes. Such measure would be complementary to mechanisms to enhance the use of electronic payment alternatives, widening people's access to it, especially when it comes to most vulnerable individuals who are currently not integrated to the financial system.*

**Keywords:** Money. Legal tender. Brazilian Real. Electronic payment methods. Limitations on cash payments.

### **Introdução**

Este trabalho está inserido em um contexto de crescimento exponencial do uso de instrumentos eletrônicos de pagamentos. Enquanto estima-se que 90% de todo o dinheiro exista apenas em servidores de computador,<sup>1</sup> tecnologias de pagamento são cada dia mais diversas e o conceito de moeda, mais abstrato.

Apesar dessas mudanças, o velho e tradicional dinheiro em espécie continua sendo o mecanismo de pagamento mais popular do mundo. Ele tem importantes vantagens: é conhecido de todos, simples de utilizar e amplamente aceito. Mas também tem desvantagens. Em especial, sua baixa rastreabilidade, que é facilitadora de atos de lavagem de capitais, evasão fiscal, corrupção e outros ilícitos que se beneficiam da “invisibilidade” desses fluxos monetários.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: Uma Breve História da Humanidade**. 28. ed. Rio de Janeiro: L&PM, 2017. p. 186.

<sup>2</sup> Sobre o tema, recomenda-se: ROGOFF, Kenneth S. Costs and Benefits to Phasing Out Paper Currency. **National Bureau of Economic Research**, Cambridge (EUA), maio 2014. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w20126>. Acesso em: 3 set. 2022. p. 3, 5, 6 e 10; FINANCIAL ACTION TASK FORCE; MIDDLE EAST & NORTH AFRICA FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Money Laundering through the Physical Transportation of Cash**. Paris: FATF; Manama: MENAFATF, 2015. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/money-laundering-through-transportation-cash.pdf>. Acesso em: 3 set. 2022. p. 3, 4, 27; SERVIÇO EUROPEU DE POLÍCIA. Financial Intelligence Group. **Why is cash still a king? A strategic Report on the use of cash by Criminal groups as a facilitator for money laundering**. [S. l.], 2015. Disponível em: <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/why-cash-still-king-strategic-report-use-of-cash-criminal-groups-facilitator-for-money-laundering>. Acesso em: 3 set. 2022. p. 9 e 47.

O oferecimento de formas de pagamentos que independem do papel-moeda passa a ser ainda mais relevante diante da percepção de que o ciclo de vida dessas cédulas (emissão, circulação e descarte) tem elevados custos econômicos<sup>3</sup> e impactos socioambientais.<sup>4</sup>

Assim, países de diversos continentes estabelecem restrições a pagamentos em espécie e organismos internacionais recomendam fazê-lo. A legislação brasileira, por outro lado, ainda não reflete essas preocupações. Hoje não há qualquer restrição legislativa aos pagamentos em moeda física, independentemente do valor das operações. Ao contrário: as normas legais limitam-se a garantir o curso legal do papel-moeda – ou seja, uma vez oferecido como meio de pagamento de deveres e obrigações, o credor não poderá recusá-lo.<sup>5</sup> Quem desempenha a função de moeda de curso legal é o real, materializado em papel e círculos de metal de aceitação compulsória em território brasileiro.<sup>6</sup>

Em vista dessas observações, este trabalho sugere medida de política monetária consistente na revisão do instituto do curso legal da moeda brasileira. Para isso, foram avaliadas vantagens e desvantagens de proposta normativa consistente em limitar o uso do papel-moeda como mecanismo de pagamento de débitos de valor elevado.

Importa fazer um esclarecimento terminológico: as expressões “dinheiro”, “dinheiro vivo”, “moeda física”, “papel-moeda”, “recursos em espécie” e “dinheiro físico” devem ser entendidas como sinônimas neste trabalho. Todas elas se referem às cédulas de papel e às moedas metálicas dotadas de curso legal em uma jurisdição. Termos como “operações em dinheiro” e “transações em espécie” são entendidos aqui como negócios de qualquer natureza cujo preço seja pago por meio da entrega física do papel-moeda de uma contraparte a outra.

## 1 Limites a pagamentos em papel-moeda

As razões para limitar transações em espécie estão tipicamente relacionadas com: (i) aspectos práticos, como impossibilidade de dar troco ou receber grandes quantias em moeda; e (ii) esforços para conter atividades ilegais, como evasão fiscal e lavagem de dinheiro.

3 Para dados sobre os custos econômicos associados à emissão, circulação e descarte do papel-moeda: ASSIS, Luiz Roberto. **Cash versus Electronic Payments: Costs and Environmental Impacts**. 2020. Projeto final (Master em International Business – Executive) – Università Cattolica del Sacro Cuore, Milão, jun. 2020. p. 25; KOSTOVA, Gergana; RUTTENBERG, Wiebe; SCHMIEDEL, Keiko. The Social and private costs of retail payment instruments: a European perspective. **Occasional Paper Series**, Frankfurt: European Central Bank, n. 137, set. 2012. Disponível em: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecbocp137.pdf>. Acesso em: 3 set. 2022. p. 10; HORST, Frank; KNÜMANN, Fabio. **Kosten der Bargeldzahlung im Einzelhandel**: Studie zur Ermittlung und Bewertung der Kosten, die durch die Bargeldzahlung im Einzelhandel verursacht werden. Frankfurt: Deutsche Bundesbank, mar. 2019. Disponível em: <https://www.bundesbank.de/resource/blob/776464/16e3a025236aa4d52fib2coa27e1b852/mL/kosten-der-bargeldzahlung-im-einzelhandel-data.pdf>. Acesso em: 3 set. 2022. p. 12-15; BOESENACH, Ewout; DE VRIES, Taco; VAN DER KNAAP, Paul. **World Cash Report 2018**. [Utrecht]: G4S Cash Solutions, [2018]. Disponível em: <https://cashesentials.org/app/uploads/2018/07/2018-world-cash-report.pdf>. Acesso em: 03 set. 2022. p. 130. VAN STEENIS, Huw. Future of Finance Review on the Outlook for the UK Financial System: What it Means for the Bank of England. **Bank of England**, [s. l.], 20 jun. 2019. Disponível em: <https://www.bankofengland.co.uk/report/2019/future-of-finance>. Acesso em: 3 set. 2022. p. 36.

4 Para dados sobre os impactos socioambientais do papel-moeda: OLIVEIRA, Erika Tatiane. **Avaliação do impacto ambiental na produção das cédulas de cinquenta reais através da metodologia de avaliação do ciclo de vida (ACV)**. 2017. Dissertação (Mestrado em Sistemas de Gestão) – Escola de Engenharia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017; BATAVIA, Bruno; BURGOS, Aldênio. **O meio circulante na era digital**. Brasília: Banco Central do Brasil, jul. 2018. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/public/inovtec/O-Meio-Circulante-na-Era-Digital.pdf?4>. Acesso em: 3 set. 2022. p. 5; HANEGRAAF, Randall *et alii*. Life cycle assessment of cash payments. **DNB Working Paper**, Amsterdã: De Nederlandsche Bank, n. 610, out. de 2018.

5 MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Direito Monetário e Tributação da Moeda**. São Paulo: Dialética, 2006. p.76.

6 O art. 1º da Lei do Plano Real (1995), lido em conjunto com o art. 2º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994, prescreve que a moeda nacional é dotada de curso legal em todo o território brasileiro. Também é o que decorre do art. 43 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais), que proíbe a conduta de “recusar-se a receber, pelo seu valor, moeda de curso legal no país”. Não só, o Decreto-Lei 857, de 11 de setembro de 1969 (ou a Lei 14.286, de 29 de dezembro de 2021 – a partir da sua entrada em vigor) e o Código Civil (2002) criam obstáculos a pretensões que visem impedir a circulação do real.

Problemas de ordem prática já levam à adoção de restrições no Brasil e na Europa, por exemplo. No Brasil, o art. 9º da Lei 8.697, de 27 de agosto de 1993, determina que “[n]inguém será obrigado a receber, em qualquer pagamento, moeda metálica em montante superior a 100 vezes o respectivo valor da face”. Na Europa, o art. 11 da *European Council Regulation 974/98* estabelece que ninguém será obrigado a aceitar mais do que 50 moedas em um único pagamento. A Comissão Europeia informa que a recusa de cédulas e moedas do euro pode ocorrer nos casos em que o comerciante não tiver troco disponível ou se o valor de face da cédula oferecida for desproporcional em comparação com a quantia devida ao credor.<sup>7</sup>

Mais importantes são os limites da segunda ordem: combate a ilícitos que se valem da baixa rastreabilidade do dinheiro. Esses serão alvo de investigação aprofundada neste capítulo.

Enquanto uns pregam a “guerra contra o dinheiro” (*war on cash*),<sup>8</sup> outros reconhecem o valor do papel-moeda na sociedade moderna, ao mesmo tempo que procuram caminhos para frear seu mau uso. Para isso, sugerem limites a valores transacionados em espécie. A lógica dessa proposta é que quase todo uso lícito de dinheiro ocorrer no âmbito de transações de pequeno valor, enquanto transações expressivas pagas em espécie estão corriqueiramente ligadas a atividades ilegais, especialmente, a lavagem de capitais.<sup>9</sup> Esses limites são, por isso, vistos como forma de tornar o dinheiro de origem ilegal menos útil ao portador, sem reduzir a relevância da moeda física para cidadãos que a utilizam licitamente no dia a dia.

Por outro lado, o dinheiro em espécie ainda é o meio de pagamento mais acessível e está profundamente associado à imagem pública de liberdade pessoal. Mudanças de política pública visando a restringir o uso do dinheiro são delicadas e qualquer tentativa de regulamentação nesse sentido deve partir do pressuposto de que as restrições serão contestadas por muitos.<sup>10</sup> Somado a isso, há poucos dados concretos que demonstrem a eficácia de limites a transações em espécie na redução de atividades ilegais. Isso não causa espanto, pois transações em dinheiro são de difícil mensuração e não é possível estimar com precisão qual a quantidade real de transações ilícitas, nem qual sua redução por conta de limites a transações em papel-moeda.

Dado esse panorama inicial, passa-se à análise dos principais argumentos contrários e favoráveis à imposição de limites a transações em dinheiro físico.<sup>11</sup>

## 1.1 Argumentos contrários

**A - Limites a transações em espécie reduziriam a liberdade e a privacidade dos cidadãos.**

A oposição aos limites a transações em espécie é essencialmente baseada no argumento de que ela significa restrição à liberdade e ao direito à privacidade dos indivíduos em seu dia a dia. É o que constatou uma consulta pública conduzida pela Comissão Europeia em 2017, quando 94,94% das respostas recebidas foram contrárias à ideia de restringir pagamentos em dinheiro na União Europeia e 87% afirmaram que a realização de pagamentos anônimos é uma liberdade individual essencial.<sup>12</sup>

7 COMISSÃO EUROPEIA. Commission Recommendation of 22 March 2010 on the scope and effects of legal tender of euro banknotes and coins. *Official Journal of the European Union*, Bruxelas, L83/70, 30 mar. 2010.

8 DESJARDINS, Jeff. Governments Have Declared a War on Cash. *Insider*, [s. l.], 19 jan. 2017; SCOTT, Brett. The War on Cash. *The Long+Short*, [s. l.], 19 ago. 2016.

9 CAMPBELL, Haylea *et alii*. Limiting the Use of Cash for Big Purchases - Assessing the Case for Uniform Cash Thresholds. *M-RCBG Associate Working Paper Series*, Cambridge: Mossavar-Rahmani Center for Business & Government Weil Hall, Harvard Kennedy School, n. 80, set. 2017. p. 1.

10 COMISSÃO EUROPEIA. *EU initiative on restrictions on payments in cash: Consultation Strategy*. 2016. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/consultation\\_strategy\\_final.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/consultation_strategy_final.pdf). Acesso em: 3 set. 2022.

11 O rol de argumentos investigados baseia-se em doutrina de: CAMPBELL, Haylea *et alii*. p. 23-33.

12 EUSURVEY. *Published Results: Cash Payments*. [s. l.], 17 jun. 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/eusurvey/publication/CashPayments>. Acesso em: 3 set. 2022.

Entretanto, essa oposição esbarra em contra-argumentos sólidos. Primeiro, porque limitar transações de grandes montantes não deverá interferir nos pagamentos de dia a dia, mas apenas em transações expressivas e menos corriqueiras. Segundo, porque os resultados da consulta pública europeia não devem ser lidos como medidas da opinião pública geral, uma vez que as respostas foram voluntárias e não representam amostra estatisticamente relevante.<sup>13</sup>

Terceiro, porque transações de grandes montantes não são totalmente anônimas, mesmo quando realizadas com recursos em espécie (ou pelos menos não deveriam sê-lo). Elas tendem a demandar medidas como a comunicação a autoridades regulatórias, contratação de seguros para proteção do bem adquirido ou o registro da transferência da propriedade – como no caso da transmissão de imóveis de valor elevado no Brasil, que depende de formalização mediante escritura pública e anotação em cartório de registro de imóveis.

Quarto, porque, ainda que legítima a preocupação com o anonimato, também é razoável a preocupação em estabelecer limites a esse, em virtude dos riscos associados a práticas de lavagem e evasão. Nesse sentido, o Banco Central Europeu reconhece que o combate a atividades ilegais constitui interesse público capaz de justificar o estabelecimento de teto a pagamentos em espécie, desde que esses sejam proporcionais aos objetivos propostos pela medida em cada país.<sup>14</sup> Aliás, esses limites são adotados (de maneira heterogênea) pela maioria dos países europeus e o número de adeptos tem apresentado rápido crescimento.<sup>15</sup>

Uma das vozes em defesa do dinheiro, o economista Pierre Lemieux, publicou texto intitulado “*In Defense of Cash*” (“Em Defesa do Dinheiro”), em que se vale da seguinte analogia: “[p]or que pessoas inocentes devem ser proibidas de utilizar dinheiro só porque criminosos utilizam-no de forma indevida? Estima-se que o álcool esteja envolvido em um terço dos crimes, mas isso não é um bom argumento para uma nova proibição” (tradução nossa).<sup>16</sup>

O exemplo parece apropriado contra a proibição irrestrita do álcool e do dinheiro, respectivamente. Não serve, no entanto, para limites a pagamentos de grandes montantes. Utilizando-se da mesma analogia, pode-se dizer que o consumo de álcool é permitido, mas que isso não autoriza seu uso em quaisquer hipóteses e em associação com quaisquer atividades. Em países como o Brasil, não é permitido consumir álcool e conduzir veículos motorizados, assim como não é permitido consumir bebidas alcoólicas em certos eventos esportivos. Isso sob o pressuposto de que a ingestão dessas bebidas pode levar a riscos não toleráveis de acidentes no primeiro caso, ou atos de violência, no segundo. Também assim seria o uso do dinheiro físico, que será lícito, mas limitado em casos em que possa representar riscos não toleráveis de lavagem de capitais ou cometimento de outros ilícitos.

13 Os retornos parecem enviesados para aquela parcela de pessoas que se opõe à imposição de limites ao dinheiro: 56% das respostas foram da Alemanha e da Áustria, onde há resistência vocal e significativa à imposição dos limites, e outras 36% da França, onde há considerável debate decorrente do reforço recente de tais limites. Esses três países representam 30% da população europeia, mas foram responsáveis por 92% das respostas recebidas. Em contraste, respostas da Itália, Holanda, Espanha e Bélgica (onde os limites foram impostos com muito menos controvérsia) representam menos de 1% do total. Segundo a Comissão Europeia: “O número reduzido de entrevistados em alguns países impede conclusões sólidas específicas para esses países” (tradução nossa). (COMISSÃO EUROPEIA. **Outcome of the open public consultation on potential restrictions on large payments in cash**. [S. l., 2017]. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/consultations/eu-initiative-restrictions-payments-cash\\_en](https://ec.europa.eu/info/consultations/eu-initiative-restrictions-payments-cash_en). Acesso em: 3 set. 2022).

14 BANCO CENTRAL EUROPEU. **Opinion of the European Central Bank of 20 November 2019 on tax disincentives for the use of cash (CON/2019/39)**. Frankfurt, 20 nov. 2019. pt. 2.7.

15 CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES; ECORYS. **Study on an EU initiative for a restriction on payments in cash: Final Report**. Outros países contam com medidas em trâmite legislativo para estabelecer limites a pagamentos em espécie, como é o caso da Holanda. Nesse país, um pacote de iniciativas do Parlamento voltado ao combate da lavagem de dinheiro contém duas medidas focadas no papel-moeda: (i) imposição de limite de 3 mil euros para pagamentos em espécie; e (ii) interrupção da emissão de notas de 500 euros. (ANTI MONEY LAUNDERING CENTRE. **Cash limit**. [S. l.], 10 mar. 2020).

16 LEMIEUX, Pierre. In defense of cash. **The Library of Economics and Liberty**, [s. l.], 3 nov. 2016.

**B** - Os limites não teriam grande impacto porque criminosos continuariam a violar a lei.

Esse argumento deixa de ponderar uma das principais justificativas para a imposição dos limites aos pagamentos em espécie: muito comerciantes e indivíduos participam da lavagem de capitais sem terem conhecimento disso. O crime pode ocorrer a partir de compras de grandes valores em estabelecimentos legítimos, casos em que a proibição de recebimento de valores em espécie prejudicaria a operação tentada por aqueles que tentassem tirar proveito de valores obtidos a partir de crimes. Uma coisa é um estabelecimento “fechar os olhos” para as possíveis origens do dinheiro recebido, outra é violar diretamente a lei ao aceitar moeda física.

Ou seja, haveria novo elemento dissuasório. Os limites não serão capazes de dissuadir aqueles que presumivelmente estão confortáveis com a prática de ilícitos, mas poderão desincentivar cúmplices involuntários e aqueles que, apesar de dispostos a se omitir diante da prática de ilícitos, não querem se envolver ativamente ou arriscar-se em favor doutros.

Mesmo autores céticos aos limites a pagamentos em espécie reconhecem a função desempenhada pelo papel-moeda na maior parte das modalidades de lavagem de capitais, como o uso de estabelecimentos que demandam operações com uso intensivo de dinheiro e a aquisição de bens de alto valor.<sup>17</sup> Não só: estudos de diversos países apontam que pagamentos em dinheiro são uma das principais (senão a principal) fonte da evasão fiscal.<sup>18</sup> Isso porque o uso do dinheiro confere grau de invisibilidade a transações em pontos de venda, as quais exigiriam o recolhimento de tributos (como Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, no Brasil, ou o IVA, na Europa). Isso também facilita o cálculo a menor de lucros tributáveis, em virtude da omissão de parte das vendas concretizadas.

**C** - O dinheiro em espécie seria um instrumento de pagamento tecnicamente superior, uma vez que métodos eletrônicos seriam custosos e não ofereceriam liquidação imediata.

É fato que instrumentos eletrônicos de pagamento costumam impor taxas aos usuários; afinal, são serviços prestados por instituições financeiras e de pagamento, e, naturalmente, não serão ofertados gratuitamente. Mesmo assim, estudos comparativos entre custos sociais de meios de pagamento indicam vantagens de métodos eletrônicos em relação ao dinheiro físico, considerando a cadeia de emissão, circulação e descarte de notas.<sup>19</sup>

No tocante ao segundo aspecto, o argumento é que o dinheiro permite a certeza imediata de recebimento, conferindo maior segurança aos vendedores.<sup>20</sup> Porém, esse argumento esbarra em duas constatações: (i) pagamentos de grandes valores já são habitualmente liquidados por intermédio de meios eletrônicos em países como o Brasil, atestando a conveniência desses meios

<sup>17</sup> SCHNEIDER, Friedrich. **The Financial Flows of Transnational Crime and Tax Fraud in OECD Countries: How Much Cash Is Used and What Do We (Not) Know?** Linz: Johannes Kepler Universität Linz, nov. 2015, p. 6.

<sup>18</sup> BELKINDAS, Misha; BONCH-OSMOLOVSKIY, Mikhail; PONIATOWSKI, Grzegorz. Study and Reports on the VAT Gap in the EU-28 Member States: 2016 Final Report. TAXUD/2015/CC/131. **CASE Research Paper**, Warsaw, n. 483, 05 out. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2847658>. Acesso em: 3 set. 2022. BANKMAN, Joseph; KARLINSKY, Stewart; MORSE, Susan Cleary. Cash Businesses and Tax Evasion. **Stanford Law and Policy Review**, Stanford, v. 20, n. 1, p. 37-68, 2009. FETHI, Meryem Duygun; KEDIR, Abbi M; WILLIAMS, Colin C. **Evaluating Tax Evasion in the European Union: A Case Study of the Prevalence and Character of “Envelope Wage” Payments**. Leicester: University of Leicester, Department of Economics, 2011.

<sup>19</sup> “A literatura está amplamente alinhada no sentido de que custos sociais do dinheiro excedem aqueles dos outros métodos de pagamento; alguns argumentam que custos privados do dinheiro podem ser ainda maiores em transações de grandes valores.” (tradução nossa) (CAMPBELL, Haylea *et alii*, p. 32).

<sup>20</sup> BANCO CENTRAL EUROPEU. **Opinion of the European Central Bank on limitation of cash payments (CON/2017.27)**. Frankfurt, 11 jul. 2017, pt. 2.8.

(é regra geral o pagamento de veículos, imóveis ou parcelas de mútuos financeiros através de transferências eletrônicas); e (ii) países como o Brasil disponibilizam sistema de transferência imediata de valores, com liquidação em tempo real (como o Pix).<sup>21</sup>

D - Os limites teriam baixo impacto sobre a prevenção do financiamento ao terrorismo.

A constatação é correta. O papel-moeda é amplamente utilizado por organizações terroristas, porque permite minimizar a chance de serem identificados. Entretanto, análise pormenorizada de ataques terroristas recentes permitiu à Comissão Europeia concluir que os limites teriam pequeno impacto direto na contenção do financiamento ao terrorismo.<sup>22</sup>

Primeiramente, porque atos terroristas tipicamente envolvem *transações preparatórias* de montantes relativamente baixos, que não seriam afetadas pelos limites.<sup>23</sup>

Cabe distinguir as *transações preparatórias* em dois grupos: aquelas de objeto lícito e aquelas de objeto ilícito. As primeiras incluem, por exemplo, aquisição de explosivos, em que as partes sabem que estão participando de uma atividade ilegal. Na medida em que já se trate de atividade ilícita, as contrapartes assumem voluntariamente riscos de medidas repressivas mais graves. Aqui, é duvidoso que o limite ao uso de dinheiro tenha efeitos dissuasórios.

Há também transações preparatórias de objeto lícito, como o aluguel de automóveis – posteriormente usados no ato terrorista. É possível presumir que a contraparte (como uma empresa de aluguel de automóveis) não tenha conhecimento da intenção criminosa subjacente. Assim, o atendimento aos limites de pagamentos em espécie tenderia a ser respeitado pela contraparte, exigindo pagamentos eletrônicos rastreáveis. Ocorre que, mesmo nesses casos, seriam rastreáveis apenas transações lícitas usuais, que dificilmente despertariam a atenção de autoridades. Evidência disso é que parte considerável das transações preparatórias de atos terroristas recentes foram efetivamente pagas por meios eletrônicos.<sup>24</sup>

Por outro lado, os limites poderiam ter impacto indireto no financiamento de organizações terroristas, na medida em que essas dependam da lavagem de capitais para ocultar a origem de recursos obtidos. Apesar de restrições a grandes pagamentos em espécie apresentarem baixo impacto sobre a prevenção ao financiamento do terrorismo, elas são úteis ao combate de atividades de lavagem de dinheiro praticadas por órgãos terroristas.<sup>25</sup>

---

21 O SPI é uma infraestrutura centralizada de liquidação bruta em tempo real de pagamentos instantâneos instituída pelo Banco Central do Brasil em 2020. Ele opera dentro de um conjunto de regras (arranjo de pagamentos) denominado Pix, estando disponível para liquidação de ordens de crédito 24 horas por dia, todos os dias do ano.

22 COMISSÃO EUROPEIA. *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on restrictions on payments in cash - COM/2018/483*. Bruxelas, 12 jun. 2018. p. 4.

23 *Ibid.*, p. 5.

24 *Ibid.*, p. 5.

25 *Ibid.*, p. 3, 8.

## 1.2 Argumentos favoráveis

A - Haveria poucas desvantagens na imposição de limites a grandes pagamentos em espécie.

A grande maioria das transações em dinheiro físico tem valores reduzidos. Logo, limites a transações elevadas fariam pouca diferença no uso diário do dinheiro, mesmo para transações rotineiras entre empresas. Essas constatações se baseiam em levantamentos estatísticos comprovando que, enquanto o dinheiro tende a prevalecer em transações menores, a preferência por ele diminui à medida que o valor dessas aumenta.<sup>26</sup> Ao mesmo tempo, alternativas convenientes e eficientes para pagamentos eletrônicos estão disponíveis para aquelas pessoas com recursos suficientes para movimentarem grandes valores.

Portanto, limites deveriam ser estabelecidos em patamares superiores às transações e vendas de bens de dia a dia, mas baixos o suficiente para capturar a aquisição de itens de grande valor, como imóveis, artigos de luxo ou veículos. Os limites também incidiriam sobre o pagamento de parcelas de um contrato em que o valor total excedesse o teto permitido. Assim, a medida teria impacto sobre modalidades de lavagem de capitais e evasão fiscal, com pouca inconveniência para a população em geral.

Evidência disso é a baixa resistência enfrentada pela medida restritiva em diversos países que a implementaram. Principais exemplos são México, Uruguai e Índia.

O México é economia fortemente baseada no uso do dinheiro. Em 2019, 80 a 90% das transações no país eram cursadas em dinheiro e apenas dois quintos dos mexicanos tinham acesso a contas bancárias.<sup>27</sup> Em 2013, o México introduziu dois limites a pagamentos em dinheiro: 500 mil pesos mexicanos para transações imobiliárias (aproximadamente 130 mil reais); e 200 mil pesos para pagamentos de veículos, artigos de luxo e tickets de loteria (aproximadamente 52 mil reais).<sup>28</sup> A regra é parte de esforço mais amplo de controle sobre fluxos monetários, e a inobservância do limite pode levar à pena de prisão.<sup>29</sup> Como os limites só alcançam pagamentos de grande valor, sem maiores impactos à população em geral, a restrição legal persiste e não enfrenta grande resistência no país.<sup>30</sup>

No Uruguai, esses limites foram estabelecidos em 2015, no valor de 40 mil unidades indexadas (aproximadamente 4.100 dólares estadunidenses ou 20 mil reais). Para negócios jurídicos de valor superior a 160 mil unidades indexadas, os meios de pagamento aceitos são taxativamente descritos em lei, priorizando métodos eletrônicos rastreáveis.<sup>31</sup> A regra foi acompanhada de diversas medidas tendentes a reduzir o uso do dinheiro no país, como a necessidade de pagamento de tributos e salários por meios eletrônicos. Após sua implementação, o uso de dinheiro foi reduzido sem que

26 É fenômeno observado até mesmo em países europeus onde o vínculo dos consumidores com o dinheiro é maior, como Alemanha e Áustria. (BAGNALL, John *et alii*. Consumer Cash Usage: a Cross Country Comparison with Payment Diary Survey Data. *ECB Working Paper Series*, Frankfurt: European Central Bank, n. 1685, jun. 2014; BANCO CENTRAL EUROPEU. The Use of Euro Banknotes: Results of Two Surveys among Households and Firms. *ECB Monthly Bulletin*, Frankfurt, n. 79, p. 79-83, abr. 2011). O mesmo vale para o Brasil, onde o uso de pagamentos eletrônicos se torna mais comum na medida em que o valor das compras aumenta, como mostra pesquisa divulgada pelo BCB em 2018. Para compras de até 10 reais, 88% das pessoas entrevistadas utilizavam dinheiro e apenas 11%, cartão de débito ou crédito. Para compras superiores a 500 reais, 31% utilizavam dinheiro e 61% optavam pelo pagamento em cartões de crédito ou débito. (BRASIL. Banco Central. **O brasileiro e sua relação com o dinheiro**: Pesquisa 2018. [S. l.]: Departamento do Meio Circulante, [2018]. Disponível em: <https://is.gd/zt2I9Y>. Acesso em: 11 jun. 2019).

27 CATTAN, Nacha; O'BOYLE, Michael. Mexico Considers Banning Cash for Gasoline Purchases, Highway Tolls. *Bloomberg Quint*, [s. l.], 12 ago. 2019.

28 Cotações oficiais especificadas neste trabalho foram obtidas a partir do site do BCB para o dia 3 de set. de 2022 (BRASIL. Banco Central. **Conversor de Moedas**. [S. l., 2021]. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/conversao>. Acesso em: 3 set. 2022).

29 MATONIS, Jon. Large Cash Transactions Banned In Mexico. *Forbes*, [s. l.], 17 out. 2012.

30 Exemplo de movimento observado após a introdução desses limites foi a redução significativa de vendas de imóveis, veículos e joias no mercado do estado de Sinaloa, notório por sua associação com um grande cartel da região. (CAMPBELL, Haylea *et alii*. p. 19-20).

31 URUGUAI. Decreto N° 350/017. Reglamentación de los arts. 35, 36 y 38 de la Ley 19.210, Ley de Inclusión Financiera. **Centro de Información Oficial**, [s. l.], 10 jan. 2018.

houvesse oposição vocal. Pelo contrário: quando houve iniciativa governamental de aumentar o limite, essa foi alvo de duras críticas, no sentido de que a mudança enfraqueceria a prevenção à lavagem de dinheiro.<sup>32</sup>

Na Índia, como parte de estratégia nacional de “desmonetização” (redução da circulação do papel-moeda), foram vedados os pagamentos em dinheiro físico acima de 200 mil rupias (aproximadamente 13 mil reais). A proibição é aplicável somente aos recebedores dos recursos, e não aos pagadores, valendo tanto na compra de produtos ou serviços quanto em outras transações (como mútuos, doações etc.).<sup>33</sup> A inobservância do limite é passível de multa na mesma quantia do valor aceito em dinheiro.<sup>34</sup> Ao contrário de medidas como a retirada de circulação de cédulas de valor nominal elevado, que tiveram repercussão bastante negativa, a proibição de certas operações em espécie foi recebida mais favoravelmente no país.<sup>35</sup> Isso porque não impõe custos adicionais a famílias indianas de baixa renda, posto que o limite é bastante superior ao valor da renda per capita do país.<sup>36</sup>

#### B - A imposição dos limites dificultaria a lavagem de capitais e a evasão fiscal.

A lavagem de dinheiro é uma forma de obter recursos advindos de atos criminosos dissimulando sua origem para que o capital ganhe aparência lícita e seja aplicado na economia legal. Estudo encomendado pela Comissão Europeia<sup>37</sup> concluiu que transações em dinheiro desempenham papel importante na lavagem de capitais, porque, apesar do crescimento de métodos eletrônicos de pagamento, certas atividades criminosas continuam gerando lucros em forma de grandes quantias de papel-moeda. Como regra, o ponto de partida para a lavagem de capitais são as transações em espécie, normalmente, a aquisição de bens de valor elevado.<sup>38</sup>

Como a lavagem de dinheiro é frequentemente operada a partir de transações de grandes valores, restrições a essas operações em dinheiro vivo seriam fonte adicional de dificuldade àqueles que tentassem utilizar proveitos de ilícitos. Ao passo que diversos países fortaleceram seus sistemas de prevenção à lavagem, detentores de recursos de proveniência ilícita encontram dificuldade de “lavar” esse dinheiro pelo sistema bancário. A aquisição de bens de grandes valores é alternativa a isso, habilitando a integração do dinheiro à economia legal sem despertar atenção de entes financeiros regulados obedientes às normas de prevenção à lavagem de capitais. Dada essa distorção nos padrões de uso, parece lógico concentrar esforços em medidas que dificultem mover, armazenar e transacionar grandes quantias de cédulas de dinheiro.<sup>39</sup>

32 SILVA, Mathías da. Elevar monto límite para pagos en efectivo obligará a hacer más controles, advierte CPA. *El País*, [s. l.], 21 abr. 2020; EL PAÍS. **Oddone**: cambios en inclusión financiera son “confusos” y “un poco provincianos”. [S. l.], 07 fev. 2020. Veja-se também: CAMPBELL, Haylea *et alii*. p. 20-21.

33 INDIA. Income-tax Act, 1961. **Income Tax Department**, [s. l., 2021]. Section - 269ST.

34 Para resumo sistemático das regras descritas, veja-se “Restrictions on cash transactions under Income Tax laws: Here’s all you wanted to know”, do Financial Express, e a página do portal IndiaFillings.com, Cash Transaction – Limit & Penalty – Income Tax, localizada no endereço <https://www.indiafillings.com/learn/cash-transaction/>.

35 CAMPBELL, Haylea *et alii*. p. 21.

36 A renda per capita na Índia era de 2.277,40 dólares estadunidenses em 2021, de acordo com dados do Banco Mundial (WORLD BANK. **GDP per capita (current US\$)**: India. [S. l., 2020]. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD?locations=IN>. Acesso em: 30 mar. 2021).

37 CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES; ECORYS. **Study on an EU initiative for a restriction on payments in cash**: Final Report. Bruxelas, 15 dez. 2017.

38 Estudos de autoridades regulatórias europeias encontraram evidências de que transações de valores elevados são método relevante para lavagem de dinheiro, especialmente pela compra de bens duráveis e imóveis para revenda a título legítimo, assim combinando recursos ilícitos com rendas legítimas (SERVIÇO EUROPEU DE POLÍCIA. Financial Intelligence Group. **Why is cash still a king?** A strategic Report on the use of cash by Criminal groups as a facilitator for money laundering).

39 CAMPBELL, Haylea *et alii*. p. 6.

A limitação de transações em espécie, apesar de não erradicar o crime de lavagem, torna essa atividade mais custosa e ineficiente, posto que exige a desagregação dos fundos obtidos ilícitamente em quantias menores (prática conhecida como *smurfing*). Nessa linha, autoridades de países que impuseram esses limites afirmam ter obtido impactos positivos e argumentam a favor das restrições.<sup>40</sup> Aliás, há evidências de que os países que não estabeleceram limites podem estar recebendo fluxos de dinheiro ilegais dos vizinhos que os impuseram.<sup>41</sup>

Por fim, como se demonstrou no item 2.1 B, pagamentos em dinheiro são uma importante fonte da evasão fiscal. Nesse aspecto, há indícios<sup>42</sup> de que fornecedores de produtos e serviços beneficiem-se de pagamentos em dinheiro para esquivar-se de tributos, omitindo o montante real de suas vendas e os lucros tributáveis.

## 2 Limite versus declaração

Ao invés de proibir pagamentos de grandes valores em espécie, alguns países (como o Brasil) estabelecem obrigações de comunicação dessas transações a autoridades nacionais. “Regras de comunicação”, como são habitualmente designadas, não restringem o curso legal da moeda, mas têm o condão de aumentar a rastreabilidade dos pagamentos em dinheiro físico e dificultar a prática de crimes aliados à “invisibilidade” do trânsito de papel-moeda. Essas comunicações fornecem material para agências de inteligência financeira, sem, contudo, representarem por si só prova de qualquer ilícito. Em alguns países, obrigações de comunicação estão restritas a transações conduzidas pelo sistema financeiro, enquanto outros também endereçam grandes aquisições em certos segmentos, como o comércio de bens de luxo e negócios baseados no uso intensivo de dinheiro – *High Value Dealers* (HVD).

Esta seção compara regras de comunicação e de limitação a pagamentos em papel-moeda a partir dos seguintes aspectos: (i) prevenção à lavagem de dinheiro; (ii) custos de conformidade; (iii) privacidade e liberdade de escolha; e (iv) custos de fiscalização.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES; ECORYS. *Study on an EU initiative for a restriction on payments in cash*: Final Report. SERVIÇO EUROPEU DE POLÍCIA. Financial Intelligence Group. *Why is cash still a king?* A strategic Report on the use of cash by Criminal groups as a facilitator for money laundering. p. 36-37 CAMPBELL, Haylea *et alii*. p. 14.

<sup>41</sup> É o caso da Alemanha, que, ao contrário de vizinhos europeus, resiste ao estabelecimento de limites a transações em espécie. A proibição de transações em espécie de valor superior a cinco mil euros foi tentada pelo governo em 2016, mas esbarrou em protestos. O tema ganhou fôlego depois que estudo do Gabinete Alemão de Investigação Aduaneira revelou que o país havia se tornado destino popular para aqueles que buscam lavar dinheiro e se esquivar de limites a transações em espécie existentes em países vizinhos. Esses indícios foram confirmados pelo Ministro das Finanças da Alemanha e pelo Banco Central Alemão. Segundo o Ministro, dinheiro obtido ilegalmente tem sido amplamente utilizado para aquisição de propriedades, obras de arte, carros e artigos de luxo. (MORRIS, Jason. All Change on Cash? Tackling Money Laundering Through Cash Transaction Limits in Germany. *International Compliance Association*, Londres, 06 mai. 2016; BILD. *Bürger-wut über geplante grenze*: Finger weg von unserem Bargeld. [s. l.], 07 fev. 2016; DROST, Frank. An El Dorado for Money Launderers. *Handelsblatt*, [Berlim], 17 fev. 2016; MCHUGH, Jess. Money Laundering Reaches \$113B in Germany as Organized Crime Flourishes. *International Business Times*, [s. l.], 21 ago. 2016).

<sup>42</sup> Veja-se: BELKINDAS, Misha; BONCH-OSMOLOVSKIY, Mikhail; PONIATOWSKI, Grzegorz. Study and Reports on the VAT Gap in the EU-28 Member States: 2016 Final Report.

<sup>43</sup> Para essa comparação, este trabalho se vale de estudo encomendado pela Comissão Europeia, intitulado “*Study on an EU initiative for a restriction on payments in cash*”. Além dos aspectos abordados neste trabalho, outros fatores foram apontados pelo estudo europeu, mas têm impacto menos direto sobre as conclusões. (CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES; ECORYS. *Study on an EU initiative for a restriction on payments in cash*: Final Report. p. 100).

## Prevenção à lavagem de dinheiro

A proibição de grandes transações em dinheiro vivo dificulta gastos diretos de recursos de origem ilícita em bens e serviços de alto valor. A eficácia dessa proibição sobre a lavagem de dinheiro foi avaliada pelo Banco Central da Itália (*Banca d'Italia*), para quem as restrições tiveram efeito positivo na redução do uso de recursos ilícitos no país.<sup>44</sup>

Já obrigações de declaração têm a vantagem de fornecer inteligência para auxiliar o início de investigações criminais por autoridades competentes, fortalecendo a detecção e condenação de crimes. Na prática, porém, três obstáculos se impõem: é preciso garantir que a obrigação de declarar será integralmente obedecida; o monitoramento dessa medida é considerado custoso; e os relatórios gerados devem ser efetivamente usados como dados de inteligência para auxiliar na obtenção de evidências em investigações – o que exige capacidade de análise das autoridades. Um indicador relevante é a baixa *taxa de conversão das comunicações* na União Europeia entre 2006 e 2017, equivalente a 10 a 13%. Essa é a porcentagem dos relatórios que efetivamente levaram a uma análise aprofundada e a investigações reais.<sup>45</sup>

As normas de comunicação variam de país para país e divergem em escopo e eficácia. No Reino Unido e nos EUA, por exemplo, sistemas de comunicação de operações em espécie são constantemente classificados como ineficazes e apontados como uma vulnerabilidade dos regimes locais de prevenção à lavagem de capitais.<sup>46</sup> De um lado, porque se estima que as comunicações (ainda que expressivas) não reflitam os números reais (considerados ainda maiores). De outro, porque o volume de comunicações geradas dificulta ações concretas,<sup>47</sup> posto que sobrecarrega a capacidade de análise das agências regulatórias e, como resultado, a maioria das comunicações não chega a ser investigada.<sup>48</sup> E há outra questão: não há nada inerentemente ilegal no uso de quantias significativas de dinheiro nesses países. Portanto, se as autoridades buscassem construir processos criminais com base nesses alertas, precisariam de mais informações do que aquelas fornecidas em cada relatório.

Em resumo, ambos os métodos (proibição e declaração) podem impactar positivamente no combate à lavagem de dinheiro. A proibição dificultaria o uso do capital ilicitamente obtido, enquanto a declaração ofereceria dados para investigações. A efetividade da última, entretanto, dependeria diretamente da análise efetiva dos relatórios gerados pelas agências de inteligência.

## Custos de conformidade

A proibição de recebimento de grandes pagamentos em dinheiro não acarretaria aumento significativo de custos investidos pelas empresas para assegurar a conformidade com essa norma. Aliás, esses custos poderiam diminuir pela extinção das obrigações de comunicação. Afinal, se

44 ARDIZZI, Guerino; DE FRANCESCHIS, Pierpaolo; GIAMATTEO, Michele. Cash Payment Anomalies and Money Laundering: An Econometric Analysis of Italian Municipalities. *International Review of Law and Economics*, v. 56, p. 105-121, dez. 2018.

45 CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES; ECORYS. *Study on an EU initiative for a restriction on payments in cash*. Final Report. p. 95.

46 No Reino Unido, por exemplo, empresas que aceitem pagamentos em espécie em quantias superiores a 10 mil euros devem se registrar como HVD e comunicar as transações. Entretanto, avaliação de entidade do governo sugere que o verdadeiro número de empresas que aceitam pagamentos acima desse valor é superior ao número de HVDs registradas. Relatório de 2015 que examinou o regime britânico de prevenção à lavagem de dinheiro aponta o setor de HVDs e comércio de bens de luxo como área de vulnerabilidade. (TRANSPARENCY INTERNATIONAL UK. *Don't Look Won't Find: Weaknesses in the Supervision of the UK's Anti-Money Laundering Rules*. Londres, 2015. p. 57-58.).

47 CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015. *Official Journal of the European Union*, Estrasburgo, L 141/72, 05 jun. 2015.

48 Nos E.U.A., a *Financial Crime Enforcement Network* (FinCEN) recebeu, em 2006, mais de 16 milhões de comunicações sobre transações em dinheiro superiores ao valor de 10 mil dólares. A autoridade financeira tem dificuldades de processar esse volume de dados. Ainda, autoridades de inteligência financeira (como a FinCEN) são normalmente projetadas para auxiliar investigações criminais, mas não para as conduzir elas próprias (E.U.A. Congresso. Comitê de Serviços Financeiros. *Suspicious Activity and Currency Transaction Reports: Balancing Law Enforcement Utility and Regulatory Requirements*. Washington, DC, 10 maio 2007).

grandes transações em dinheiro são proibidas, não há necessidade de registrá-las e comunicá-las. Ademais, boa parte das transações de valores elevados já são conduzidas por meios de pagamento eletrônicos, o que significaria pouca novidade aos envolvidos.<sup>49</sup>

A necessidade de comunicar grandes transações em moeda física, por sua vez, obriga a manutenção de estrutura interna hábil a fazê-lo. Essa opção demanda investimento em treinamento de pessoal. Por um lado, esses gastos não deveriam ser expressivos já que (como mencionado) a maior parte das transações de grandes valores não é paga em papel-moeda. Por outro, o fato de essas transações serem marginais poderia causar descuido com as comunicações e falta de treinamento da equipe.

Conclui-se que o estabelecimento de um dever de comunicação infringe custos de conformidade aos comerciantes sujeitos a essa norma; custos esses superiores àqueles decorrentes de uma medida de proibição de grandes pagamentos em papel-moeda.<sup>50</sup>

### **Privacidade e liberdade de escolha**

Em termos de liberdade de escolha, a regra de proibição é mais restritiva do que a de comunicação. A primeira obriga o uso de meios alternativos ao papel-moeda mesmo que esses não sejam desejados pelas partes. Já a mera declaração não interfere de forma relevante nessa escolha, uma vez que as formas de pagamentos permanecem lícitas.

Quanto à privacidade do usuário, tanto a proibição quanto a declaração representam restrições significativas. A proibição obriga o uso de meios alternativos, que não são dotados do mesmo anonimato tecnicamente viabilizado pelo papel-moeda. Já a declaração obriga a coleta de informações das partes, que são disponibilizadas para autoridades. Até por isso, limites a partir dos quais as transações em moeda física serão proibidas ou comunicadas devem ser minimamente expressivos, para restringir a privacidade apenas quando isso puder gerar efeitos justificadamente relevantes. Estabelecer limites em valores muito baixos causaria inconveniente desproporcional aos cidadãos em suas transações regulares e majoraria os custos de fiscalização e implementação da medida,<sup>51</sup> como demonstrado a seguir.

### **Custos de fiscalização**

Os custos de fiscalização de medidas de proibição ou comunicação dependem substancialmente dos montantes a partir dos quais essas transações em espécie serão proibidas ou sujeitas a registro. Quanto mais baixos os valores permitidos ou sujeitos à comunicação, mais transações estarão adstritas às regras. Assim, mais membros de agências de inteligência financeira, procuradores e juízes (por exemplo) serão envolvidos em etapas de monitoramento, investigação e julgamento de ações pertinentes, conforme o caso.

Custos de fiscalização de regras de comunicação incluem aqueles incorridos para: (a) determinar se os empreendimentos estão comunicando integralmente suas transações; (b) investigar e conduzir processos por violações; e (c) munir a autoridade de inteligência financeira de condições operacionais para investigar as comunicações recebidas. Ponderando esses aspectos, estudo encomendado pela

---

<sup>49</sup> CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES; ECORYS. *Study on an EU initiative for a restriction on payments in cash*: Final Report. p. 7 e 114.  
<sup>50</sup> Nesse sentido: ARDIZZI, Guerino; DE FRANCESCHIS, Pierpaolo; GIAMATTEO, Michele. *Cash Payment Anomalies and Money Laundering: An Econometric Analysis of Italian Municipalities*. *International Review of Law and Economics*, v. 56, p. 105-121, dez. 2018; e CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES; ECORYS. *Study on an EU initiative for a restriction on payments in cash*: Final Report. p. 93-96 e p. 114-116.

<sup>51</sup> CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES; ECORYS. *Study on an EU initiative for a restriction on payments in cash*: Final Report. p. 122-123; e BANCO CENTRAL EUROPEU. *Opinion of the European Central Bank of 20 November 2019 on tax disincentives for the use of cash (CON/2019/39)*. p. 4.

Comissão Europeia concluiu que a fiscalização efetiva de medidas de comunicação está associada a maiores custos do que aqueles associados à fiscalização de regra de proibição. Porém, apesar da comparação, o próprio estudo admite não ser possível quantificar com exatidão os custos de fiscalização das medidas de proibição.<sup>52</sup>

No Brasil, uma comparação precisa entre custos de fiscalização de medidas de comunicação e de proibição ainda não seria possível. Primeiramente, porque autoridades que recebem relatórios de operações em espécie não divulgam os custos necessários para a análise desses. Segundo, porque não existe regra proibição no país.

Quanto aos mecanismos de fiscalização de regras de proibição, eles são normalmente baseados em verificações periódicas (físicas ou eletrônicas) de extratos, notas fiscais e documentos contábeis. Autoridades de alguns países também fazem uso de *mystery shoppers* (compradores misteriosos), ou seja, agentes de públicos se passando por consumidores para realizar aquisições em dinheiro de itens acima do limite legal.<sup>53</sup>

Eventual importação do mecanismo de *mystery shoppers* precisaria atentar-se a regras penais específicas do Brasil. Aqui, não há crime punível em caso de flagrante preparado. Ou seja, a indução ou instigação a que um lojista pratique um crime (ao vender itens mediante recebimento de dinheiro vivo) torna impossível a consumação do tipo penal.<sup>54</sup> Seria caso em que, ao mesmo tempo em que o provocador leva o agente provocado ao cometimento do delito, age em sentido oposto para evitar o resultado.<sup>55</sup>

Portanto, informações colhidas pelos compradores misteriosos não poderiam instruir ou subsidiar processos criminais. Por outro lado, poderiam direcionar políticas públicas: ao identificar estabelecimentos tendentes a violar o limite, os compradores misteriosos formariam base estatística com localidade e segmento de atuação dos vendedores (joalherias, vendedoras de veículos etc.). Mais ainda, essas informações poderiam orientar o envio de comunicações não sancionatórias a estabelecimentos dos segmentos e locais destacados, explicando os limites vigentes a pagamentos em espécie e as sanções em caso de descumprimento.

Além dos quatro itens descritos nesta seção, cabe traçar uma última comparação entre as medidas de comunicação e a proibição. As primeiras visam somente a mitigar a não rastreabilidade do papel-moeda sem, contudo, limitar a circulação desse. A proibição, por sua vez, impede a circulação da moeda física, pelo menos para transações de grandes montantes. Com isso, consiste em medida mais exitosa quando se ponderam outras desvantagens do papel-moeda em relação a meios eletrônicos que não apenas a baixa rastreabilidade associada a ilícitos. É o caso dos custos associados ao ciclo da moeda física, de questões de segurança para os participantes dos pagamentos e dos impactos socioambientais do papel-moeda.

---

52 Ibid., p. 103 e 108-114.

53 Ibid., p. 107 e 160.

54 Enunciado da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação." E art. 17 do Código Penal (1940): "Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime."

55 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 607.

### 3 Proposta de aplicação nacional

Com base nas conclusões apresentadas nas seções anteriores, mostra-se relevante a análise de uma proposta de limite a pagamentos em moeda física no Brasil. Principal argumento para tanto é que países que já impuseram medidas semelhantes apontam sua eficácia contra ilícitos como a lavagem de capitais e a evasão fiscal. Se os limites não são capazes de dissuadir aqueles que presumivelmente estão confortáveis com a prática dos crimes, poderão, ao menos, demover contrapartes que hoje são cúmplices involuntárias de ilícitos.

Contra-argumento mais corriqueiro a propostas dessa natureza consiste na afirmativa de que os limites reduzem a privacidade dos cidadãos. No Brasil, entretanto, transações de grandes montantes não são totalmente anônimas, mesmo quando realizadas com recursos em espécie, ou pelo menos não deveriam ser. Isso porque estão sujeitas a regras de comunicação da Receita Federal,<sup>56</sup> do Banco Central do Brasil (BC)<sup>57</sup> e/ou do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).<sup>58</sup> No caso de transferência de direitos reais sobre imóveis, a transação ainda deverá ser formalizada via escritura pública, passível de registros públicos.

Após comparar regras que (i) limitam pagamentos em espécie (proibição) e (ii) permitem esses pagamentos, mas obrigam a declaração dos mesmos a autoridades locais (comunicação), conclui-se que as primeiras têm vantagens relevantes sobre as segundas – vantagens que devem ser sopesadas para a proposta de aplicação brasileira. Regras de comunicação pedem análise efetiva das informações recebidas, além de investigações complementares em caso de percepção de indícios de crimes. De outro lado, países que adotaram norma de proibição indicam que os custos de conformidade e fiscalização dessas medidas são inferiores aos de regras de comunicação. Além disso, a proibição se destina a reduzir a circulação da moeda física, o que as regras de comunicação não fazem. Isso implica benefícios que vão além da rastreabilidade das transações: maior segurança dos pagadores, recebedores e demais participantes da cadeia de pagamentos, diminuição de impactos socioambientais e redução de custos de emissão e circulação do papel-moeda.

Regras de comunicação também demandam cuidados de sigilo e proteção de dados. É preciso garantir que as comunicações de operações serão mantidas em sigilo pelas autoridades receptoras. A medida visa a conferir rastreabilidade aos fluxos financeiros, mas isso não se confunde com autorização para violar a privacidade dos participantes, a qual é resguardada pela Constituição Federal em seu art. 5º, incisos X e XII. Não à toa, Coaf, Receita Federal e BC são obrigados a preservar sigilo das informações recebidas.<sup>59</sup>

56 A Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil 1.761, de 20 de novembro de 2017, obriga a prestação de informações à Secretaria da Receita Federal de operações liquidadas total ou parcialmente em espécie, decorrentes de alienação ou cessão de bens e direitos, de prestação de serviços e de outras operações que envolvam transferência de moeda em espécie. As informações devem ser prestadas em formulário eletrônico denominado Declaração de Operações Liquidadas com Moeda em Espécie (DME). Estão obrigados a entrega da DME, residentes ou domiciliadas no Brasil que tenham recebido, em um mês, recursos em espécie iguais ou superiores a 30 mil reais – ou equivalente em outra moeda –, decorrentes de operações realizadas com uma mesma pessoa.

57 Instituições reguladas e especificadas pelo BC estão sujeitas à Circular BCB 3.978, de 23 de janeiro de 2020, que disciplina procedimentos e controles de prevenção do uso do sistema financeiro para a prática de crimes de lavagem e financiamento do terrorismo. A circular demonstra preocupação especial com operações em espécie e o faz por meio de três tipos de regras: as que demandam o registro de quaisquer operações, com requisitos adicionais para aquelas em espécie; as que obrigam o monitoramento e seleção de operações suspeitas; e as que exigem a comunicação ao Coaf de operações em espécie.

58 Obrigações administrativas de identificação de clientes, manutenção de registros e comunicação de operações ao Coaf incidem sobre todas as pessoas que exerçam as atividades listadas no art. 9º da Lei 9.613, de 3 de março de 1998. A título de exemplo, comerciantes de bens de valor unitário igual ou superior a 10 mil reais, joias, pedras e metais preciosos deverão comunicar ao Coaf operações com pagamento ou recebimento em espécie de valor igual ou superior a 30 mil reais (art. 4º, I da Resolução Coaf 25, de 16 de janeiro de 2013 e art. 9º, I da Resolução Coaf 23, de 20 de dezembro de 2012). Outras normas administrativas incidem sobre atividades específicas, como promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis. Pessoas que exercem essas atividades devem atender às regras do Conselho Federal de Corretores de Imóveis, em especial, à Resolução 1.336, de 20 de outubro de 2014, cujo art. 8º exige a comunicação ao Coaf de qualquer transação ou proposta de transação que envolva o pagamento ou recebimento em espécie de valor igual ou superior a 100 mil reais.

59 Para detalhamento da matéria: art. 10 da Lei 9.613/1998; art. 198 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966; e art. 1º da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001.

Uma vez que as comunicações dos pagamentos embutem dados pessoais, seu tratamento está sujeito à Lei de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Essa lei autoriza o tratamento de dados pessoais para cumprimento de obrigação legal ou regulatória. Assim, vendedores serão autorizados a coletar e comunicar dados pessoais de seus consumidores no âmbito de transações liquidadas em moeda física, pelo menos quando houver norma que os obrigue a fazê-lo. Autoridades públicas receptoras desses dados também estarão sujeitas aos ditames da LGPD, inclusive aos princípios da finalidade, adequação e necessidade.<sup>60</sup> Portanto, o tratamento deverá ater-se ao mínimo necessário para a consecução das finalidades propostas pelas regras de comunicação. O compartilhamento dos dados recebidos entre entidades do Poder Público será igualmente regido pelos princípios da lei e deverá “atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas” (art. 26 da LGPD).

Por fim, após comparar diversas opções de política pública de controle sobre o papel-moeda, conclui-se que a imposição de limites a transações de grandes valores é uma opção de implementação mais simples e com menos impacto para o uso legítimo do dinheiro. E, ainda assim, é mais efetiva do que a imposição de requisitos de comunicação.<sup>61</sup>

No Brasil, projetos de lei voltados à imposição de limites a pagamentos em espécie tramitam lentamente no Congresso.<sup>62</sup> São projetos cujo escopo, limites e sanções divergem significativamente. Entretanto, as justificativas são convergentes: dificultar a prática de crimes que se beneficiem do anonimato tecnicamente permitido pelo dinheiro.<sup>63</sup>

A experiência brasileira mostra que crimes de corrupção e lavagem estão constantemente<sup>64</sup> baseados no uso ilegal do papel-moeda.<sup>65</sup> Isso tem relação com a ausência de rastros deixados pelo dinheiro. A única maneira de obter vestígios dessas transações ilícitas é por mecanismos de investigação policial e provas testemunhais.<sup>66</sup> Daí surge a problemática percepção de que o crime pretérito não será identificado por seu viés financeiro, mesmo que o seja, posteriormente, por escutas telefônicas, delações ou outros instrumentos de investigação.

60 Vide Arts. 6º, 7º e 23 da LGPD.

61 Nessa mesma linha, veja-se: CAMPBELL, Haylea *et alii*. p. 11.

62 Um dos projetos de lei proíbe o uso do dinheiro em espécie em transações de qualquer natureza a partir de 10 mil reais, ou seu equivalente em moeda estrangeira, valor que poderá ser alterado por decisão do Coaf. Nesses casos, devem ser utilizados meios que assegurem a identificação do pagador e do beneficiário. O descumprimento da regra sujeitará os recursos à apreensão e, se não comprovada a sua origem e destinação lícitas, ao confisco. Comprovada a origem e destinação lícita dos recursos, os envolvidos na transação ficarão sujeitos à pena de multa de até 20% do valor em espécie utilizado. (AGOSTINHO, Rodrigo. **Projeto de Lei 75, de 2019**. [Brasília]: Câmara dos Deputados, 4 fev. 2019). Outro projeto busca ajustar a Lei n.º 9.613/98 para autorizar que o CMN estabeleça valores máximos para: i) a realização de transações financeiras em dinheiro, por pessoas físicas e jurídicas; e ii) o pagamento de cheques em espécie, sem o trânsito em conta corrente do beneficiário. O projeto atingiria apenas a atuação de instituições reguladas pelo CMN, sem limitar o uso do papel-moeda em outros setores da economia, como estabelecimentos comerciais. O CMN, ao estabelecer os valores máximos, deveria observar um limite não inferior ao valor de 1,5 vezes o subsídio mensal dos Ministros do STF (teto remuneratório constitucional no âmbito da Administração Pública), correspondendo, em 2017 (ano da proposta), a R\$ 58.939,50 (cinquenta e oito mil, novecentos e trinta e nove reais, cinquenta centavos). (NASCIMENTO, Gilberto. **Projeto de Lei 7.877-A, de 2017**. [Brasília]: Câmara dos Deputados, 02 out. 2019).

63 Também há um anteprojeto de lei de 2019, preparado pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), com o mesmo propósito de limitar pagamentos em dinheiro. O anteprojeto estabelece limite de 30 mil reais, ou seu equivalente em moedas estrangeiras, para transações em espécie, a cada 30 dias, entre as mesmas contrapartes. O limite varia para transações no âmbito do sistema financeiro e para algumas operações ali especificadas, como a entrega de dinheiro em operação de desconto de título de crédito que fica limitada a 5 mil reais. O CMN poderá modificar os valores dos limites estabelecidos, de forma genérica ou em relação a hipóteses determinadas. A inobservância dos limites acarreta infração administrativa, punível com multa “a ser fixada entre uma e dez vezes o valor que a caracterize”. Além disso, o projeto prevê a nulidade de atos jurídicos passíveis de registro públicos que sejam liquidados em espécie. (ENCCLA. **Minuta de Anteprojeto de Lei de 2019**. [S. l., 2019]. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/arquivos/resultados-enccla-2019/e2019a07-minuta-de-anteprojeto-de-lei>. Acesso em: 3 set. 2022).

64 BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Grupo de Egmont – “FIUs EM AÇÃO”. **100 Casos de Lavagem de Dinheiro**: Compilação de 100 casos simplificados, descrevendo os sucessos e momentos de aprendizagem na luta contra a lavagem de dinheiro. Brasília, set. 2001.

65 Informações obtidas a partir de entrevista com Bernardo Mota, coordenador-geral de Articulação Institucional do Coaf, em 19 de agosto de 2020. As opiniões dele podem ou não espelhar entendimentos do Coaf.

66 Informações obtidas a partir de entrevista com Heloisa Estellita em 25 de agosto de 2020.

Evidência de que esses limites podem ser implementados fora da zona europeia são as diversas jurisdições que já contam com restrições semelhantes. São exemplos: Índia, Israel,<sup>67</sup> Jamaica, México, Nigéria,<sup>68</sup> Peru<sup>69</sup> e Uruguai.<sup>70</sup>

Para limitar pagamentos em espécie, entretanto, faz-se necessário garantir a disponibilidade de meios alternativos eletrônicos de pagamento. Do contrário, a medida privaria grupo de pessoas da aquisição de bens ou as obrigaria a executar essas transações em violação à lei. Para tanto, a proibição deveria alcançar apenas transações de valores elevados, realizadas por parcela da população capaz de acessar serviços bancários ou de pagamentos digitais.<sup>71</sup>

Mas cabe destacar que a infraestrutura de pagamentos brasileira não fica atrás de outros países que estabeleceram restrições semelhantes. Pelo contrário, o Brasil conta com sistema de pagamentos eletrônicos robusto, que permite a realização de transações mesmo por pessoas que não têm contas bancárias. Exemplos notórios de modernizações que favorecem os pagamentos eletrônicos no país são: (i) a implementação da TED nos pagamentos interbancários em 2002;<sup>72</sup> (ii) a edição, em 9 de outubro de 2013, da primeira lei sobre o sistema eletrônico de pagamentos brasileiro – Lei 12.865, regulamentada por um conjunto de normas do Conselho Monetário Nacional (CMN) e BC;<sup>73</sup> e (iii) a instituição do SPI em 2020 – infraestrutura centralizada de liquidação bruta em tempo real de pagamentos instantâneos. Ainda, prestadores de serviços financeiros e de pagamento devem atender ao arcabouço normativo do CMN e do BC, que entrega grau de segurança e confiabilidade às entidades administradas.

Porém, determinar os valores a partir dos quais as transações deveriam ser realizadas por meios eletrônicos não é tarefa simples. Ao longo da história, permaneceu a confiança na função de troca do dinheiro. Medidas tendentes a remover essa garantia e tipificar a aceitação do dinheiro vivo devem ser cautelosas e, para isso, a determinação desse valor-limite não deverá se dar de maneira açodada. Mais ainda, esses limites podem ser calibrados ao longo da experiência nacional, com diminuição progressiva dos valores permitidos, de modo a evitar inconvenientes iniciais. Os casos da Bélgica e Itália ilustram essa possibilidade.

Na Bélgica, o limite de 15 mil euros a pagamentos ou doações em espécie foi instituído em 2004, reduzido para cinco mil euros em 2012 e, novamente, para três mil euros em 2014.<sup>74</sup> Aquisições de imóveis, independentemente do valor, não devem ser feitas em papel-moeda. Segundo o Banco

67 ISRAEL. Tax Authority. **Guide to reducing the use of cash**. [S. l.], 12 dez. 2019. Disponível em: <https://www.gov.il/en/departments/guides/law-guide-to-reducing-cash-use>. Acesso em: 03 set. 2022. LEVUSH, Ruth. Israel: New Law Restricts Use of Cash. **Library of Congress**, [s. l.], 27 mar. 2018.

68 NIGÉRIA. Banco Central. **Cash-less Nigeria**. Abuja, [2019]. Disponível em: <https://www.cbn.gov.ng/cashless/>. Acesso em: 30 mar. 2021. NIGÉRIA. Ministério da Justiça. **Money Laundering (Prohibition) Act 2011 (As Amended)**: Harmonized Act No. 11, 2011 and Act No. 1, 2012. Lagos: Federal Government, [2012].

69 PERU. Ley nº 30730. Ley que modifica los artículos 3, 5 y 7 del Decreto Supremo 150-2007-EF [...]. **El Peruano**, [s. l.], 30 jan. 2018.

70 Outros países, dentro e fora na Europa, como Austrália, Holanda, Rússia e Vietnã já propuseram normas no mesmo sentido. Veja-se: WRIGHT, Shane. Plan for \$10,000 cash ban 'dead, dead and dead'. **The Sydney Morning Herald**, Sydney, 03 dez. 2020. AUSTRALIA. The Treasury. **\$10,000 cash payment limit**. [S. l., 2019]. AYOUB, Joseph. Currency (Restrictions on the Use of Cash) Bill 2019. **Bills Digest**, [s. l.]: Parliament of Australia, n. 89, 11 mar. 2020. NL TIMES. **Dutch gov't to ban cash payments over €3,000 in fight against money laundering**. [S. l.], 01 jul. 2019. CAMPBELL, Haylea *et alii*. p. 19.

71 Estima-se que mais de 95% da população brasileira não possua capacidade financeira para movimentar mais de 10 mil reais. Portanto, transações de grandes valores representam percentual inferior a 5% do total das operações no país, conduzidas por grupos de maior renda. Assim, restringir a proposta às transações de grande valor seria estímulo ao uso de meios de pagamento rastreáveis por aqueles que efetivamente podem arcar com seus custos. A estatística foi disponibilizada por Bernardo Mota (cargo já descrito) em entrevista concedida em 19 de agosto de 2020. Ela foi utilizada no preparo de proposta de anteprojeto de imposição de limites para transações em espécie, no âmbito da Ação 7/2018 do ENCCCLA, da qual Bernardo Mota participou como representante do Coaf.

72 Circular BCB 3.115, de 18 de abril de 2002.

73 A Lei 12.865/2013 é a primeira a endereçar os “arranjos de pagamento” (entendidos como conjunto de regras que disciplinam a utilização de instrumentos de pagamento aceitos por mais de um receptor) e as “instituições de pagamento” (prestadoras de serviços de pagamento que participam dos arranjos). A norma confere poderes ao CMN e ao BC para regulamentação dessas entidades participantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro.

74 BÉLGICA. Loi relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces. **ECONOMIE, PME, CLASSES MOYENNES ET ENERGIE. INTERIEUR, JUSTICE, FINANCES. Moniteur Belge**, Bruxelles, p. 90898, 06 out. 2017.

Central da Bélgica, trata-se de restrição resultante da evolução de normas anteriores, existentes desde 1993.<sup>75</sup> Na Itália, limites a transações em espécie acima de mil euros foram introduzidos em 2011 e aumentados para três mil euros em 2016, sob a justificativa de encorajar o uso do dinheiro para estimular gastos durante a recessão. O aumento do limite encontrou resistência de movimentos nacionais preocupados com o combate à corrupção e evasão fiscal.<sup>76</sup> Especialmente após análises apontarem que o teto de mil euros ajudou na contenção do uso ilícito de dinheiro e estimulou pagamentos digitais.<sup>77</sup> Assim, o limite foi reduzido para dois mil euros em 2020 e novamente reduzido para mil euros em 2022.<sup>78</sup>

Apesar de não haver ciência exata para determinação de um valor limítrofe, faz sentido estabelecê-lo em montante superior a compras rotineiras (incluindo bens duráveis, como eletrodomésticos, comumente não associados a práticas de lavagem), mas baixo o suficiente para abarcar automóveis, imóveis e bens de luxo.<sup>79</sup> No cômputo, deverão ser considerados de maneira agregada todos os pagamentos associados à compra e venda de produtos ou serviços, mesmo que não excedam o limite individualmente, para evitar que a regra seja contornada pelo fracionamento da transação em movimentações inferiores ao teto estabelecido.

Outra ponderação é se a regra se aplicará a operações em espécie praticadas com intermediação de instituições sujeitas à supervisão do BC. Essas entidades já estão sujeitas à comunicação de operações de altas somas liquidadas em espécie. Assim, a rastreabilidade não se perderia mesmo com pagamentos em espécie – pelo menos quando houver conformidade dessas instituições com as regras administrativas relevantes. Entretanto, tal exceção pondera apenas as desvantagens do dinheiro associadas à prática de ilícitos, sem considerar questões de segurança, custos e impactos socioambientais. Por esse motivo, sugere-se que os limites sejam extensíveis a operações intermediadas pelas instituições reguladas.

Tudo isso sem prejuízo de que a observância ao limite aos pagamentos em espécie seja dispensada em casos excepcionais. Por exemplo, para autorizar pagamentos em espécie decorrentes de certas decisões judiciais ou para modular o teto aplicável a segmentos específicos (como produtores rurais de regiões sem infraestrutura bancária).

## Conclusão

Ainda não é possível saber o que o futuro reserva para o papel-moeda e se a tão proclamada sociedade sem dinheiro físico (*cashless society*) se tornará realidade ou não passará de um conceito acadêmico que nunca vai se materializar.<sup>80</sup> Até o momento, o velho papel-moeda mantém relevância secular nas transações cotidianas, mas a utilização dos meios eletrônicos de pagamento tem crescido em ritmo acelerado – principalmente para transações de somas expressivas. Sabendo

75 BÉLGICA. Banco Nacional. **Restriction of the use of cash** Comments and recommendations by the NBB. 2019.

76 CAPUSSELLA, Andrea Lorenzo. Raising Limits on Cash Payments Sends the Wrong Signal in Italy's Fight Against Corruption. **European Politics and Policy**, [s. l.]: The London School of Economics and Political Science, 26 nov. 2015.

77 BOESENACH, Ewout; DE VRIES, Taco; VAN DER KNAAP, Paul. **World Cash Report 2018**. [Utrecht]: G4S Cash Solutions, [2018]. p. 164. ARDIZZI, Guerino; DE FRANCESCHIS, Pierpaolo; GIAMATTEO, Michele. Cash Payment Anomalies and Money Laundering: An Econometric Analysis of Italian Municipalities. **International Review of Law and Economics**, v. 56, p. 105-121, dez. 2018. Segundo entrevista com Guerino Ardizzi, do Banco Central da Itália (Banca d' Italia), os limites tiveram impacto sobre operações organizadas de lavagem de dinheiro, reduzindo o uso de cédulas de grande denominação (CAMPBELL, Haylea *et alii*. p. 17).

78 ITÁLIA. DECRETO-LEGGE 26 ottobre 2019, n. 124. Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili. (19G00134). **Gazzetta Ufficiale**, [Roma], n. 252, 26 out. 2019.

79 CAMPBELL, Haylea *et alii*. p. 27.

80 Os mesmos questionamentos aparecem em: BOESENACH, Ewout; DE VRIES, Taco; VAN DER KNAAP, Paul. **World Cash Report 2018**. [Utrecht]: G4S Cash Solutions, [2018]. p. 119-127.

dos benefícios oferecidos pelos pagamentos digitais, concluiu-se apropriado o estímulo a medidas voltadas à digitalização do meio circulante.

Na contramão desse movimento, as regras legais brasileiras em vigor cuidam apenas de impor a aceitação irrestrita do papel-moeda, independentemente do valor das transações. A partir desse quadro, este trabalho sugeriu proposta normativa tendente a limitar o uso do papel-moeda em transações de grandes valores. Em uma análise comparativa, essa medida apresentou mais vantagens do que desvantagens para a sociedade, representando opção de política pragmática com potencial de mitigar os problemas advindos do uso irrestrito da moeda-física e complementar ações adotadas para conter de ilícitos financeiros.

Permite-se tecer comentários finais: ao longo da história das sociedades modernas, o dinheiro desempenhou papel fundamental.<sup>81</sup> A moeda, entretanto, assumiu diversas formas. Tentativas de reinventá-la têm ganhado novos e importantes capítulos em sua extensa trajetória.<sup>82</sup> Essas mutações foram e devem continuar sendo acompanhadas pelo direito, quando não moldadas por ele próprio.<sup>83</sup> Afinal, não é só a moeda que evolui; o desenvolvimento da regulação é também um processo contínuo.<sup>84</sup>

## Referências

ANTI MONEY LAUNDERING CENTRE. **Cash limit**. [S. l.], 10 mar. 2020. Disponível em: <https://www.amlc.eu/cash-limit/>. Acesso em: 3 set. 2022.

ARDIZZI, Guerino; DE FRANCESCHIS, Pierpaolo; GIAMATTEO, Michele. Cash Payment Anomalies and Money Laundering: An Econometric Analysis of Italian Municipalities. **International Review of Law and Economics**, v. 56, p. 105-121, dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.irl.2018.08.001>. Acesso em: 3 set. 2022.

ASSIS, Luiz Roberto. **Cash versus Electronic Payments: Costs and Environmental Impacts**. 2020. Projeto final (Master em International Business – Executive) – Università Cattolica del Sacro Cuore, Milão, jun. 2020.

AYOUB, Joseph. Currency (Restrictions on the Use of Cash) Bill 2019. **Bills Digest**, [s. l.]: Parliament of Australia, n. 89, 11 mar. 2020.

BAGNALL, John et alii. Consumer Cash Usage: a Cross Country Comparison with Payment Diary Survey Data. **ECB Working Paper Series**, Frankfurt: European Central Bank, n. 1685, jun. 2014.

BANCO CENTRAL EUROPEU. **Opinion of the European Central Bank of 20 November 2019 on tax disincentives for the use of cash (CON/2019/39)**. Frankfurt, 20 nov. 2019.

---

81 DESAN, Christine A. Money as a Legal Institution. In: ERNST, Wolfgang; FOX, David (Org.). **Money in the Western Legal Tradition: Middle Ages to Bretton Woods**. Oxford: Oxford University, 2016. p. 18-40. p. 21.

82 A socióloga Viviana A. Zelizer explica que, apesar do senso comum de que “um dólar é um dólar”, em todo lugar encontramos pessoas que estão constantemente criando diferentes formas de dinheiro. (ZELIZER, Viviana A. **The Social Meaning of Money: Pin Money, Paychecks, Poor Relief, and Other Currencies**. Princeton: Princeton University, 11 set. 1997)

83 Como apontou Christine Desan, “o dinheiro assumiu muitas formas diferentes em sua história, cada uma delas produto do processo legal que a moldou.” (tradução nossa). (DESAN, Christine A. Money as a Legal Institution. In: ERNST, Wolfgang; FOX, David (Org.). **Money in the Western Legal Tradition: Middle Ages to Bretton Woods**. Oxford: Oxford University, 2016. p. 18-40. p. 22-30).

84 “The evolution of financial supervision is an ongoing process.” Em tradução nossa: “[a] evolução da supervisão financeira é um processo contínuo.” (BUTTIGIEG, Christopher P. The Institutional Models for Financial Supervision: An Analysis. **The Accountant**, [s. l.], p. 12-16, 17 dez. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2190501>. Acesso em: 3 set. 2022. p. 12).

BANCO CENTRAL EUROPEU. **Opinion of the European Central Bank on limitation of cash payments (CON/2017.27)**. Frankfurt, 11 jul. 2017.

BANCO CENTRAL EUROPEU. The Use of Euro Banknotes: Results of Two Surveys among Households and Firms. **ECB Monthly Bulletin**, Frankfurt, n. 79, p. 79-83, abr. 2011.

BANKMAN, Joseph; KARLINSKY, Stewart; MORSE, Susan Cleary. Cash Businesses and Tax Evasion. **Stanford Law and Policy Review**, Stanford, v. 20, n. 1, p. 37-68, 2009.

BATAVIA, Bruno; BURGOS, Aldênio. **O meio circulante na era digital**. Brasília: Banco Central do Brasil, jul. 2018. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/public/inovtec/O-Meio-Circulante-na-Era-Digital.pdf?4>. Acesso em: 3 set. 2022.

BÉLGICA. Banco Nacional. **Restriction of the use of cash**: Comments and recommendations by the NBB. [S. l., 2019].

BÉLGICA. **Loi relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces**. ECONOMIE, PME, CLASSES MOYENNES ET ENERGIE.INTERIEUR.JUSTICE.FINANCES. Moniteur Belge, Bruxelas, 6 out. 2017.

BELKINDAS, Misha; BONCH-OSMOLOVSKIY, Mikhail; PONIATOWSKI, Grzegorz. **Study and Reports on the VAT Gap in the EU-28 Member States: 2016 Final Report**. TAXUD/2015/CC/131. CASE Research Paper, Warsaw, n. 483, 05 out. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2847658>. Acesso em: 3 set. 2022.

BILD. **Bürger-wut über geplante grenze: Finger weg von unserem Bargeld**. [S. l.], 07 fev. 2016. Disponível em: <https://www.bild.de/politik/inland/bundesministerium-finanzen/finger-weg-von-unserem-bargeld-44469892.bild.html>. Acesso em: 3 set. 2022.

BOESENACH, Ewout; DE VRIES, Taco; VAN DER KNAAP, Paul. **World Cash Report 2018**. [Utrecht]: G4S Cash Solutions, [2018].

BUTTIGIEG, Christopher P. **The Institutional Models for Financial Supervision: An Analysis**. The Accountant, [s. l.], 17 dez. 2012.

CAMPBELL, Haylea et alii. Limiting the Use of Cash for Big Purchases - Assessing the Case for Uniform Cash Thresholds. **M-RCBG Associate Working Paper Series**, Cambridge: Mossavar-Rahmani Center for Business & Government Weil Hall, Harvard Kennedy School, n. 80, set. 2017.

CAPUSSELA, Andrea Lorenzo. Raising Limits on Cash Payments Sends the Wrong Signal in Italy's Fight Against Corruption. **European Politics and Policy**, [s. l.]: The London School of Economics and Political Science, 26 nov. 2015.

CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES; ECORYS. **Study on an EU initiative for a restriction on payments in cash**: Final Report. Bruxelas, 15 dez. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. Commission Recommendation of 22 March 2010 on the scope and effects of legal tender of euro banknotes and coins. **Official Journal of the European Union**, Bruxelas, L83/70, 30 mar. 2010.

COMISSÃO EUROPEIA. **EU initiative on restrictions on payments in cash**: Consultation Strategy. 2016. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/consultation\\_strategy\\_final.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/consultation_strategy_final.pdf). Acesso: 3 set. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Outcome of the open public consultation on potential restrictions on large payments in cash.** [S. l., 2017].

COMISSÃO EUROPEIA. **Report from the Commission to the European Parliament and the Council on restrictions on payments in cash - COM/2018/483.** Bruxelas, 12 jun. 2018.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015. **Official Journal of the European Union**, Estrasburgo, L 141/72, 5 jun. 2015.

DESAN, Christine A. Money as a Legal Institution. In: ERNST, Wolfgang; FOX, David (Org.). **Money in the Western Legal Tradition: Middle Ages to Bretton Woods.** Oxford: Oxford University, 2016.

DESJARDINS, Jeff. Governments Have Declared a War on Cash. **Insider**, [s. l.], 19 jan. 2017

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Congresso. Comitê de Serviços Financeiros. **Suspicious Activity and Currency Transaction Reports: Balancing Law Enforcement Utility and Regulatory Requirements.** Washington, DC, 10 maio 2007.

ENCCLA. **Minuta de Anteprojeto de Lei de 2019.** [S. l., 2019].

EUROPEAN CONSUMER CENTRE FRANCE. **Cash payment limitations.** [S. l.], 15 dez. 2020.

EUSURVEY. **Published Results: Cash Payments.** [S. l.], 17 jun. 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/eusurvey/publication/CashPayments>. Acesso em: 3 set. 2022.

FETHI, Meryem Duygun; KEDIR, Abbi M; WILLIAMS, Colin C. **Evaluating Tax Evasion in the European Union: A Case Study of the Prevalence and Character of “Envelope Wage” Payments.** Leicester: University of Leicester, Department of Economics, 2011.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. Anti-Money Laundering and Counter-Terrorist Financing Measures: Belgium. **Mutual Evaluation Report.** Paris, abr. 2015. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-belgium-2015.html>. Acesso em: 3 set. 2022.

HANEGRAAF, Randall *et alii*. Life cycle assessment of cash payments. **DNB Working Paper**, Amsterdã: De Nederlandsche Bank, n. 610, out. de 2018.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: Uma Breve História da Humanidade.** 28. ed. Rio de Janeiro: L&PM, 2017.

HORST, Frank; KNÜMANN, Fabio. **Kosten der Bargeldzahlung im Einzelhandel: Studie zur Ermittlung und Bewertung der Kosten, die durch die Bargeldzahlung im Einzelhandel verursacht werden.** Frankfurt: Deutsche Bundesbank, mar. 2019.

INDIA. **Income-tax Act, 1961. Income Tax Department**, [s. l., 2021]. Section - 269ST. Disponível em: <https://www.incometaxindia.gov.in/pages/acts/income-tax-act.aspx>. Acesso em: 3 set. 2022.

ISRAEL. Tax Authority. **Guide to reducing the use of cash.** [S. l.], 12 dez. 2019. Disponível em: <https://www.gov.il/en/departments/guides/law-guide-to-reducing-cash-use>. Acesso em: 3 set. 2022.

ITÁLIA. DECRETO-LEGGE 26 ottobre 2019, n. 124. Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili. (19Goor34). **Gazzetta Ufficiale**, [Roma], n. 252, 26 out. 2019.

- KOSTOVA, Gergana; RUTTENBERG, Wiebe; SCHMIEDEL, Keiko. The Social and private costs of retail payment instruments: a European perspective. **Occasional Paper Series**, Frankfurt: European Central Bank, n. 137, set. 2012.
- LEMIEUX, Pierre. **In defense of cash**. The Library of Economics and Liberty, [s. l.], 3 nov. 2016.
- LEVUSH, Ruth. **Israel: New Law Restricts Use of Cash**. Library of Congress, [s. l.], 27 mar. 2018.
- MORRIS, Jason. **All Change on Cash? Tackling Money Laundering Through Cash Transaction Limits in Germany**. International Compliance Association, Londres, 6 mai. 2016.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Direito Monetário e Tributação da Moeda**. São Paulo: Dialética, 2006.
- NIGÉRIA. Ministério da Justiça. **Money Laundering (Prohibition) Act 2011 (As Amended): Harmonized Act No. 11, 2011 and Act No. 1, 2012**. Lagos: Federal Government, [2012].
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009.
- OLIVEIRA, Erika Tatiane. **Avaliação do impacto ambiental na produção das cédulas de cinquenta reais através da metodologia de avaliação do ciclo de vida (ACV)**. 2017. Mestrado em Sistemas de Gestão, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017.
- ROGOFF, Kenneth S. **Costs and Benefits to Phasing Out Paper Currency**. National Bureau of Economic Research, Cambridge (EUA), maio 2014.
- SCHNEIDER, Friedrich. **The Financial Flows of Transnational Crime and Tax Fraud in OECD Countries: How Much Cash Is Used and What Do We (Not) Know?** Linz: Johannes Kepler Universität Linz, nov. 2015.
- SCOTT, Brett. **The War on Cash. The Long+Short**, [s. l.], 19 ago. 2016.
- SERVIÇO EUROPEU DE POLÍCIA. Financial Intelligence Group. **Why is cash still a king? A strategic Report on the use of cash by Criminal groups as a facilitator for money laundering**. Haia, 2015.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL UK. **Don't Look Won't Find: Weaknesses in the Supervision of the UK's Anti-Money Laundering Rules**. Londres, 2015.
- VAN STEENIS, Huw. **Future of Finance Review on the Outlook for the UK Financial System: What it Means for the Bank of England**. Bank of England, [s. l.], 20 jun. 2019.
- ZELIZER, Viviana A. **The Social Meaning of Money: Pin Money, Paychecks, Poor Relief, and Other Currencies**. Princeton: Princeton University, 11 set. 1997.

# Regime de Liquidação Extrajudicial de Instituições Financeiras Regulado pelo BC: uma análise sob os aspectos da morosidade e da responsabilização civil de ex-administradores

Emerson Ademir Borges de Oliveira\*

Flavia Thaise Santos Maranhão\*\*

Miguel Angelo Aranega Garcia\*\*\*

*Introdução. 1 Regime de liquidação extrajudicial segundo a Lei 6.024/1974. 1.1 Adoção de soluções de mercado e a intervenção direta estatal via regimes de resolução. 2 Mecanismos de funcionamento da liquidação. 2.1 A morosidade e suas implicações. 3 Responsabilização civil de ex-administradores. 3.1 Omissões e descumprimentos. Conclusão. Referências.*

## Resumo

No Brasil, o Banco Central (BC) possui a responsabilidade pelo monitoramento, supervisão e regulamentação do Sistema Financeiro Nacional (SFN). Assim, quando é decretada a liquidação extrajudicial de uma instituição financeira, em especial de bancos, ele conduz inquérito administrativo com fins de apuração das causas que levaram a instituição ao regime de resolução, valores do prejuízo a terceiros, bem como identificação dos responsáveis. Dessa maneira, o escopo deste artigo é analisar o instituto da liquidação extrajudicial de instituições financeiras pelo BC sob os aspectos da morosidade do procedimento, abordando também a questão da dificuldade de responsabilização dos ex-administradores. Para realização da pesquisa, empregou-se o método de abordagem dedutivo, partindo da análise da Lei 6024/1974 que dispõe sobre o assunto e a técnica de pesquisa bibliográfica. Diante das reflexões ao longo da pesquisa, foi possível constatar que a morosidade e a dificuldade de responsabilização de ex-administradores trazem implicações negativas, tendo algumas intervenções se arrastado por várias décadas sem resolução e responsabilização. Apesar de a lei examinada ter sido instituída com foco na celeridade e para garantir a proteção a credores de mercados em risco, falhas nesses aspectos podem desencadear instabilidades na economia do país. Conclui ser possíveis modificações pontuais na legislação sobre liquidação extrajudicial, no intuito de determinar prazos, bem como atuação mais eficiente na busca da responsabilização de ex-administradores.

**Palavras-chave:** Liquidação extrajudicial. Instituições financeiras. Morosidade. Responsabilização civil.

---

\* Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Coordenador adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e professor titular da Universidade de Marília. Advogado e parecerista.

\*\* Mestranda em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Direito Tributário, MBA pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ). Especialista em Educação Ambiental, Universidade Cândido Mendes. Especialista em Docência do Ensino Superior na Universidade Cândido Mendes.

\*\*\* Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Estadual de Londrina. Professor da Faculdade Pitágoras e Unopar - Londrina/PR. Procurador jurídico da Câmara Municipal de Londrina.

## *Regime for Extrajudicial Liquidation of Financial Institutions regulated by the Central Bank of Brazil: an analysis under the aspects of delays and civil liability of former administrators*

### *Abstract*

*In Brazil, the Banco Central (BC) is responsible for monitoring, supervising, and regulating the National Financial System. Thus, when the extrajudicial liquidation of a financial institution, especially of banks, is decreed, BC conducts an administrative inquiry to determine the causes that led the institution to the resolution regime, the losses caused to third parties, and the identification of liable parties. Accordingly, this article analyzed the mechanism of BC extrajudicial liquidation of financial institutions considering the lengthiness of the procedure and addressing the difficulty of holding former managers liable. To conduct the study, we used a deductive approach starting with the analysis of Law 6024/74, which concerns the subject, and bibliographical research. Considering the reflections throughout the study, it was possible to observe that the lengthiness and difficulty of holding former administrators liable bring negative implications – some interventions remain unresolved over several decades without determining liability. Although this law was instituted with the focus on streamlining and ensuring the protection of creditors in at-risk markets, flaws in these aspects can trigger instability in the national economy. We conclude that it is possible to make specific changes in the legislation on extrajudicial liquidation, determine deadlines and offer more efficient actions aiming at liability of former managers.*

**Keywords:** *Extrajudicial liquidation. Financial institutions. Lengthiness. Civil liability.*

### **Introdução**

O Sistema Financeiro Nacional (SFN) possui atividade reguladora normativa e fiscalizatória com o intuito de proporcionar o crescimento econômico e social.

A supervisão realizada pelo Banco Central do Brasil (BC) possibilita a decretação de regimes especiais nas instituições financeiras que estejam colocando em situação de risco as boas condições do mercado. Deve ser desempenhada de maneira eficaz, apontando problemas e buscando dirimi-los, evitando assim, elevados danos em caso de omissão (GOMES, 2006, p. 227).

Os chamados regimes especiais previstos na legislação pátria são a intervenção, a liquidação extrajudicial e o Regime de Administração Especial Temporária (Raet). A Lei 6.024, de 13 de março de 1974, fundamenta a intervenção e a liquidação, já o Raet possui previsão legal no Decreto-Lei 2.321, de 25 de fevereiro de 1987.

O propósito deste artigo é avaliar os aspectos da morosidade no procedimento da liquidação extrajudicial de instituições financeiras, como os bancos, ainda compreender como é possível afastar as dificuldades para responsabilização de ex-administradores.

No presente estudo, é abordado o regime de liquidação extrajudicial, apresentando como ocorre a adoção de soluções de mercado e a intervenção direta Estatal via regimes de resolução, ainda os mecanismos de funcionamento da liquidação, a questão da morosidade e suas implicações, bem como a responsabilização civil de ex-administradores analisando o problema das omissões e descumprimentos.

O ponto crucial do presente trabalho é verificar a possibilidade de dinamizar o procedimento que se revela muitas vezes ineficiente ou inoperante, provocando a morosidade, assim como a responsabilização civil dos ex-administradores de instituições financeiras em liquidação extrajudicial ou falência.

Nesse sentido, o estudo aborda a seguinte problemática: quais os impactos da morosidade no procedimento de liquidação extrajudicial e da dificuldade de responsabilização civil dos ex-administradores de instituições financeiras capitaneadas pelo BC no contexto econômico do Brasil?

Para realização da pesquisa, empregou-se o método de abordagem dedutivo, partindo da análise da Lei 6.024/1974 que dispõe sobre o assunto, e a técnica de pesquisa bibliográfica de caráter exploratório com levantamento de autores de direito bancário, publicações científicas e da legislação pertinente.

O tema é importante, pois influi bastante na sociedade quando se verifica que o BC regula, organiza, fazendo a supervisão e resolução de instituições do SFN. Possui ainda como função assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda, assim como a permanência da solidez e eficiência do sistema financeiro, considerando que este é reconhecido como critério norteador para o desenvolvimento econômico e social.

Assim, o artigo em tela apresenta interesse político, social e acadêmico por proporcionar informações que sejam consideradas no debate para elaboração de legislação que vise aprimorar as já existentes sobre a temática, além de estimular pesquisa sobre o assunto, já que o sistema financeiro está muito atrelado a essas questões.

## 1 Regime de liquidação extrajudicial segundo a Lei 6.024/1974

O regime de liquidação extrajudicial é reconhecido como um regime de resolução que serve para paralisar o funcionamento da instituição afetada e promover a retirada organizada desta do SFN.

Segundo Marcos Dias de Oliveira (2021, p. 64):

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.

Ainda de acordo com o autor, o sistema financeiro de um país serve de informação sobre sua saúde econômica, mesmo sabendo que vários países passam por intercorrências econômicas por causa de crises mundiais, sabe-se que os que possuem sistema financeiro mais forte, conseguem superar bem as crises que sempre atingem o mundo (OLIVEIRA, 2021, p. 64).

Conforme disposição legal, Lei 6.024/1974, tem-se que:

Art. 31.<sup>1</sup> No resguardo da economia pública, da poupança privada e da segurança nacional, sempre que a atividade da entidade liquidanda colidir com os interesses daquelas áreas, poderá o liquidante, prévia e expressamente autorizado pelo Banco Central do Brasil, adotar qualquer

---

1 Há quem entenda que o art. 31 foi derogado pela Lei 9.447/1997, que teria passado a regular inteiramente a matéria.

forma especial ou qualificada de realização do ativo e liquidação do passivo, ceder o ativo a terceiros, organizar ou reorganizar sociedade para continuação geral ou parcial do negócio ou atividade da liquidanda (BRASIL, 1974).

A liquidação extrajudicial é medida administrativa drástica para o saneamento do sistema financeiro, realizando a extinção e eliminação da empresa, levando aos mesmos resultados do procedimento concursal judicial que é a falência (SADDI, 1999, p. 145).

Na concepção de Rafael Ribeiro Callegari Gomes, o SFN engloba instituições financeiras públicas e privadas, apresentando como órgão máximo de regulação e fixação de políticas monetária e creditícia o Conselho Monetário Nacional (CMN) (GOMES, 2006, p. 229).

Tzirulnik dispõe que são reconhecidas como instituições financeiras:

Os bancos oficiais ou privados; as sociedades de crédito, financiamento e investimentos; as cooperativas de crédito; as caixas econômicas e federais; as companhias de seguro e capitalização; as bolsas de valores; as sociedades corretoras de câmbio; as sociedades que promovam a distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua própria emissão ou por qualquer outra forma; as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividades relacionadas com a compra e venda de ações e quaisquer outros títulos, realizando, no mercado de capitais ou no mercado financeiro, operações ou serviços da mesma natureza daqueles efetuados pelas instituições financeiras; as pessoas físicas que exerçam quaisquer das atividades citadas de forma permanente ou eventual. (TZIRULNIK, 2000, p. 39)

Segundo Teori Zavascki, o interesse público que esteia a liquidação extrajudicial é a defesa da robustez e boas condições do mercado financeiro, de acordo com a Lei 6.024/1974, art. 15, § 1º (ZAVASCKI, 1985, p. 30-34).

Assim verificamos na análise do art. 15 da Lei de Liquidação Extrajudicial de Instituições Financeiras que poderá ser decretada nas seguintes modalidades: *ex officio* e a requerimento dos administradores da instituição, se permitido pelo estatuto social (BRASIL, 1974).

Insta salientar o que dispõe a Lei 6.024/1974:

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 (BRASIL, 1974).

A modalidade *ex officio* diz respeito aos casos de impontualidade de compromissos e motivos que autorizem a decretação da falência. Também, quando ocorrer grave violação pela administração de normas que regem a instituição CMN, BC. Ainda quando sofrer prejuízo que gere risco anormal aos credores quirografários. Quando ocorrer cassação da autorização para funcionar e a instituição não iniciar nos 90 dias seguintes a liquidação ordinária, ou se iniciada o Banco Central verificar que a administração morosa pode gerar prejuízos aos credores (ABRÃO, 2017, p. 346-347).

A liquidação iniciada a requerimento dos administradores da instituição ocorrerá se o estatuto social abranger essa possibilidade ou ainda através de pedido proposto pelo interventor, desde que devidamente fundamentado, expondo os motivos que justificam (NASSYRIOS, 2016).

Segundo Gomes, compete ao BC “cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são legalmente atribuídas pela legislação e as normas expedidas pelo CMN” (GOMES, 2006, p. 230).

O BC, no mercado financeiro, exerce primordialmente a supervisão, buscando um sistema financeiro sólido, que garanta a indispensável intermediação entre os agentes financeiros, garantindo aos que investem uma adequada remuneração de seus recursos, e aos captadores de investimentos os recursos necessários às atividades que geram emprego, desenvolvimento social e econômico (GOMES, 2006, p. 231).

A aplicação das regras de intervenção e liquidação segundo a Lei 6.024/1974, que geram paralisação imediata das atividades bancárias, causam graves danos no mercado financeiro (PORTO; GONÇALVES, 2013, p. 101).

O regime de liquidação ora analisado é utilizado quando for caso de insolvência irrecuperável ou cometimento de graves infrações, e a suspensão do funcionamento não inviabilizar a estabilidade financeira (MIRAGEM, 2019, p. 437).

Ocorre o fim da instituição, sendo instaurado um regime chamado de execução concursal na seara administrativa, lembrando que o ativo vai ser utilizado para suprir o passivo, observando a ordem de preferência legal dos credores (TOMAZETTE, 2021, p. 321).

Sendo regime especial, é reconhecido como medida administrativa, saneadora e direcionada às empresas que participam do mercado supervisionado, e dessa forma é uma intervenção econômica estatal para restabelecer suas finanças e satisfazer seus credores (ABRÃO, 2017, p. 345).

É reconhecida como *última ratio*, pois não tem como finalidade o salvamento da empresa, mas sua extinção, retirando-a do mercado, apurando passivos e ativos e favorecendo a criação de concurso de credores (COELHO, 2016, p. 320-321).

No entanto, diferentemente da falência, a liquidação extrajudicial tem o propósito de defender inicialmente o interesse público, preservando a saúde financeira como um todo (DE SOUZA NUNES, 2020, p. 96).

Segundo Porto e Gonçalves (2013, p. 101),

Especialmente por desempenharem ofício preponderante na movimentação da economia e na transferência de recursos, merecem os bancos olhar diferenciado do Direito como sistema ordenado de regras e princípios voltados à regulação dos comportamentos sociais.

Segundo previsão do artigo 16 da lei de liquidação:

Art. 16. A liquidação extrajudicial será executada por liquidante nomeado pelo Banco Central do Brasil, com amplos poderes de administração e liquidação, especialmente os de verificação e classificação dos créditos, podendo nomear e demitir funcionários, fixando-lhes os vencimentos, outorgar e cassar mandatos, propor ações e representar a massa em Juízo ou fora dele (BRASIL, 1974).

A liquidação será feita por um liquidante com amplos poderes, nomeado pelo BC. Os poderes são de administração e liquidação para verificação e classificação dos créditos, podendo tomar várias atitudes como nomear e demitir funcionários, fixar vencimentos (BEZERRA FILHO, 2015, p. 204).

## **1.1 Adoção de soluções de mercado e a intervenção direta estatal via regimes de resolução**

O BC possui como finalidade garantir a estabilidade do SFN, com isso, diante de problemas sérios comprometendo o patrimônio de uma instituição ou desajuste para cumprir compromissos, pode ordenar os controladores que aportem recursos, transfiram o controle, reorganizem a sociedade ou adotem medidas de recuperação (SADDI, 1999, p. 143).

Essas ações são também conhecidas como solução de mercado e conforme a evolução e gravidade dos problemas ou na situação de ocorrência de graves infrações às normas que regulam sua atividade, o BC pode intervir diretamente na instituição por meio de um regime de resolução (BARROS, 2009, p. 16-17).

A atividade das instituições financeiras, por serem importantes para o Estado, que realiza a preservação do sistema de pagamentos e a estabilidade do sistema financeiro, insere-se nas atividades a que o Estado tem o interesse de regular.

Segundo Bonavides (2004, p. 115-117), a intervenção estatal no domínio econômico é característica marcante do Estado Social, resultado de uma transformação estrutural pela qual passou o Estado Liberal, devendo ser utilizada como forma de atender ao interesse público.

No mercado que envolve as instituições financeiras, por conta da importância das atividades desenvolvidas, a solução para situações de funcionamento anormal, crises, não pode ser aplicada sem gerar elevados prejuízos, por isso, necessita de uma regulação estatal para: 1) evitar a entrada, nesse mercado, de empresas incapazes de sobreviver; 2) cuidar para que eventos ocasionais não desestabilizem o mercado financeiro como um todo; 3) promover a saída de empresas desse mercado, quando for indispensável, da forma mais adequada viável, sem gerar muito impacto.

Na visão de Rafael Calegari Gomes, a intervenção estatal no domínio econômico deve ser utilizada como forma de atender ao interesse público e quanto ao Sistema Financeiro Nacional, função de regulação e fiscalização exercidas pelos órgãos competentes visam um mercado sólido e que atraia investimentos, realoque capitais, controle câmbio, taxas de juros, proporcionando desenvolvimento econômico e por consequência social no sistema capitalista. Extremamente importante nesse aspecto a supervisão exercida pelo BC, responsável pela decretação de regimes especiais para instituições financeiras (GOMES, 2006, p. 228).

Ainda segundo o mesmo autor:

Trata-se de forma típica de intervenção no seio da vida econômica, manifestação do poder de polícia, isto é, mediante um conjunto de medidas normativas, que compreendem desde autorizações para funcionamento até regras que devem ser observadas obrigatoriamente para o regular desenvolvimento de determinada atividade, o Estado, por si mesmo ou por meio

de pessoas que cria para determinada finalidade, atua como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo a função de fiscalização, que tem como pressuposto esse poder de regulamentação ao qual está estritamente relacionada na medida em que sua missão é verificar o cumprimento das exigências normativas (GOMES, 2019, p. 229).

Os critérios utilizados pelo BC para adotar os regimes são: problema apresentado pela instituição, impacto no sistema financeiro e situações analisadas caso a caso, sendo que os regimes de resolução se baseiam no interesse público, na estabilidade financeira e na manutenção ou não interrupção do funcionamento das funções críticas para economia real (BRESSAN, 2011, p. 116).

Para Maffioletti (2019, p. 55),

a adoção de um regime de resolução repercute, em maior ou em menor grau, sobre a percepção de risco dos agentes em relação ao SFN como um todo ou a seus segmentos constituintes, realidade da qual o BC não pode abstrair-se ao tomar sua decisão, razão pela qual tais medidas são utilizadas como recursos derradeiros para a manutenção da estabilidade do SFN, sendo fundamentais as medidas prudenciais preventivas, os planos de recuperação das próprias instituições e as soluções de mercado, com ou sem o suporte dos fundos garantidores, como instrumentos eficientes e de menor custo ao contribuinte para a preservação da estabilidade financeira.

Caso não ocorra êxito nas medidas prudenciais, bem como nas de recuperação, é possível o BC determinar que a instituição busque uma solução de mercado antes de adotar um regime de resolução (ABRÃO, 2017, p. 344).

A Lei 9.447, de 14 de março de 1997, faculta ao BC, visando assegurar a estabilidade financeira, determinar as seguintes medidas: “I - *capitalização da sociedade, com o aporte de recursos necessários ao seu soerguimento, em montante por ele fixado*; II - *transferência do controle acionário*; ou III - *reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão*” (SADDI, 1999, p. 142).

Sem prejuízo das ações realizadas pela instituição com o intuito de retomar a normalidade e da tentativa de solução de mercado, é possível que o BC decrete um regime de resolução quando avaliar que a gestão da instituição é inviável para a ocorrência de recuperação ou só agravará (MACHADO, 2001, p. 175).

Baseado na evolução e gravidade, o BC pode intervir diretamente na instituição por meio de um dos regimes de resolução: Liquidação extrajudicial, Intervenção ou Raet.

Tem-se que, quando um regime de resolução é decretado, os administradores deixam de gerir a instituição, que passa a ser administrada por um liquidante, interventor ou conselho diretor, nomeado pelo BC, seguindo as características de cada tipo de regime (COELHO, 2016, p. 320-321).

## 2 Mecanismos de funcionamento da liquidação

A Lei 6.204/1974 estabeleceu que o BC tem o poder de nomear um liquidante para atuar na liquidação extrajudicial da instituição financeira que seja alheio à instituição. Ao BC é conferida esta possibilidade de delegação, devendo este nomear indivíduo com capacidade técnica e idoneidade moral para atuar no caso (BEZERRA FILHO, 2015, p. 202).

Estabelecida a legitimidade de atuação do liquidante, é preciso realizar a delimitação das atribuições dentro do procedimento de liquidação, como levantamento de todos os créditos; arrecadação de ativos; realização de ativos, com o fito de quitar os créditos; levantamento de

responsabilidades dos ex-administradores; nomeação e demissão de funcionários, fixando-lhes os vencimentos; outorgar e cassar mandatos, propor ações e representar a massa liquidanda; requerer autofalência, após autorização do BC (MIRAGEM, 2019, p. 435).

Quando é decretada a liquidação extrajudicial e é nomeado o liquidante que executará o regime, ocorrerá o início do procedimento de liquidação, além dos efeitos determinados pelo artigo 18 da Lei 6.204/1974 (BRASIL, 1974).

Assim temos:

Art. 18. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

- a) suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação;
- b) vencimento antecipado das obrigações da liquidanda;
- c) não atendimento das cláusulas penais dos contratos unilaterais vencidos em virtude da decretação da liquidação extrajudicial;
- d) não fluência de juros, mesmo que estipulados, contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo;
- e) interrupção da prescrição relativa a obrigações de responsabilidade da instituição;
- f) não reclamação de correção monetária de quaisquer divisas passivas, nem de penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas.

O liquidante, com a posse, recolherá os livros contábeis, empresariais, e documentações da instituição e analisará todos, elaborando depois um relatório geral direcionado ao BC, que com esse relatório, autorizará o liquidante a prosseguir com a liquidação ou a requerer a autofalência da entidade (COELHO, 2016, p. 318).

Vale mencionar os fundamentos jurídicos presentes na Lei 6.024/1974:

Art. 11. O interventor, dentro em sessenta dias, contados de sua posse, prorrogável se necessário, apresentará ao Banco Central do Brasil relatório, que conterá:

- a) exame da escrituração, da aplicação dos fundos e disponibilidades, e da situação econômico-financeira da instituição;
- b) indicação, devidamente comprovada, dos atos e omissões danosos que eventualmente tenha verificado;
- c) proposta justificada da adoção das providências que lhe pareçam convenientes à instituição.

Parágrafo único. As disposições deste artigo não impedem que o interventor, antes da apresentação do relatório, proponha ao Banco Central do Brasil a adoção de qualquer providência que lhe pareça necessária e urgente.

Art. 21. A vista do relatório ou da proposta previstos no artigo 11, apresentados pelo liquidante na conformidade do artigo anterior o Banco Central do Brasil poderá autorizá-lo a:

- a) prosseguir na liquidação extrajudicial;

b) requerer a falência da entidade, quando o seu ativo não for suficiente para cobrir pelo menos a metade do valor dos créditos quirografários, ou quando houver fundados indícios de crimes falimentares.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto neste artigo, em qualquer tempo, o Banco Central do Brasil poderá estudar pedidos de cessação da liquidação extrajudicial, formulados pelos interessados, concedendo ou recusando a medida pleiteada, segundo as garantias oferecidas e as conveniências de ordem geral.

Após isso, prosseguirá a liquidação, onde o liquidante convocará, por meio do Diário Oficial da União e na imprensa de grande circulação, os credores que desejam declarar seus créditos, devendo estes apresentar documentação apta a comprovar o direito de recebimento de valores (GOMES, 2006, p. 234).

Segue fundamento legal, Lei 6.024/1974:

Art. 22. Se determinado o prosseguimento da liquidação extrajudicial o liquidante fará publicar, no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação do local da sede da entidade, aviso aos credores para que declarem os respectivos créditos, dispensados desta formalidade os credores por depósitos ou por letras de câmbio de aceite da instituição financeira liquidanda (BRASIL, 1974).

Com a posse das declarações de crédito dos credores, o liquidante promoverá a análise, elaborará decisão, e encaminhará as respostas, cabendo recurso ao BC (MIRAGEM, 2019, p. 433).

Com o resultado dos julgamentos, pelo órgão supervisor, o liquidante elaborará o Quadro Geral de Credores, com a apresentação dos valores dos créditos (COELHO, 2016, 315).

Com a publicação do quadro, qualquer pessoa, dentro de dez dias, poderá impugnar, por escrito, alguns aspectos como: a legitimidade, valor, ou classificação dos créditos (ABRÃO, 2017, p. 320).

Assim, constituído em definitivo o Quadro Geral de Credores, mediante nova publicação no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação no local da sede da instituição, o liquidante poderá realizar os ativos e satisfazer os passivos para efetivação do pagamento dos créditos havidos pelos credores (TOMAZZETTE, 2021, p. 322).

Enquanto a satisfação não for atingida, o procedimento de liquidação extrajudicial prosseguirá, de modo que somente se encerrará nos termos do art. 19 da Lei 6.204/1974, quando:<sup>2</sup> os interessados, apresentando as necessárias condições de garantia, julgadas a critério do BC, tomarem a si o prosseguimento das atividades econômicas da empresa; houver transformação em liquidação ordinária; houver aprovação das contas finais do liquidante e baixa no registro público competente; decretada a falência da instituição (BRASIL, 1974).

## 2.1 A morosidade e suas implicações

A liquidação extrajudicial será encerrada por decisão do BC ou pela decretação da falência da instituição, não havendo prazo determinado para o encerramento, residindo aqui o entrave da morosidade, um dos aspectos analisado no presente artigo (GOMES, 2006, p. 231).

---

<sup>2</sup> Essas hipóteses listadas, correspondem à antiga redação do art. 19, que foi alterada pela Lei 13.506, de 2017.

Segundo Bonsere (2013, p. 572), o sistema financeiro está voltado para questões políticas e econômicas, surgindo a necessidade da intervenção do Estado no domínio econômico para regular a atividade bancária, já que a estabilidade de um sistema econômico está relacionada a estabilidade da moeda nacional.

Desse modo, percebe-se que a liquidação extrajudicial é considerada uma intervenção estatal sobre empresas que atuam em mercado supervisionado, com o intuito de garantir o retorno, a recuperação financeira, honrando compromissos, e visando, claro, a aplicação da celeridade a esses processos. Ao longo desses mais de 40 anos da legislação muitas críticas por não atingir sua finalidade de celeridade (MELLO, 2020, p. 243-252).

Para Rafael Ribeiro Calegari Gomes (2006, p. 230),

systemas bancários instáveis e insolventes trazem sérias repercussões negativas para a economia e a política de um país, e conseqüentemente para seu governo, haja vista que, as instituições financeiras intermediam a moeda e o crédito no sistema econômico, onde se formam as taxas de juros.

O que se percebe nas pesquisas sobre instituições que passam por regime especial, é que ocorre cada vez mais o aumento da morosidade em vários casos, tendo algumas intervenções se arrastado por várias décadas sem resolução, o que traz implicações negativas para o mercado financeiro, credores, dirigentes, funcionários, impactando conseqüentemente na economia do país.

Essa realidade não encontra amparo, nem explicação razoável, considerando que o referido procedimento especial foi elaborado exatamente para proporcionar a celeridade e a tutela de credores em mercados com risco estruturado, onde a ineficiência do procedimento pode ocasionar a desconfiância em determinado segmento, e possíveis instabilidades, ou mesmo declínio da economia ou de um setor específico (CARVALHO, 2016, p. 180).

O marco normativo vigente (Lei 6.024/1974) atende razoavelmente às necessidades da autoridade de resolução diante da experiência de quase 50 anos, contudo pode ser aperfeiçoado para garantir maior agilidade e eficiência aos regimes, diante de todas as situações passíveis de saneamento no SFN (TZIRULNIK, 2000, p. 101).

### 3 Responsabilização civil de ex-administradores

Necessário, inicialmente, apresentar o objetivo da responsabilização civil que é reparar o dano causado que diminuiu o bem jurídico da vítima, onde observa-se que precisa existir o dano para ocorrer a reparação. São elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão, culpa *lato sensu*, nexos de causalidade e o dano, sendo o ato de ação ou omissão do agente, o fator gerador da responsabilidade civil visa restaurar o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima (DE SOUZA NUNES, 2020, p. 94).

O ambiente econômico saudável deslumbra a possibilidade de exercício da liberdade, sob a ótica da livre iniciativa e da livre concorrência, além dos outros diversos princípios basilares do exercício pleno do capitalismo, presentes na Constituição Federal (MENDES, 2013, p. 804).

Adentrando no aspecto da responsabilização aplicada às instituições financeiras, estas possuem função essencial no crescimento e desenvolvimento econômico do país, sendo a Lei 6.024/1974 um meio de proteção do sistema contra falhas que possam causar insegurança no mercado.

Assim temos: “Art. 33. O liquidante prestará contas ao Banco Central do Brasil, independentemente de qualquer exigência, no momento em que deixar suas funções, ou a qualquer tempo, quando solicitado, e responderá, civil e criminalmente, por seus atos” (BRASIL, 1974).

Ainda sobre o instituto da responsabilização, tem-se outro dispositivo que a mencionada lei que também se reporta a seara criminal:

Art. 32. Apurados, no curso da liquidação, seguros elementos de prova, mesmo indiciária, da prática de contravenções penais ou crimes por parte de qualquer dos antigos administradores e membros do Conselho Fiscal, o liquidante os encaminhará ao órgão do Ministério Público para que este promova a ação penal (BRASIL, 1974).

Os potenciais reflexos negativos no mercado financeiro e nas atividades econômicas que são afetadas pela decretação de um regime de resolução, levam o BC a buscar preferencialmente que as instituições adotem soluções de mercado, preservando o valor e a atividade produtiva, contudo sem repulsão da penalização aos responsáveis por circunstanciais irregularidades que colaboraram para a inviabilidade da instituição, inclusive chamando atenção para a responsabilização civil, aspecto delineado por este artigo (FARIA, 1985, p. 61).

Segundo Thiago Silva de Souza Nunes (2020, p. 96), “frente ao cenário de insolvência, de crise bancária, que buscaremos entender os aspectos da responsabilização civil pelos causadores e pelos danos gerados à economia e aos clientes”.

Diante da infração a dever legal, embora existentes inúmeros poderes para se evitar a superveniência de acontecimentos danosos, surge a questão da responsabilização (DELGADO, 1999, p. 24).

Segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgado referente ao REsp 1619116/SP (2016/0205589-9), o relator, ministro Moura Ribeiro, a legislação deve ser interpretada de acordo com o interesse público na estabilidade do sistema, e segundo a doutrina, se coaduna com os seguintes modelos de responsabilidade: subjetiva e objetiva (STJ, 2020).

Ressaltou ainda que a temática da responsabilidade pertinente aos artigos 39 e 40 da lei de liquidação em análise, não é aceito por toda a doutrina, mas alertou que ambas as turmas de direito privado do STJ pacificaram o entendimento de que a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras é subjetiva. Assim, é necessário analisar a culpa e a relação existente entre o prejuízo verificado na instituição liquidada e depois falida.

A responsabilização civil dos administradores das instituições em crise necessita passar por aperfeiçoamento na interpretação e aplicação, objetivando a melhoria da satisfação dos créditos, pois muitos bens dos administradores não sofrem as consequências da indisponibilidade e do arresto, deixando muitos credores sem receber os seus valores.

Segundo a Lei de Liquidação Extrajudicial de Instituições Financeiras, os “administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, pelos [atos] que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido” (BRASIL, 1974).

O procedimento da apuração da responsabilidade dos administradores e a venda de seus bens para rateio junto aos credores precisa ser mais ágil, para que ocorra a total satisfação dos seus créditos junto a instituição (AMARO, 2018, p. 38).

Todas essas dificuldades encontradas privilegiam tão somente os maus administradores das instituições financeiras, que causam prejuízos envolvendo valores elevados, atingindo grande parte da sociedade e que, por falta de uma legislação mais rígida, acabam se sentindo, até certo ponto, imunes de responsabilidade em seus cargos (NASSYRIOS, 2016).

É necessário, portanto, uma atuação mais enérgica do BC, pela utilização de meios que garantam uma responsabilização dos administradores e ex-administradores de forma mais eficiente, através de atuação mais rígida na indisponibilidade dos bens desses, visando aliená-los, no sentido de garantir de uma maneira eficaz, a minimização dos prejuízos sofridos pelos credores da instituição financeira, para que essas instituições não sofram desconfiância por parte dos investidores e dos poupadores da sociedade civil (OLIVEIRA, 2021, p. 69).

### 3.1 Omissões e descumprimentos

Ao analisar o art. 39 da Lei 6.024/1974, percebe-se de forma clara tratar-se de caso envolvendo a responsabilidade subjetiva por causa da expressão “praticado ou omissões em que houverem incorrido” (BRASIL, 1974).

Para que ocorra a responsabilização do administrador “exige-se a demonstração da conduta antijurídica, do dano, do nexo causal e, especialmente, da culpa” (DE SOUZA NUNES, 2020, p. 92).

O art. 40 da mencionada lei também merece destaque na análise da responsabilização civil de administradores:

Art. 40. Os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão até que se cumpram.

Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados (BRASIL, 1974)

Ainda na visão do autor acima citado, observa-se a necessidade de interpretação conjunta e complementar dos artigos 39 e 40, destacando que “a responsabilidade solidária do diretor está limitada pelo prejuízo causado, denotando a culpa tangente a responsabilidade subjetiva” (DE SOUZA NUNES, 2020, p. 95).

A impossibilidade de comunicação de culpa entre os diretores, por causa da expressa previsão de realização de inquérito e necessidade de ajuizamento de ação para apuração dos efetivos causadores do prejuízo (OLIVEIRA, 2021, p. 70).

A adoção da culpa como base da responsabilidade civil estimula a dedicação e o dinamismo dos administradores de bancos, sendo a responsabilidade subjetiva mais adequada (DELGADO, 1999, p. 24).

Fazendo um panorama jurisprudencial prevalece no STJ o entendimento de que a responsabilidade dos administradores (arts. 39 e 40) é subjetiva, porém o art. 40 estabelece ser solidária e presumida (*presunção juris tantum*), podendo os administradores comprovar a ausência de culpa (OLIVEIRA, 2021, p. 71).

## Conclusão

A referida pesquisa evidenciou que o interesse público que justifica a liquidação extrajudicial é a preservação da segurança do mercado financeiro, economia e segurança nacional (art. 31 da Lei 6.024/1974)<sup>3</sup>, com foco no interesse dos credores.

---

3 Cf. nota explicativa I.

A intervenção estatal no domínio econômico, conforme foi observado, deve atender o interesse público e quando se menciona o SFN, a atividade reguladora normativa e a fiscalização desempenhada pelos órgãos competentes vislumbram um mercado sólido, que atraia investimentos, que possa gerar crescimento econômico.

É muito importante a supervisão exercida pelo BC, que decreta os regimes especiais para instituições financeiras que coloquem em risco as boas condições do mercado e a condição patrimonial de seus clientes, baseada na sua função reguladora e nas informações adquiridas através da função fiscalizadora.

Os regimes especiais, como a liquidação extrajudicial, integram os mecanismos que o BC possui para tutelar a saúde financeira nacional.

O presente artigo buscou apresentar o regime de liquidação extrajudicial de instituições financeiras, caracterizando as soluções de mercado e intervenção direta estatal via regimes de execução, descrevendo os mecanismos de funcionamento, bem como os aspectos norteadores da pesquisa que foram os efeitos da morosidade e a dificuldade de responsabilizar civilmente os ex-administradores de instituições.

Diante da análise realizada, conclui-se que:

1. foi possível constatar que a morosidade e a dificuldade de responsabilização de ex-administradores trazem implicações negativas, como os impactos no mercado financeiro e empresarial, gerando prejuízos aos credores, haja vista algumas intervenções perdurarem por várias décadas sem resolução e responsabilização dos envolvidos;
2. apesar de a Lei 6.024/1974 ter sido instituída com foco na celeridade e para garantir a proteção a credores de mercados em risco, falhas nesses aspectos podem desencadear instabilidades na economia do país;
3. ocorrendo a insolvência ou prejuízos na gestão, o BC pode intervir apurando as responsabilidades e por meio do presente trabalho prevaleceu-se o entendimento de que os ex-administradores, administradores e diretores de instituições financeiras, como exemplo dos bancos, respondem subjetivamente frente aos prejuízos causados sob a sua gestão;
4. ressaltando o posicionamento jurisprudencial que consolida o entendimento acerca da natureza da responsabilidade subjetiva dos administradores de bancos comerciais sob regimes especiais, tanto no caso do art. 39 quanto do art. 40 da Lei 6.024/1974;
5. no caso do art. 40 da Lei 6.024/1974, a jurisprudência se posicionou pela responsabilidade subjetiva com culpa presumida, onde o administrador deverá provar que cumpriu os padrões de conduta exigidos quando exerceu o cargo, isso é, agiu sem culpa, sob pena de, em caso de insucesso nas comprovações, ser responsabilizado;
6. também é necessária uma atuação mais enérgica do BC, para garantir mais eficiência na responsabilização dos administradores e ex-administradores, na indisponibilidade dos bens desses, visando aliená-los, e garantir a diminuição dos prejuízos sofridos pelos credores e para que essas instituições não sofram desconfiança no mercado financeiro;
7. conclui, assim, serem possíveis modificações pontuais na legislação sobre liquidação extrajudicial, que já conta com quase de 50 anos, no intuito de determinar prazos rígidos, bem como inserção de artigos que versem sobre a atuação mais eficiente na busca da responsabilização de ex-administradores;
8. o tema é propício para gerar debates sobre a necessidade de atualização da referida norma para aprimorar a responsabilização civil dos ex-administradores e agilizar o procedimento de liquidação extrajudicial, minimizando a morosidade.

## Referências

- ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. Saraiva Educação SA, 2017.
- AMARO, Anderson de Souza. **A responsabilidade civil dos administradores e controladores de instituições financeiras nos regimes interventivos do Banco Central do Brasil**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2018. 41 p. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-25092020-164500/pt-br.php>. Acesso em: 20 fev. 2022.
- BARROS, Airton Florentino de. A Responsabilidade na Liquidação Extrajudicial. **Cadernos de Direito**, Piracicaba. V. 9 (16-17), jan. Dez. 2009. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/137>. Acesso em: 5 fev. 2022.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada – Lei 11.101/ 2005** - 11ª Ed. Revista dos Tribunais: 2015.
- BONSERE, Silvana Fátima. *et al.* A crise financeira do século XXI e seus impactos sobre a jurisdição brasileira. **Revista Argumentum** – RA, ISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 22, N. 2, p. 569-590, Maio. 2021. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1556>. Acesso em: 5 fev. 2022.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974**. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, p. 002865, 14 mar. 1974. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6024.htm). Acesso em: 20 jan. 2022.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987**. Institui, em defesa das finanças públicas, regime de administração especial temporária, nas instituições financeiras e públicas não federais, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, p. 002797, 26 fev. 1987. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2321.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%202.321%2C%20DE,federais%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2321.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%202.321%2C%20DE,federais%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs). Acesso em: 10 jan. 2022.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997**. Dispõe sobre a responsabilidade solidária de controladores de instituições submetidas aos regimes de que tratam a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e o Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; sobre a indisponibilidade de seus bens; sobre a responsabilização das empresas de auditoria contábil ou dos auditores contábeis independentes; sobre privatização de instituições cujas ações sejam desapropriadas, na forma do Decreto-lei nº 2.321, de 1987, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 14 mar. 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9447.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9447.htm). Acesso em: 15 jan. 2022.
- BRESSAN, Valeria Gama Fully et al. Avaliação De Insolvência em Cooperativas De Crédito: Uma Aplicação Do Sistema Pearl. **Revista De Administração Mackenzie** 12.2 (2011): 113. Web. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1678-69712011000200006>. Acesso em: 2 de fev. 2022.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARVALHO, R. C. Intervenção e Liquidação extrajudicial no sistema financeiro brasileiro estudo de caso “Banco cruzeiro do Sul”. **Caderno de pós-graduação em Direito: Direito societário e globalização**. 2016, p. 175-197. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/7811>. Acesso em: 20 fev. 2022.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas** - 11<sup>a</sup> Ed. Revista dos tribunais: 2016.

DELGADO, José Augusto. Liquidação extrajudicial dos bancos. Responsabilidade civil dos seus administradores. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, n. 6, p. 24, 1999. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:sPHHsmgxe8kJ:https://revistadireito.emnuvens.com.br/revistadireito/article/download/137/105+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 24 fev. 2022.

DE SOUZA NUNES, Thiago Silva. Responsabilidade civil dos administradores de bancos sujeitos a regimes especiais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**, n. 9, 2020. Disponível em: <https://revistadireito.emnuvens.com.br/revistadireito/article/view/137>. Acesso em: 20 fev. 2022.

FARIA, Werter. **Liquidação extrajudicial, intervenção e responsabilidade civil dos administradores das instituições financeiras**. Porto Alegre: Fabris, 1985. 78 p.

GOMES, Rafael Ribeiro Calegari. Responsabilidade do Banco Central do Brasil pelos danos ocorridos aos clientes de instituições financeiras em liquidação extrajudicial ou falência. **Revista De Direito Público**, Londrina, v. 1, n. 1, p. 227-244, jan./abr. 2006. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11591>. Acesso em: 20 jan. 2022.

MACHADO, Ivan Paulo. Da Responsabilidade Civil Objetiva do Banco Central na Intervenção e Liquidação Extrajudicial das Instituições Financeiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 790, p. 171-179, ago. 2001. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37158>. Acesso em: 20 fev. 2022.

MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **As sociedades cooperativas e o regime jurídico concursal: A recuperação de empresas e falências, insolvência civil e liquidação extrajudicial e a empresa cooperativa**. Almedina, 2019.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade Pública por Danos Causados por Instituições Financeiras. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 91, p. 243-252. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/11591/10287>. Acesso em: 21 fev. 2022.

MIRAGEM, Bruno. **Direito bancário**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NASSYRIOS, Gabriella Guimarães. **Liquidação extrajudicial de instituições financeiras**. Disponível em: <https://gabinassyrios.jusbrasil.com.br/artigos/339311831/a-liquidacao-extrajudicial-nas-instituicoes-financeiras>. Acesso em: 20 jan. 2022.

OLIVEIRA, Marcos Dias. O papel do inquérito do Banco Central em casos de liquidação extrajudicial na detecção de crimes financeiros. **Revista da PGBC – V. 15 – N. 1 – jun. 2021**. p. 62-75. Disponível em: <https://revistapgbc.bcb.gov.br/revista/article/view/1097/5>. Acesso em: 10 fev. 2022.

PORTO, Antônio Augusto Cruz; GONÇALVES, Oksandro Osdival. O novo vetor axiológico no movimento de saneamento do Sistema Financeiro Nacional. **ARGUMENTUM – Revista de Direito**. N. 14, 2013. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/979/599>. Acesso em: 20 fev. 2022.

SADDI, Jairo (Org.). **Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Texto Novo, 1999.

Responsabilidade dos administradores de instituições financeiras por prejuízos é subjetiva. **STJ**. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/28092020-Responsabilidade-dos-administradores-de-instituicoes-financeiras-por-prejuizos-e-subjetiva.aspx>. Acesso em: 20 fev. 2022.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial-Volume 3: Falência e Recuperação de Empresas**. Saraiva Educação SA, 2021.

TZIRULNIK, Luiz. **Intervenção e Liquidação Extrajudicial das Instituições Financeiras**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. Liquidação extrajudicial e correção monetária. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nova série, v.24, n. 57, p. 30-34, jan./mar. 1985. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/192>. Acesso em: 22 fev. 2022.

# A Cooperação Tributária Internacional no Combate aos Paraísos Fiscais

Lucas Narciso Pimenta Ricardo\*

Bárbara Thaís Pinheiro Silva\*\*

Daniel Augusto Arouca Bizzotto\*\*\*

*Introdução. 1 Da gênese do Direito Internacional Tributário. 2 Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). 2.1 Harmful Tax Competition – An Emergencial Global Issue. 2.2 Base erosion and profit shifting (BEPS). Conclusão. Referências.*

## Resumo

Os paraísos fiscais ainda são usados extensivamente como forma de escapar da tributação. A cooperação internacional em matéria tributária, nesse caso, é um instrumento essencial para o combate a tal prática, que leva à diminuição do financiamento da máquina estatal. Sendo assim, a presente pesquisa tem por escopo investigar a importância da cooperação internacional, por meio da atuação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no combate contra os paraísos fiscais. Para a presente investigação, foi adotado o método dedutivo-hipotético, por meio da revisão de literatura e bibliografia. O resultado da investigação demonstrou o papel crucial da OCDE em coordenar e monitorar a ação dos estados para incentivar a boa governança na elaboração de normas tributárias. Conclui-se a importância da cooperação internacional no combate dos paraísos fiscais para o fortalecimento e a integração do sistema tributário internacional, beneficiando o desenvolvimento econômico em escala global.

**Palavras-chave:** Cooperação internacional. Direito Tributário Internacional. Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Paraísos fiscais.

---

\* Mestrando em Direito do Comércio e Investimento Internacional no *World Trade Institute, University of Bern* (Suíça) e estagiário no *International Trade Centre (ITC)*. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: narciso\_lucas@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4963-5061>.

\*\* Mestranda em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharel em Direito pela PUC Minas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6010-7350>.

\*\*\* Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela PUC Minas (2011). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2007).

## *International Tax Cooperation in the Fight Against Tax Havens*

### *Abstract*

*Tax havens are still used extensively to escape taxation, which is why International Cooperation in tax matters is seen as an essential instrument to combat the practice that leads to a decrease in the financing of the state machine. Therefore, the present research aims to investigate the importance of International Cooperation, through the action of the OECD, in the fight against tax havens. The hypothetico-deductive method was adopted for the present investigation through a literature review and bibliography. The result of the investigation demonstrated the crucial role of the OECD in coordinating and monitoring the action of States to encourage good governance in the development of tax rules. It concluded the importance of international cooperation in combating tax havens for strengthening and integrating the international tax system, benefiting economic development on a global scale.*

**Keywords:** *International Cooperation. International Tax Law. Organization for Economic Cooperation and Development. Tax Havens.*

### **Introdução**

O sistema de isenção tributária que atraiu os olhares das grandes corporações, denominado de *Tax Heaven* – Paraíso Fiscal –, é considerado um instrumento que torna possível os indivíduos e as empresas esquivarem de impostos que incidem sobre as relações comerciais no país de origem. Os Paraísos Fiscais exigem apenas uma pequena aplicação de impostos nas atividades econômicas, comerciais e financeiras – muitas vezes ela inexistente –, fazendo com que a intervenção do Estado seja inoperante, razão pela qual se sobrepõem diversos escândalos de corrupção em que várias empresas e indivíduos estão envolvidos.

Os Paraísos Fiscais possuem uma vinculação ao planejamento tributário, uma vez que são locais onde o livre comércio é regido pela inexistência da tributação ou aplicação atenuada desta. Em outros termos, trata-se de uma região onde as atividades comerciais e financeiras são favoráveis, pois ou isentam completamente (Paraísos Fiscais puros), ou parcialmente (Paraísos Fiscais relativos) uma parte significativa dos rendimentos das pessoas jurídicas e das pessoas físicas. Em síntese, são países nos quais há baixa carga tributária, estabilidade política, sigilo bancário, infraestrutura de alto padrão etc., fatores que favorecem a minoração dos custos empresariais decorrentes da tributação sobre as relações comerciais e financeiras (ALTSHULER; GRUBERT, 2008).

A criação dos *Tax Havens* não é algo ilegal; porém, uma vez que possibilitam as práticas ilegais, a idoneidade e a função social deles são colocadas em xeque, pois são manipulados para o uso ilícito das atividades financeiras, o que configura uma conduta duvidosa e abusiva do direito. Levando isso em consideração, os Paraísos Fiscais, enquanto estiverem fundamentados nas normas internacionais, não são vistos como atividades ilegítimas.<sup>1</sup> No entanto, quando passam a ser veículos

---

<sup>1</sup> A realidade brasileira revela um sistema tributário complexo e fixado, boa parte no texto constitucional. Ademais, tal sistema é regulamentado por um arcabouço jurídico que impõe uma carga tributária onerosa, razão pela qual o planejamento tributário torna-se imprescindível para todos. Em outras palavras, o artigo 3º do Código Tributário Nacional, ao estabelecer que tributo é toda a prestação pecuniária compulsória, vincula o contribuinte ao devido adimplemento (BRASIL, 1966).

de deturpação das relações de comércio ao favorecer as práticas delituosas, devem ser combatidos, visto que, nesse caso, são instrumentos de fraudes e sonegação, razão pela qual não se pode ignorar a constituição de empresas em territórios de Paraísos Fiscais<sup>2</sup> (ALTSHULER; GRUBERT, 2008).

A Organização Econômica para Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) considera como Paraísos Fiscais as jurisdições específicas que preenchem certos requisitos: (i) ausência de efetivo intercâmbio de informações com outros países; (ii) concessão de benefícios tributários de modo não transparente; (iii) inexistência de o contribuinte engajar-se em atividade substancial para habilitar-se ao benefício tributário.

Diante disso, os Paraísos Fiscais são as jurisdições nas quais a tributação é nula ou praticamente inexistente, visto que a simples remessa de capital para eles não implica uma atividade ilegítima. Entretanto, a situação fica delicada quando há evidências de corrupção envolvendo os Paraísos Fiscais, quando estes se tornam instrumentos de subterfúgios para a concretização da lavagem de dinheiro, além de outras formas de corrupção (SULLIVAN, 2009).<sup>3</sup>

O artigo em tela tem por escopo entender a importância da cooperação internacional, sobretudo por meio da atuação da OCDE, no combate contra os Paraísos Fiscais. Portanto, faz-se necessário investigar: (i) a evolução do Direito Tributário Internacional; (ii) a preocupação internacional em assegurar a regulamentação correta do comércio, razão pela qual se justifica a busca pela cooperação na área tributária com o fim de combater a prática ilícita dos Paraísos Fiscais; (iii) a maneira pela qual a OCDE se tornou o fórum multilateral de debate tributário.

## 1 Da gênese do Direito Internacional Tributário

O Direito Internacional Tributário passou por grandes transformações ao longo dos anos. Até meados do século XX, os estados, de forma unilateral, realizavam o controle dos impostos e, a partir do final da década de 1970, o cenário foi drasticamente alterado visando à arrecadação de tributos, o que tornou a cooperação internacional entre estados uma condição necessária.

O surgimento do Direito Internacional Tributário, baseado no modo de produção da Revolução Industrial, ocorreu na fase de transição do século XIX para o século XX, que se caracterizou pela falta de mobilidade dos fatores de produção (ROCHA, 2019). Após a Segunda Grande Guerra, surgiram organizações internacionais com o desígnio de ampliar a interdependência global, por meio das aberturas econômica e financeira dos mercados globais. Nesse sentido, somada à evolução tecnológica, a abertura dos mercados permitiu que os fatores de produção transitassem cada vez mais livre e desimpedida ao redor do globo.

Segundo Mendes (2011), “o grande crescimento dos comércios foi acompanhado pelo crescimento de movimentos de capitais, devido ao fim das políticas de impedimento à mobilidade dos mesmos, bem como das inovações tecnológicas como a *internet*” (MENDES, 2011, p. 2).

2 A legislação brasileira estabelece a distinção entre elisão fiscal – uma atividade lícita que precede o fato gerador da obrigação, facilitando a ação de esquivar da incidência tributária –, e a evasão fiscal – uma ação também ilícita, que implica um abuso de direito, o qual dá origem à sonegação fiscal, podendo ser considerada uma (dis)simulação ou fraude (SULLIVAN, 2009). Dessa forma, a evasão fiscal é o contrário da elisão, pois aquela pressupõe um negócio artificial, o uso ilegal das lacunas normativas, bem como o sigilo das operações evasivas. Nesse sentido, a conduta evasiva constitui crime contra a ordem tributária, como prevê a Lei 8.137/1990, a qual elenca os vários ilícitos fiscais (BRASIL, 1990). Portanto, é crime contra a ordem tributária a atividade que visa falsificar os atos, ou seja, a declaração inverídica das informações, a omissão destas, bem como a fraude de documentos ou outros meios de fraude ou abuso de direito. Portanto, o ato evasivo fiscal que visa ultrapassar a jurisdição nacional, ao implicar na expedição de remessas de capital, visando blindar-se do Fisco, configura-se crime. Tal matéria encontra-se regulamentada no art. 22 da Lei 7.492/1986 que estabelece os crimes contra o sistema financeiro nacional, conhecida como Lei do Colarinho Branco, que tipifica o crime de evasão de divisas (BRASIL, 1986).

3 À luz do ordenamento jurídico brasileiro, os Paraísos Fiscais não são sinônimos de práticas ilegítimas das funções societárias, pois são criados para favorecer a estratégia societária de modo lícito, como bem dispõe a Lei 13.254/2016 (BRASIL, 2016), que regulamenta o repasse de capital para o exterior, além da Instrução Normativa RFB 1.474/2014 (BRASIL, 2014), que trata da composição societária de pessoa jurídica em jurisdições especiais.

Concernente ao tema, Almeida (2012) aduz que “a complexidade do Direito Tributário Internacional reside no estudo da tributação que se impõe sobre fluxos internacionais de renda, envolvendo mais de um Estado soberano. Nesses casos, nem sempre é fácil identificar o(s) ente(s) legitimado(s) a tributar tais fluxos de rendimentos” (ALMEIDA, 2012, p. 13).

Mendes (2011, p. 1-2), por seu turno, assegura que “os sistemas fiscais em vigor tiveram origem em épocas cujas autoridades fiscais contavam com controlos cambiais, mercados de capitais muito regulados e limitações tecnológicas, de forma a protegê-los contra os efeitos negativos da globalização”.

Segundo Mendes (2011), ávidos por solucionar os problemas decorrentes da globalização, os Estados nacionais têm três maneiras de lidar com os desafios que o cenário global apresenta em face do fisco. A primeira forma refere-se ao seu fechamento por parte dos governantes, dentro de suas fronteiras, de modo a impedir toda e qualquer mobilidade de capital; a segunda maneira consiste no trabalho pela harmonização de um código internacional de tributação regido por uma autoridade supranacional; e, por fim, a terceira, mediante o aumento da cooperação internacional. As duas primeiras opções são inviáveis: a primeira em função da internacionalização da economia; a segunda, pela disparidade existente entre os diferentes sistemas tributários no mundo. Destarte, Mendes (2011) acredita que a última forma seja a mais adequada ao contexto, já que mantém o poder dos Estados, respeitando suas diferenças, ao mesmo tempo em que os obriga a observar o plano internacional ao que se refere às melhores práticas em matéria tributária.

Considerando a conjuntura financeira global, a cooperação internacional ganha relevo perante as mudanças ocorridas ao longo da segunda metade do século XX, em virtude da impossibilidade de os países tributarem eficientemente de forma unilateral. Vale ressaltar que as medidas unilaterais têm a vantagem de não depender de uma vontade externa para sua efetivação; entretanto, estabelecem outros obstáculos aos estados e aos seus cidadãos. Medidas isoladas de um estado podem limitar os fiscos nacionais à legislação local e aumentar os gastos administrativos com a fiscalização e futuras diligências (ALMEIDA, 2012).

Outrossim, vislumbra-se que as “práticas nocivas” foram intensificadas em decorrência da globalização, minimizando as ações unilaterais isoladas e deixando em evidência a necessidade de uma cooperação internacional em oposição à concorrência tributária (ALMEIDA, 2012).

Dentro de um cenário com diferentes países e vários sistemas tributários, uma coordenação mais assertiva se faz necessária para que o combate às práticas tributárias agressivas seja eficiente. Infere-se que “o sucesso da neutralização da concorrência fiscal nociva depende, em larga escala, de ações internacionalmente coordenadas, dadas as características hodiernas de mobilidade do capital” (ALMEIDA, 2012, p. 53).

Nessa ordem de ideias, percebe-se a importância da OCDE como a ação inicial para que, de fato, concretize-se uma coordenação internacional em matéria tributária. A função de implementar políticas de combate ao planejamento fiscal agressivo em nível mundial tem sido efetivada pela OCDE desde a década de 1990. Assim sendo, é mister salientar a evolução histórica dessa Organização até ela se tornar o centro de discussão das políticas tributárias internacionais.

## **2 Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)**

Decorrida em julho de 1947, a Conferência sobre a Cooperação Econômica Europeia projetou as bases daquilo que seria o Comitê para a Cooperação Econômica Europeia (CCEE), órgão incumbido do projeto de reconstrução da Europa no pós-guerra. O Comitê consistia em exigência dos estadunidenses em contrapartida ao auxílio financeiro do Plano Marshall concedido às nações

européias. Após a primeira fase bem-sucedida, iniciou-se o planejamento de uma organização permanente voltada à abertura dos mercados, ao crescimento econômico, ao pleno emprego e ao sistema financeiro estável. Com os Estados Unidos e o Canadá como observadores, em abril de 1948, firmou-se a constituição da Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE),<sup>4</sup> com a presença de dezesseis países,<sup>5</sup> vigorando de 1948 a 1961 (GODINHO, 2018).

Duas foram as causas que levaram à transformação da OECE em 1961. Inicialmente motivados pela reabilitação dos países europeus, os norte-americanos desejavam abandonar a posição de doador singular, lógica que sustentava a Organização, requerendo apoio financeiro dos países europeus à instituição, ao mesmo tempo que objetivavam expandir a cooperação ao longo do Atlântico Norte. A segunda razão se deu em virtude do aumento das tensões da Guerra Fria, que culminou na necessidade de reforçar a posição do bloco capitalista e da democracia liberal, por meio do fortalecimento da cooperação com os países europeus (GODINHO, 2018).

Com o propósito de instituir a Organização, três encontros foram cruciais, como a Reunião da Cúpula em Paris,<sup>6</sup> ocorrida em dezembro de 1959, que possibilitou a abertura para uma nova cooperação entre Europa e América do Norte. Seguiu-se a Conferência sobre a Reconstituição da OECE, em maio de 1960, que instituiu o novo formato da Organização, efetivando como membros plenos o Canadá e os Estados Unidos, além de adicionar à denominação da Entidade a expressão “desenvolvimento econômico”. Por fim, em dezembro de 1960, ocorreu a assinatura da Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. A Convenção contou com a assinatura de um total de vinte países, entre os membros da antiga OECE,<sup>7</sup> o Canadá e os Estados Unidos (GODINHO, 2018).

Em 30 de setembro de 1961, a OCDE iniciou oficialmente seus trabalhos. Com o lema *Better Policies for Better Lives – Políticas Melhores para Vidas Melhores* –, a instituição possui um total de 37 membros,<sup>8</sup> um candidato,<sup>9</sup> cinco parceiros estratégicos<sup>10</sup> e diversas iniciativas em todas as regiões do globo. De acordo com seu *site* oficial, “a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização internacional que trabalha para construir melhores políticas para uma vida melhor. Nosso objetivo é formular políticas que promovam prosperidade, igualdade, oportunidade e bem-estar para todos” (OECD, 2020, tradução nossa).

A OCDE, desde sua instituição, há 60 anos, busca impactar positivamente políticas públicas dos países membros, sendo seu trabalho reconhecido pela excelência. A Organização também implementa diversas atividades em parceria com outras organizações internacionais, a exemplo do Grupo Banco Mundial, do Fundo Monetário Internacional (FMI) e das Nações Unidas.<sup>11</sup> A

4 Também conhecida como Organização para a Cooperação Econômica Europeia (OCEE) – em inglês, *Organisation for European Economic Co-operation* (1948-1961).

5 Alemanha Ocidental, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Grã-Bretanha, Itália, Noruega, Portugal, Suíça, Suécia, Turquia. Na posição de países associados, estavam Canadá e Estados Unidos.

6 Participaram Alemanha Ocidental, Estados Unidos, França e Reino Unido.

7 Alemanha Ocidental, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Islândia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça e Turquia.

8 Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Colômbia, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Coreia do Sul, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, México, Países Baixos, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Estados Unidos e Reino Unido.

9 Costa Rica.

10 África do Sul, Brasil, China, Índia e Indonésia.

11 Thorstensen e Gullo (2020) destacam uma iniciativa do FMI, da ONU e do Banco Mundial, organizações que instituíram a “Plataforma para Colaboração em Tributação” (Platform for Collaboration on Tax – PCT). “A Plataforma visa intensificar a cooperação entre as 4 organizações (OCDE, FMI, ONU e Banco Mundial) em matérias tributárias, por meio de diálogos regulares para criação de padrões internacionais. Busca fortalecer o suporte aos países em desenvolvimento, para que implementem as medidas estabelecidas conjuntamente pela OCDE e pelo G20, como o Projeto BEPS – Base Erosion and Profit Shifting Project, além de outros temas tributários, como concessão de incentivos tributários e capacitação.” (THORSTENSEN; GULLO, 2020, p. 8). Outra iniciativa, agora em conjunto com a United Nations Development Programme (UNDP), foi o “OECD/UNDP Tax Inspectors Without Borders – TIWB”, que visa fornecer assistência e suporte de auditoria às administrações tributárias de países em desenvolvimento (THORSTENSEN; GULLO, 2020, p. 8).

organização ficou conhecida como “rede de redes” por atuação conjunta de seus comitês formuladores de políticas públicas para a academia e outros organismos internacionais. Junto a esses organismos, colaborou na área econômica com o FMI e o Banco Mundial, oferecendo recomendações sobre comércio internacional e fortalecendo a cooperação entre seus membros (GODINHO, 2018). Outro importante fórum de debate mundial com o qual a OCDE tem relações é o G-20,<sup>12</sup> principalmente pelo trabalho recíproco em matéria tributária<sup>13</sup>, face pela qual a organização é mais reconhecida (THORSTENSEN; GULLO, 2020, p. 48). Nesse sentido, é importante destacar a forma como a OCDE evoluiu, se tornando o fórum mais importante em matéria tributária internacional.

A princípio, a bitributação<sup>14</sup> consistia no tema mais latente a ser debatido pela OCDE em âmbito tributário internacional. Tal preocupação fez com que a Organização definisse sua *Convenção Modelo contra a Bitributação*, no ano de 1977 (THORSTENSEN; GULLO, 2020). Todavia, ao final do século XX, a OCDE voltou suas atuações para o imbróglio da “competição tributária prejudicial”, incentivando o compartilhamento automático de informações entre os Estados (MASCARENHAS, 2018, p. 78).

Segundo Thorstensen e Gullo (2020), a OCDE alterou o foco e:

Passou a dedicar-se a outros aspectos que necessitavam de regulamentações mais abrangentes, como os chamados planejamentos tributários agressivos, evasão fiscal, hipóteses de dupla não tributação, Paraísos Fiscais, *transfer pricing*, cooperação entre administrações tributárias e trocas de informações tributárias, conflitos entre tratados e legislações domésticas, conceito de estabelecimento permanente, solução de conflitos, tributação sobre herança e doação, tributação e crime, regras de tributação sobre consumo (VAT/GST), economia digital, dentre outros (THORSTENSEN; GULLO, 2020, p. 48).

No intuito de contribuir de forma efetiva nos novos temas, a OCDE construiu uma grande estrutura, de forma a abarcar diversas áreas de atuação no campo do Direito Internacional Tributário.<sup>15</sup> Com as inovações que emergiram em consequência da globalização somada ao preparo de seu corpo técnico em temas tributários, a OCDE consolidou-se como organização com maior importância e com a incumbência de coordenar entendimentos em matéria tributária internacional. Rocha (2020) assegura que “ao longo das últimas décadas, a OCDE foi alçada à posição de centro da produção de padrões de tributação internacional” (ROCHA, 2019, p. 59).

12 G-20 – Grupo dos 20 (África do Sul, Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Coreia do Sul, Estados Unidos, França, Índia, Indonésia, Itália, Japão, México, Reino Unido, Rússia, Turquia e União Europeia).

Grupo dos Vinte: Fundado em 1999 como um encontro entre Ministros das Finanças e presidentes dos Bancos Centrais, o grupo é composto por 19 Estados-nacionais e a União Europeia. Participam: África do Sul, Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Coreia do Sul, Estados Unidos, França, Índia, Indonésia, Itália, Japão, México, Reino Unido, Rússia, Turquia e União Europeia. A União Europeia é representada pelo presidente do Banco Central Europeu e o presidente do Conselho Europeu. O FMI e o Banco Mundial também participam, sendo representados pelo Diretor-Gerente do Fundo e o presidente do Banco.

13 “Juntos, a OCDE e o G-20 possuem como objetivo definir bases comuns para a garantia de condições equitativas (*level playing field*) a todos os países membros e não membros da OCDE e do G-20 em matéria tributária, além de disseminar boas práticas de alcance global e promover maior engajamento conjunto das grandes economias do mundo.” (THORSTENSEN; GULLO, 2020, p. 48).

14 Também conhecida como *Dupla Tributação*, a ONU, em seus comentários sobre a Convenção Modelo contra bitributação da OCDE (1977), assim definiu a bitributação: “Estes artigos tratam da chamada dupla tributação jurídica quando a *mesma renda ou o mesmo capital é tributável nas mãos da mesma pessoa por mais de um Estado.*” (UNITED NATIONS, 2011, p. 312, tradução nossa).

15 “Para gerir tantos temas tributários, [...] a OCDE estabeleceu uma enorme estrutura especializada em temas tributários, contando com departamento específico na esfera do Secretariado, o chamado Centro de Política e Administração Tributária (Centre for Tax Policy and Administration – CTPA), com o trabalho do Comitê sobre Assuntos Tributários (Committee on Fiscal Affairs – CFA), que administra uma série de organismos subsidiários e grupos de trabalho, com o Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações para Fins Tributários (Global Forum on Transparency), que faz a gestão e o monitoramento dos sistemas de trocas de informações tributárias entre os países (padrões EOIR e AEOI), além dos diversos programas especiais. Com relação aos instrumentos legais, a Organização hoje possui 23 departamentos sobre matéria tributária dentre os atuais 248 em vigor.” (THORSTENSEN; GULLO, 2020, p. 48)

A OCDE possui três diferentes tipos de mecanismos legais: Recomendação, Tratado e Decisão. A Recomendação não é vinculativa, fazendo assim necessária a aceitação livre dos Estados-membros para sua adoção, tendo em vista que “as recomendações publicadas pela OCDE orientam a forma com que a legislação doméstica de cada país membro pode ser utilizada como modo de defesa e contenção dos danos praticados pela concorrência fiscal.” (ROSENBLATT; CABRAL, 2017, p. 452).

Os tratados negociados no âmbito da OCDE são instrumentos obrigatórios para todos os membros. Além disso, as decisões carregam o caráter de obrigatórias aos seus membros e definem instrumentos de cooperação permanentes (MISSEL, 2011). Os tratados “são equivalentes no plano jurídico aos acordos internacionais, tendo como sanção apenas o constrangimento político e moral.” (MISSEL, 2011, p. 8).

O trabalho da OCDE em matéria tributária teve início durante a extinção da Organização para a Cooperação Econômica Europeia (OCEE), por meio do Comitê de Assuntos Fiscais<sup>16</sup> (THORSTENSEN; GULLO, 2020). Merece ser lembrado o fato de que o final da década de 80 e início da década de 90 foram marcados por relevantes alterações no cenário político-econômico internacional. À dissolução do bloco socialista, com a queda da União Soviética no período de 1922 a 1991, soma-se o crescimento pujante de economias emergentes, que conduziram a OCDE a ampliar as temáticas discutidas em seu bojo, a exemplo do crescimento do número dos integrantes e a relação com os Estados não membros (GODINHO, 2018).

Godinho (2018) ressalta três áreas nas quais houve uma expansão dos trabalhos da Organização, a saber: Tributação, Conduta Empresarial e Governança Corporativa. Dentro do campo da tributação, a OCDE “intensificou esforços para prevenir tanto conflitos entre práticas nacionais e dispositivos de acordos para evitar a dupla tributação, como ações (de corporações e indivíduos) direcionadas a ocultar ativos e evitar taxaço mais elevada nas jurisdições de residência” (GODINHO, 2018, p. 33-34). Em suma, isso se refere à concorrência tributária prejudicial.

Outrossim, observa-se que a entidade se voltou para tratar de temas que emergiram e se intensificaram com a extensão da globalização e a maior liberdade na movimentação dos capitais no mundo. Assim, a OCDE iniciou uma série de ações para combater os problemas mais sensíveis a respeito do planejamento tributário agressivo, das quais se destacam duas iniciativas. A primeira, em janeiro de 1998, por meio do Comitê de Assuntos Fiscais, no qual a OCDE lançou o documento “*Harmful Tax Competition – an Emerging Global Issue*”<sup>17</sup>, Relatório aprovado em abril do mesmo ano pelo Conselho (MENDES, 2011).

Da mesma forma, influenciada pela crise de 2008 e buscando respostas mais efetivas para o combate contra os Paraísos Fiscais, em fevereiro de 2013 a organização publicou o *Base Erosion and Profit Shifting Action Plan*.<sup>18</sup>

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em conjunto com os países que a integram, estabeleceu políticas de combate a estas formas prejudiciais de concorrência,<sup>19</sup> dos quais se destacam o *Harmful Tax Competition – an Emerging Global Issue* e o *Base Erosion and Profit Shifting Action Plan*, publicados em 1998 e 2013, respectivamente (ROSENBLATT; CABRAL, 2017, p. 451).

---

16 Também conhecido como Comitê sobre Assuntos Tributários, em inglês *Committee on Fiscal Affairs – CFA*.

17 “Concorrência Fiscal Prejudicial – Um Problema Mundial”.

18 Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros.

19 “As práticas fiscais prejudiciais de que trata o referido Relatório são as que tomam a forma de Paraísos Fiscais e de regimes fiscais preferenciais prejudiciais nos Estados-membros da OCDE, nos seus territórios dependentes e em Estados não membros.” (MENDES, 2011)

A OCDE, ao longo dos anos e com as transformações que ocorreram no cenário político-econômico, alterou progressivamente suas funções, especializando em diferentes áreas da política pública e se abrindo para abarcar outros membros. Saliente-se que, para oferecer soluções para os problemas cada vez mais globais, a organização utilizou-se da cooperação internacional como instrumento efetivo de ação.

Almeida (2012, p. 64) afirma que a cooperação internacional “tornou-se objetivo prioritário na condução dos trabalhos de combate à concorrência desleal. Isto se deveu, em grande parte, aos efeitos da globalização, que oferece diversos meios de potencialização das práticas nocivas, tornando inócua a ação isolada de um Estado”.

Considerando a importância do tema, faz-se necessário destacar os principais pontos observados no *Harmful Tax Competition* e no *Base Erosion and Profit Shifting Action Plan*.

## 2.1 *Harmful Tax Competition – An Emergencial Global Issue*

O *Harmful Tax Competition – An Emergencial Global Issue*<sup>20</sup> – consiste em Relatório publicado pela OCDE, proveniente de encontros da organização e do G7, em resposta à demanda dos Estados-membros. Sua temática residia na proliferação da *Concorrência Fiscal Prejudicial* que diminui a base tributária sobre a qual são arrecadados os impostos. Divulgado em abril de 1998, o projeto teve início nas discussões realizadas em maio de 1996, culminando no Relatório apresentado pelo Comitê de Assuntos Fiscais (MENDES, 2011; MASCARENHAS, 2018).

Segundo a Organização (1998),

Este Relatório aborda práticas fiscais prejudiciais na forma de Paraísos Fiscais e regimes fiscais preferenciais prejudiciais nos países membros e não membros da OCDE e suas dependências. Concentram-se em atividades geograficamente móveis, tais como atividades financeiras e outras atividades de serviços. O Relatório define os fatores a serem utilizados na identificação de práticas tributárias prejudiciais e faz 19 recomendações abrangentes para contrariar tais práticas (OECD, 1998, p. 3, tradução nossa).

A propósito do tema, a Entidade, de forma explícita e direta, pela primeira vez publicou recomendações para combater o prejuízo causado pelos Paraísos Fiscais e regimes preferenciais prejudiciais. É necessário ressaltar que, segundo ela, tais práticas são causadas por países membros e não membros da OCDE. Esse ponto é relevante visto que o Relatório foi aprovado com as abstenções de Luxemburgo e da Suíça, o que gerou o Anexo II do Acordo, no qual os dois países externaram os motivos pelos quais deixaram de o aprovar<sup>21</sup> (OECD, 1998).

Constata-se, na introdução do referido documento, as pretensões da OCDE (1998):

O Relatório pretende desenvolver uma melhor compreensão de como os Paraísos Fiscais e regimes fiscais preferenciais prejudiciais, coletivamente chamados de práticas fiscais prejudiciais, afetam a localização das atividades financeiras e de outros serviços, corroem as bases tributárias de outros

---

20 Concorrência Fiscal Prejudicial – Um Problema Mundial.

21 “Trata-se de reservas de natureza política. Entre os argumentos apresentados pelos representantes desses países, destacam-se alegações de que o trabalho se focou nos serviços financeiros, deixando de fora outros incentivos e regimes fiscais construídos para atrair investimentos, como, por exemplo, em benefício de instalações industriais, construções e equipamentos. Também alegaram discussão insuficiente sobre as dependências de países membros da OCDE ou ligações existentes entre membros e jurisdições consideradas Paraísos Fiscais.” (MENDES, 2011, p. 34).

países, distorcem os padrões de comércio e investimento e minam a justiça, a neutralidade e a ampla aceitação social dos sistemas fiscais em geral. Essa concorrência fiscal prejudicial diminui o bem-estar global e mina a confiança do contribuinte na integridade dos sistemas tributários.” (OECD, 1998, p. 8, tradução nossa).

Atente ao fato que o *Harmful Tax Competition – An Emergencial Global Issue* é um Relatório por meio do qual os Estados-membros assumem o compromisso de implementar as recomendações do Acordo, sendo composto por três capítulos, nomeadamente: (i) concorrência fiscal: fenômeno global; (ii) fatores para identificar Paraísos Fiscais e regimes fiscais preferenciais prejudiciais; (iii) combate à concorrência fiscal prejudicial (OECD, 1998).

Ao longo do documento é descrito o contexto geral que levou ao estudo, com a definição das características para a identificação de paraísos e regimes fiscais preferenciais e prejudiciais e, por fim, oferecem-se recomendações para combatê-los. “O Relatório de 1998 impôs a necessidade de identificar, reportar e eliminar regimes fiscais prejudiciais e listar as jurisdições que se enquadravam nos critérios de Paraísos Fiscais” (MENDES, 2011, p. 35).

O Relatório foi um passo firme da OCDE em direção ao combate contra os Paraísos Fiscais. Com a finalidade de enquadrar um país como Paraíso Fiscal, o Relatório identificou quatro fatores-chave, a saber: (i) nenhum ou apenas impostos nominais; (ii) falta de intercâmbio efetivo de informações; (iii) falta de transparência; (iv) nenhuma atividade substancial (OECD, 1998, p. 23, tradução nossa).

Observa-se, nessa ordem de ideias, que os Paraísos Fiscais não são meros Estados com impostos baixos; eles exigem uma série de características que acumuladamente os definem, de acordo com os critérios pré-estabelecidos no referido Relatório. Nesse sentido, Missel (2011) afirma que “por si só, a não tributação ou tributação meramente nominal não é suficiente para caracterizar um Estado ou território como sendo Paraíso Fiscal. Trata-se de condição necessária, a que deve agregar-se no mínimo uma das condições adicionais acima elencadas pela OCDE” (MISSEL, 2011, p. 15).

O relatório possibilitou a identificação de Paraísos Fiscais, pelos países membros e também pelos países não membros, de forma coordenada e padronizada. O documento contém dezenove recomendações, divididas em três categorias: (i) recomendações relativas à legislação e práticas nacionais; (ii) recomendações relativas a tratados fiscais; (iii) recomendações para intensificar a cooperação internacional em resposta à concorrência fiscal prejudicial (OECD, 2018). Além dessas recomendações, o estudo apresentou questões que demandavam análises mais aprofundadas e que poderiam ser a origem de novas instruções.

Com efeito, devido às diferenças existentes entre os países considerados Paraísos Fiscais e entre outros regimes fiscais preferenciais, certas recomendações foram redigidas especificamente para cada um desses arranjos. Para os regimes fiscais preferenciais, destacam-se como exemplos a Recomendação 9 (Recomendação sobre o direito aos benefícios do tratado) (OECD, 1998, p. 47) – e a Recomendação 15 (Recomendação de Diretrizes e um Fórum sobre Práticas Tributárias Nocivas) (OECD, 1998, p. 53).

Assim, como para os Paraísos Fiscais, foram elaboradas recomendações específicas, a exemplo da Recomendação 12 (Recomendação referente a tratados fiscais com Paraísos Fiscais) (OECD, 1998, p. 69) e a Recomendação 16 (Recomendação para produzir uma lista de Paraísos Fiscais) (OECD, 1998, p. 47).

No conjunto das recomendações, destacam-se as seguintes:

12. Recomendação referente a tratados fiscais com Paraísos Fiscais: que os países considerem a rescisão de suas convenções fiscais com Paraísos Fiscais e considerem a não celebração de tratados fiscais com tais países no futuro.

16. Recomendação para produzir uma lista de Paraísos Fiscais: que o Fórum seja mandatado para estabelecer, dentro de um ano após a primeira reunião do Fórum, uma lista de Paraísos Fiscais com base nos fatores identificados na seção II do Capítulo 2.

17. Recomendação relativa aos vínculos com Paraísos Fiscais: que os países que têm vínculos políticos, econômicos ou outros com Paraísos Fiscais assegurem que esses vínculos não contribuam para a concorrência fiscal prejudicial e, em particular, que os países que têm as dependências que são Paraísos Fiscais garantam que os vínculos que eles têm com esses Paraísos Fiscais não sejam utilizados de forma a aumentar ou promover a concorrência fiscal prejudicial.

19. Recomendação sobre a associação de países não membros à Recomendação: que o novo Fórum estabeleça um diálogo com países não membros utilizando, quando apropriado, os fóruns oferecidos por outras organizações tributárias internacionais, com o objetivo de promover as Recomendações estabelecidas neste Capítulo, incluindo as Diretrizes (OECD, 1998, p. 49-55, tradução nossa).

O relatório inclui os países não membros no âmbito da estratégia para combater Paraísos Fiscais, demonstrando, assim, que a OCDE, e consequentemente os países-membros, estavam atentos à relevância de uma ação global que envolvesse o máximo de participantes, sem restrição. Observa-se, ainda, que a feitura do relatório coincide com a época de crescimento da importância dos países em desenvolvimento.

Muitos dos que não participavam e/ou ainda não participam da Organização ganharam destaque no cenário econômico-político internacional. O relatório também se destacou pelo aumento da transparência e do incentivo à troca de informações fiscais. Nessa perspectiva, Mendes (2011) destaca cinco recomendações, a saber:

4. Recomendação relativa às regras de comunicação de informações estrangeiras: que os países que não têm regras relativas à comunicação de 44 transações internacionais e operações estrangeiras de contribuintes residentes considerem adotar tais regras e que os países troquem informações obtidas sob essas regras.

7. Recomendação relativa ao acesso às informações bancárias para fins fiscais: no contexto do combate à concorrência fiscal prejudicial, os países devem rever suas leis, seus regulamentos e suas práticas que regem o acesso às informações bancárias com o objetivo de remover os impedimentos ao acesso a tais informações pelas autoridades fiscais.

8. Recomendação relativa ao uso maior e mais eficiente do intercâmbio de informações: que os países devem empreender programas para intensificar o intercâmbio de informações relevantes relativas a transações em Paraísos Fiscais e regimes fiscais preferenciais que constituam concorrência fiscal prejudicial.

13. Recomendação relativa aos regimes coordenados de aplicação (auditorias conjuntas, programas coordenados de treinamento, etc.): que os países considerem a realização de programas coordenados de fiscalização (como exames simultâneos, projetos específicos de intercâmbio de informações ou atividades conjuntas de treinamento) em relação à renda ou aos contribuintes que se beneficiem de práticas que constituam concorrência fiscal prejudicial.

18. Recomendação para desenvolver e promover ativamente os Princípios da Boa Administração Tributária: que o atual Fórum de Gestão Estratégica do Comitê seja responsável por desenvolver e promover ativamente um conjunto de princípios que devem orientar as administrações fiscais na aplicação das recomendações incluídas neste Relatório (OECD, 1998, p. 43-55, tradução nossa).

Os países se comprometeram com a implementação das recomendações, seguindo o disposto na Recomendação 15 do Relatório (Recomendação para Diretrizes e um Fórum sobre Práticas Tributárias Nocivas) (OECD, 1998, p. 53, tradução nossa).

Em relação à implementação do Acordo,

As referidas medidas deverão ser comunicadas ao Fórum para as práticas prejudiciais, bem como ser incluídas numa lista no prazo de dois anos a contar da data de aprovação das linhas diretrizes. [...]. Os países deverão remover no prazo de 5 anos a contar da data da aprovação dos princípios das disposições que regulamentam os respectivos regimes fiscais constantes da lista supra referida (MENDES, 2011, p. 31).

Desse modo, o *Harmful Tax Competition* constituiu-se em Relatório de suma importância para o enfrentamento dos Paraísos Fiscais. A coordenação pela OCDE dos trabalhos de forma padronizada incentivou os Estados-membros a adotar instrumentos e acordos multilaterais, em detrimento das ações isoladas de combate a essa situação de refúgio fiscal. Observado o Relatório *Harmful Tax Competition* e suas implicações para o combate contra os Paraísos Fiscais, importante se faz abordar a *Base erosion and profit shifting* (BEPS), o segundo grande projeto da OCDE para atacar o planejamento tributário agressivo.

## 2.2 *Base erosion and profit shifting (BEPS)*

O Projeto BEPS (Erosão da Base Tributária e Transferência de Lucros/*Base erosion and profit shifting*) emergiu como uma resposta da OCDE e do G20 ao problema causado principalmente pelo planejamento tributário agressivo de empresas multinacionais que desviam os ganhos/rendimentos/rendas para Estados com pouca, ou nenhuma, carga tributária, causando, assim, uma perda de arrecadação de tributos nos países sedes (ROSENBLATT; CABRAL, 2017).

A prática do BEPS por empresas transnacionais afeta de forma mais severa os países em desenvolvimento. Calcula-se uma perda anual de arrecadação fiscal entre 100 e 240 bilhões de dólares estadunidenses<sup>22</sup> (OECD, 2021d). “O BEPS é de grande importância para os países em desenvolvimento, devido à sua forte dependência do imposto de renda corporativo, particularmente de empresas multinacionais” (OECD, 2021b, tradução nossa). Infere-se, portanto, a relevância do enfrentamento desse tipo de prática nociva para o regime tributário global e, em especial, para os países em desenvolvimento.

Com efeito, o G20<sup>23</sup> solicitou Relatório à OCDE sobre a erosão da base tributária, que foi apresentado em fevereiro de 2013, no qual a Organização afirma que:

---

<sup>22</sup> Valor que representa de 4-10% da arrecadação tributária global das multinacionais. (THORSTENSEN, GULLO, 2020, p. 11)

<sup>23</sup> “A OCDE tem apoiado o G20 na implementação de iniciativas de cooperação tributária, para o combate a práticas de evasão e elisão fiscal, no marco do projeto relativo à Erosão da Base Tributária e Transferência de Lucros (BEPS, na sigla em inglês) e no âmbito do Fórum Global de Transparência e Troca de Informações Tributárias.” (GODINHO, 2018, p. 140)

A interação dos sistemas tributários domésticos (inclusive as regras adotadas de acordo com as normas internacionais para evitar a bitributação) pode também, por outro lado, produzir lacunas que permitem eliminar ou reduzir significativamente a tributação dos rendimentos de uma forma que não seja coerente com os objetivos políticos das referidas regras nacionais e normas internacionais. Embora as multinacionais clamem por cooperação na elaboração de normas internacionais para minorar a bitributação decorrente de divergências nas legislações nacionais, essas mesmas empresas não raras (vezes???) valem-se dessas discrepâncias para recolher menos impostos ou simplesmente não pagar nada (OECD, 2013, p. 7-8).

O relatório chama atenção para a defasagem que a legislação tributária internacional apresenta em relação à nova práxis do comércio global, em especial ao que se refere aos bens intangíveis e à economia digital (OECD, 2013). Consequentemente, “enquanto as regras tributárias permanecem descoordenadas, existe uma série de estruturas tecnicamente legais que se aproveitam das assimetrias existentes entre as regras nacionais e internacionais” (OECD, 2013, p. 9).

É evidente a ineficiência de ações unilaterais no combate à prática do BEPS. Para as corporações, ações isoladas de um ou alguns estado(s) geram a ameaça da dupla – ou mesmo da múltipla – tributação, o que pode produzir, em nível mundial, uma queda nos investimentos, no crescimento e nos empregos (OECD, 2013).

Vislumbra-se que ações unilaterais têm risco tanto para os Estados como para as empresas. A extraterritorialidade do planejamento tributário agressivo evidenciou a ineficácia das ações unilaterais e isoladas dos governos, incentivando os Estados a buscarem ações em conjunto, de forma coordenada e cooperativa (ROCHA, 2019; THORSTENSEN, GULLO, 2020).

Essa constatação foi essencial para a organização do novo plano de ação da OCDE, sendo que “o principal objetivo do plano seria dotar os países de instrumentos domésticos e internacionais para uma melhor harmonização do direito de tributar com as atividades econômicas reais” (OECD, 2013, p. 11).

A instituição buscou preencher as lacunas na legislação de forma a estancar a prática das empresas, principalmente multinacionais, de desviar seus lucros. A organização funciona como fórum para a coordenação e proposição de medidas, que são recomendadas aos países membros e também aos não membros. “A colaboração e a coordenação não só facilitam e reforçam ações nacionais para proteger as bases tributárias, como também são imprescindíveis para proporcionar soluções internacionais de amplo escopo que possam responder de modo satisfatório ao problema.” (OECD, 2013, p. 11).

O referido projeto teve como resultado quinze ações apresentadas aos estados, de forma a orientá-los no combate contra planejamento tributário agressivo das multinacionais. Apresentadas em 2013, aprovadas em 2014 e implementadas em 2015, as quinze medidas “acabaram por influenciar todas as iniciativas que a OCDE já vinha anteriormente desenvolvendo em matéria tributária pelo Comitê sobre Assuntos Tributários” (THORSTENSEN, GULLO, 2020, p. 8).

As ações sugerem que a incidência do tributo ocorra no local da produção do bem, a partir da observância de dois pressupostos, a saber: “(i) maior coerência nas normas domésticas que condicionam atividades transnacionais; e (ii) aperfeiçoamento de mecanismos de transparência” (GODINHO, 2018, p. 139).

O plano de ação do BEPS contém iniciativas em quinze domínios, contemplando prevenção do uso abusivo de acordos para evitar a dupla tributação, adaptação das regras de preços de transferência ao objetivo de prevenção da erosão da base tributável, identificação das principais dificuldades de arrecadação tributária no contexto da economia digital e aprimoramento da transparência e de métodos de coleta e análise de dados, entre outros. (GODINHO, 2018, p. 140)

As recomendações têm prazos diferenciados de implementação, que serão acompanhados pela OCDE por meio do recebimento de relatórios enviados pelos estados. (ROSENBLATT; CABRAL, 2017). Nesse sentido, visando ao acompanhamento das implementações das medidas, foi criado um Fórum – *Inclusive Framework for BEPS Implementation* –, em 2016. A estrutura, que conta atualmente com 139 países e jurisdições interessadas na implementação do Plano BEPS, permite ao Fórum “trabalhar com os membros da OCDE e do G20 no desenvolvimento de normas sobre questões relacionadas ao BEPS e na revisão e monitoramento da implementação de todo o pacote BEPS” (OECD, 2021a, tradução nossa).

Dessa forma, a monitoração da execução e, conseqüentemente, os impactos da implementação do BEPS são os pontos focais do trabalho dessa nova estrutura (OECD, 2021a). “Os membros da estrutura inclusiva desenvolveram um processo de monitoramento dos quatro padrões mínimos, bem como criaram os mecanismos de revisão para outros elementos do Pacote BEPS.” (OECD, 2021a, tradução nossa)

No âmbito do acordo, os estados-membros se comprometeram a adotar quatro padrões mínimos – *Minimum Standards*. São eles: (i) práticas tributárias prejudiciais: combate às práticas tributárias prejudiciais com foco na melhoria da transparência; (ii) prevenção do abuso de tratados fiscais: desenvolvimento de disposições-modelo de tratados fiscais e recomendações para prevenir o abuso de tratados; (iii) relatórios país por país: melhoria da transparência fiscal com relatórios país por país; (iv) procedimento de acordo mútuo: resolução de disputas entre jurisdições mais oportuna, eficaz e eficiente (OECD, 2021b). Vê-se logo que a OCDE entende que o acompanhamento das quatro ações mínimas vai assegurar que os países e as jurisdições participantes cumpram as normas de forma a assegurar a concorrência igualitária entre esses estados (OECD, 2021a).

Ante o exposto, os países em desenvolvimento têm importante papel na implementação e no sucesso do Plano BEPS. Cabe lembrar que “o plano criado pela OCDE apenas terá êxito se introduzido de forma conjunta e simultânea pelos países membros e não membros” (ROSENBLATT; CABRAL, 2017, p. 453). Ademais, os países em desenvolvimento e de baixa renda são os mais afetados pelas práticas do BEPS e sua participação no debate da agenda tributária internacional “é importante para garantir que eles recebam apoio para atender suas necessidades específicas e possam participar efetivamente do processo de estabelecimento de normas tributárias internacionais” (OECD, 2021d, tradução nossa).

Há de se concluir que o Brasil tem um papel crucial dentro da implementação e do sucesso do Plano BEPS.

O engajamento brasileiro reflete não somente interesse nas atividades de cooperação relacionadas ao BEPS, mas também a proximidade entre as posições nacionais sobre o regime internacional na área tributária e diretrizes da iniciativa (à exceção de aspectos relacionados à metodologia de cálculo de preços de transferência e à arbitragem internacional). (GODINHO, 2018, p. 140)

Além disso, percebe-se que o país sul-americano tem uma posição de destaque e que, embora não seja membro da Organização, tem o poder de influenciar o rumo da tributação internacional. Por fim, por meio da análise do *Harmful Tax Competition* e do *Base erosion and profit shifting*, observa-se que a OCDE ganha um papel de destaque perante o Direito Internacional Tributário. Como demonstrado inicialmente, tal relevância foi sendo construída paulatinamente ao longo dos anos e, embora não exista uma autoridade supranacional em matéria tributária, a Organização transformou-se no Fórum de maior relevância nesta matéria, diagnosticando situações adversas e apontando diretrizes eficazes para a solução dos problemas identificados.

## Conclusão

A globalização alterou os padrões da tributação internacional, pois, se no início o objetivo central era evitar a bitributação, atualmente o foco é combater a concorrência fiscal prejudicial, além de garantir a transparência e controlar a evasão fiscal e o planejamento fiscal agressivo. Nesse sentido, a importância da OCDE se revela, sobretudo porque ela é a organização responsável por incentivar a boa governança, isto é, a elaboração de normas a fim de promover a inclusão dos governos no combate contra a corrupção.

Logo, considerando que a conjuntura atual apresenta a existência de novos atores, a cooperação internacional se faz necessária, motivo pelo qual a OCDE é destinada ao exercício da consultoria e coordenação entre os Estados-membros, sendo uma autoridade nas discussões e regulamentações sobre temas tributários e combate a formas nocivas à economia internacional.

Sendo assim, a OCDE desenvolveu parcerias com várias organizações internacionais, dentre elas o G-20, com o escopo de fortalecer a regulamentação internacional das questões tributárias, além de monitorar as medidas adotadas pelos Estados nesse sentido. Portanto, a cooperação internacional entre as diversas instituições tributárias comprova a relevância da questão, voltada ao fortalecimento do sistema tributário internacional, com o propósito de torná-lo integrado, bem como um instrumento hábil em favorecer o desenvolvimento e crescimento das economias e sociedades em escala global.

Por conseguinte, as práticas ilícitas – planejamentos tributários agressivos, evasão fiscal, hipóteses de dupla não tributação, Paraísos Fiscais, *transfer pricing*, cooperação entre administrações tributárias e trocas de informações tributárias, dentre outros – são alvos da OCDE.

O contribuinte, ao buscar meios secundários de incidência tributária com o objetivo de diminuir a incidência de impostos, não pratica, *a priori*, uma atividade ilícita. Portanto, o indivíduo não peca ao procurar meios que tornam possíveis a menor tributação à sua atividade financeira e comercial, visto que é um direito de todos organizar o seu patrimônio à luz da autonomia. Nesse sentido, o planejamento tributário ganha importância, uma vez que ele é considerado um instrumento eficaz ao buscar melhores resultados para o contribuinte.

Contudo, ao contrário do que muitos pensam, os Paraísos Fiscais não são em si mesmos uma forma ilícita, ainda que haja a discussão sobre as questões morais que o envolvem. Os Paraísos Fiscais não foram criados para ser um lugar apto a lavar dinheiro ou ratificar práticas criminosas, isto é, como uma estratégia de atividade evasiva que favoreça as práticas corruptas que lesam o erário público.

Destarte, não é correto associar os Paraísos Fiscais aos locais onde imperam a ilicitude, visto que não foram criados com esse propósito, embora, na prática, favoreçam as relações comerciais fora do território nacional, dificultando a atuação do Fisco. Nesse sentido, coloca-se em risco a integridade do imposto de renda da pessoa jurídica, pois as empresas que possuem negócios no exterior utilizam-se da erosão da base tributária e da transferência de lucros, obtendo vantagens competitivas em face das empresas que atuam no mercado doméstico. E a situação fica mais delicada, já que esse tipo de prática provoca uma alocação de recursos ineficiente.

## Referências

- ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. **Concorrência internacional e tributação na renda no Brasil**. Orientador: Luís Eduardo Schoueri. 2012. 275f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-06062013-141505/publico/Tese\\_Doutorado\\_Completa\\_Carlos\\_Otavio\\_Ferreira\\_de\\_Almeida.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-06062013-141505/publico/Tese_Doutorado_Completa_Carlos_Otavio_Ferreira_de_Almeida.pdf). Acesso em: 18 mar. 2022.
- ALTSHULER, Rosanne; GRUBERT, Harry, Governos e corporações multinacionais na corrida para o fundo. **Journal of the American Taxation Association**, 2008, p. 25-38.
- BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei n. 5.172/1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 18 mar. 2022.
- BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.474, de 18 de junho de 2014**. Altera a Instrução Normativa RFB n. 1.037, de 4 de junho de 2010, que relaciona países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 18 mar. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 13.254, de 13 de janeiro de 2016**. Lei da Repatriação. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 18 mar. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986**. Crimes contra o sistema Financeiro Nacional. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 18 mar. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Crimes contra a ordem Tributária. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 18 mar. 2022.
- GODINHO, Rodrigo de Oliveira. **A OCDE em rota de adaptação ao cenário internacional: perspectivas para o relacionamento do Brasil com a organização**. Brasil: Fundação Alexandre Gusmão, 2018. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/A-OCDE-EM-ROTA-DE-ADAPTACAO-AO-CENARIO.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2022.
- MASCARENHAS, Ronaldo Silva. **Paraísos Fiscais, evasão fiscal e o sistema de governança global: respostas à crise financeira**. Orientador: Paulo Antônio de Freitas Balanco. 2018. 110f. Dissertação parcial (Mestrado em Relações Internacionais) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/28648/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Para%C3%ADsos%20Fiscais%20-%20overs%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2022.
- MENDES, Narciso Manuel Marques. **Concorrência fiscal prejudicial**. Orientadora: Clotilde Celorico Palma. 2011. 139p. Dissertação (Mestrado em Fiscalidade) – Instituto Superior de contabilidade e Administração de Lisboa, 2011. Disponível em: [https://repositorio.ipl.pt/bitstream/10400.21/3472/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O\\_Mestrado\\_Fiscalidade\\_Narciso\\_Mendes\\_final.pdf](https://repositorio.ipl.pt/bitstream/10400.21/3472/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_Mestrado_Fiscalidade_Narciso_Mendes_final.pdf). Acesso em: 18 mar. 2022.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **About the inclusive framework on BEPS**. OECD, 2021a. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm/#:~:text=In%20response%20to%20the%20call,implementation%20of%20the%20whole%20BEPS>. Acesso em: 18 mar. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **BEPS actions**. OECD, 2021b. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/> Acesso em: 18 mar. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros**. OECD, 2013. Versão portuguesa. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/combate-a-erosao-da-base-tributaria-e-a-transferencia-de-lucros-portuguese-version\\_9789264201248-pt#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/combate-a-erosao-da-base-tributaria-e-a-transferencia-de-lucros-portuguese-version_9789264201248-pt#page1). Acesso em: 18 mar. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Harmful tax competition: an emerging global issue**. OECD, 1998. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/1904176.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS**. OECD, 2021c. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **What is BEPS?**. OECD, 2021d. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/about/>. Acesso em: 18 mar. 2022.

ROCHA, Sérgio André. Direito internacional tributário: das origens ao contexto atual. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, v. 17, n. 102, p. 51-77, nov./dez. 2019. Disponível em: [http://www.sarocha.com.br/wp-content/uploads/2020/02/Direito-Tribut%C3%A1rio-Internacional\\_Origens.pdf](http://www.sarocha.com.br/wp-content/uploads/2020/02/Direito-Tribut%C3%A1rio-Internacional_Origens.pdf). Acesso em: 18 mar. 2022.

SULLIVAN, Martin A. Proposals to Combat Offshore Tax Evasion, *Notas Fiscais*, 2009.

THORSTENSEN, Vera; GULLO, Marcelly Fuzaro. Regulamentação de estabelecimento de boas práticas em assuntos tributários (fiscal affairs) pela OCDE. **Working Paper Series 536**. CCGI n. 31, São Paulo, set. 2020. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29720/TD%20536%20-%20CCGI\\_31n.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29720/TD%20536%20-%20CCGI_31n.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 18 mar. 2022.

UNITED NATIONS. **Model double taxation convention: between developed and developing countries**. New York: United Nations, 2011. p. 312. Disponível em: [https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/UN\\_Model\\_2011\\_Update.pdf](https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/UN_Model_2011_Update.pdf) Acesso em: 18 mar. 2022.

# Os Desafios do Combate ao Uso Indevido de Informações Privilegiadas no Âmbito Penal

Laysla Oliveira Santos\*

Lucier Marangoni Neto\*\*

*Introdução. 1 Bem jurídico protegido na criminalização do insider trading. 2 Características do insider trading. 3 A tutela do uso de informação privilegiada no Judiciário. Conclusão. Referências.*

## Resumo

A simetria de informações é imprescindível para garantir um funcionamento seguro e justo do mercado. Sendo assim, o crime de *insider trading* representa uma problemática que deve ser combatida. Nesse sentido, o presente artigo objetiva identificar os motivos que dificultam a apuração desse crime na Justiça Penal, visto que se constatam muitas disparidades entre a atuação do Judiciário e dos órgãos administrativos. Isso posto, o presente estudo foi realizado seguindo uma metodologia qualitativa baseada em pesquisas bibliográficas e documentais, com uso do método comparativo. Ao fim da análise, é possível constatar alguns fatores que frustram a aplicação do direito penal no que tange o crime de informação privilegiada.

**Palavras-chave:** Bem-jurídico. Informação privilegiada. Direito Penal. Comissão de Valores Mobiliários. Lei 6.385/1976.

---

\* Laysla Oliveira Santos, graduanda de direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). E-mail: laysla.o.santos@gmail.com.

\*\* Lucier Marangoni Neto, graduando de direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). E-mail: lucier.marangoni@edu.ufes.br.

## *The Challenges of fighting the Misuse of Privileged Information in the criminal context*

### **Abstract:**

*The symmetry of information is essential to guarantee a safe and fair functioning of the market, therefore, the crime of insider trading represents a problem that must be fought. In this sense, the article identifies the reasons that make it difficult to investigate this crime in Criminal Justice, since there are many disparities between the performance of the judiciary and administrative bodies. That said, the study was carried out following a methodology based on theoretical study, with bibliographic and documentary research using a comparative method. At the end of the analysis, it is possible to verify some factors that frustrate the application of criminal law regarding the crime of priority of information.*

**Keywords:** Legal good. Privileged information. Criminal Law. Securities and Exchange Commission. Law 6.385/1976.

### **Introdução**

No cenário hodierno, a complexidade das relações econômicas depende de condições seguras e estáveis para seu funcionamento eficiente e justo. Em vista disso, um contexto de assimetria de informações no mercado tem o potencial de causar prejuízos em amplos aspectos aos agentes e a toda coletividade.

Com efeito, apesar de diversos mecanismos terem sido criados pelo Estado para combater o uso de informações privilegiadas no Brasil, é notável a existência de muitos entraves que dificultam a tutela desse crime.

Nesse panorama, percebe-se que uma análise que permite compreender a difícil atuação do Direito Penal em relação a tal crime é de suma importância. Assim sendo, o presente trabalho busca responder à seguinte pergunta: quais fatores dificultam a apuração dos crimes de uso de informações privilegiadas no âmbito criminal?

Nesse prisma, o presente estudo será realizado por meio de uma metodologia qualitativa, baseada em coletas documentais e bibliográficas, e também pelo emprego do método comparativo, a fim de encontrar desafios particulares da atuação do Poder Judiciário quando comparado à ação do Poder Administrativo Sancionador. Desse modo, essa pesquisa objetiva compreender os motivos que dificultam a tutela do crime *insider trading* na esfera Penal. Para isso, têm-se como marco teórico principal os ensinamentos do professor e pós-doutor em Direito Penal, Luiz Regis Prado.

Diante disso, o trabalho foi dividido em três partes, sendo que o primeiro capítulo apresenta quais os bens jurídicos protegidos na criminalização do uso de informação privilegiada, a fim de clarificar o entendimento da importância da temática abordada e evidenciar as consequências dessa prática.

O segundo capítulo busca trazer as características desse crime e detalhar as leis que o regulam, a fim de expor como a matéria legal trata essa prática. *In fine*, a terceira parte é responsável por analisar a problemática que compreende a aplicação das leis penais para casos concretos de uso de informação privilegiada, com o fito de responder ao questionamento proposto.

## 1 Bem jurídico protegido na criminalização do *insider trading*

A partir do momento que as sociedades se tornam cada vez mais globalizadas, numerosas e complexas, novos interesses e necessidades surgem e precisam ser tutelados. Nessa conjuntura, à medida que determinados bens coletivos passam a ser vistos como essenciais, o Estado cria mecanismos para protegê-los. Nesse sentido, considerando que a Constituição Federal, em seu art. 170, afirma a importância da ordem econômica como um meio de assegurar uma existência digna a todos (BRASIL, 1988), uma ciência é necessária para resguardá-la.

O Direito Penal tem como missão a paz e o progresso social, assim, ele não está limitado à proteção do concretamente observado no mundo do ser, como o patrimônio e a vida, devendo auxiliar toda a regulação estatal que busca sustentar a coexistência harmônica (AGUIAR, 2021, p. 385).

Sob essa ótica, o Direito Penal Econômico surgiu como uma especialização do Direito Penal incumbido de proteger a política econômica estatal por meio de normas específicas de conteúdo econômico, dotadas de mobilidade, flexibilidade, revisibilidade e maleabilidade das condutas tipificadas (ZINI, 2012, p. 160).

Desse modo, este sub-ramo do Direito Penal atua proibindo práticas prejudiciais ao Sistema Financeiro Nacional (SFN), ao mercado, ao sistema monetário, às finanças públicas e aos demais institutos da vida econômica, com o objetivo de assegurar um ambiente seguro para um desenvolvimento econômico saudável e que respeite os direitos fundamentais (AGUIAR, 2021, p. 384).

Nessa lógica, constata-se que o Direito Penal Econômico, ao combater tais delitos lesivos, contribui para o justo desenvolvimento econômico do país, possibilitando a participação da coletividade nas relações econômicas. A esse respeito, entre os principais grupos de delitos que são alvos de tal especialidade, estão aqueles contra o SFN, o sigilo das operações de instituições financeiras e finanças públicas, e o mercado de capitais.

O mercado de capitais é um conjunto de instituições e de instrumentos que negociam com títulos e valores mobiliários, por meio da reunião de recursos dos agentes compradores para os agentes vendedores (PRADO, 2019, p. 340). Enquanto o SFN é formado por entidades que promovem a intermediação entre agentes credores e tomadores de recursos (BOTTINO; GUERRA, 2019, p. 137). Evidencia-se, assim, a importância do Direito Penal Econômico na proteção de tais institutos, uma vez que eles são imprescindíveis para a dinâmica, eficiência e confiabilidade das atividades econômicas.

Nesse contexto de complexas relações sociais e econômicas, percebe-se que há um elemento que, se utilizado de forma inadequada pelos agentes do mercado, possui um intenso potencial lesivo ao SFN: a informação. Isso porque todas as interações entre os participantes do mercado estão submetidas ao risco, todavia, o nível de informação disponível aos agentes pode alterar radicalmente tal cenário de incertezas na negociação dos ativos, gerando desvantagens a uns e vantagens a outros.

Ademais, ao observar os aspectos da economia atual, caracterizada como emergente, dotada de crescente desenvolvimento tecnológico e novas formas de transações, a informação ganha um potencial ainda maior de influência nesse meio globalizado.

Com efeito, a existência de assimetria de informação entre os participantes do mercado permite uma anormal vantagem competitiva a alguns, os quais possuem o poder de definir estratégias assertivas de alocação de recursos a fim de maximizar seus lucros (BOTTINO; GUERRA, 2019, p. 136).

Nesse ínterim, é importante destacar que à luz do ensinamento do professor Luiz Regis Prado, a informação privilegiada significa informação sigilosa e confidencial, na medida em que só é conhecida de um círculo restrito de pessoas. Dessa forma, para caracterizar o tipo de injusto em

exame é preciso que a informação privilegiada seja relevante, isto é, idônea ao fim proposto, ainda não divulgada publicamente, e capaz de propiciar vantagem indevida de natureza patrimonial nas negociações de valores mobiliários, influenciando a decisão de investidores favoravelmente a quem dela faz uso (PRADO, 2019, p. 345). Na contemporaneidade, o uso dessas informações tem se tornado cada vez mais constantes, recaindo sobretudo no uso criminoso de tais informações

Nessa senda, é necessário identificar os sujeitos do delito e os respectivos bens jurídicos protegidos na tutela do correto funcionamento do mercado de valores e da igualdade de oportunidades (PRADO, 2019, p. 343-344). Quanto aos sujeitos do delito, há os sujeitos ativos, quando a prática só poderá ser praticada por determinadas pessoas, sendo necessário ter acesso à informação privilegiada e o dever de sigilo. Dessa maneira, a previsão do conhecimento e dever de sigilo convertem essa figura típica em *delito especial próprio*, excluindo do âmbito de responsabilidade penal aquele que não detém tais qualidades. Em contrapartida, os sujeitos passivos são, por exemplo, a coletividade, o Estado e o investidor (PRADO, 2019, p. 344).

A respeito dos bens jurídicos, há uma concepção material e valorada, já que sua definição substancial é realizada a partir de um juízo de valor, sendo, portanto, relativa. Isso ocorre porque a valoração incide sobre as circunstâncias reais presentes em uma comunidade, sendo válida apenas para um contexto social específico, geográfico, cultural e temporalmente delimitado (RAPOSO, 2013, p. 280).

Ao negociarem no mercado de capitais, os indivíduos devem dispor das mesmas informações em relação aos outros, não sendo permitido privilégios entre eles no que diz respeito a informações públicas. Segundo a doutrina, esse tipo de privilégio corresponde a uma das mais graves infrações no mercado de capitais e financeiro, pelo simples fato de destruir a confiança dos investidores (DIAS, 2017, p. 9). Desse modo, é de fundamental importância que o investidor acredite que a informação é suficiente, adequada e credível para o funcionamento eficiente do mercado (DIAS, 2017, p. 10).

Afirma-se, a propósito, que o correto funcionamento do mercado, na formação dos preços, deve ser consequência da normal evolução das contratações. Constitui-se em garantia básica dos direitos dos investidores, que devem concorrer em condições de igualdade de risco, e cuja confiança na transparência do mercado é indispensável à sua manutenção e ao próprio sistema econômico-financeiro (PRADO, 2019, p. 17).

Nesse panorama, ao analisar as amplas consequências do crime de uso indevido das informações privilegiadas, percebe-se que a repressão aos abusos de mercado se constitui em uma etapa fundamental para assegurar a integridade e a transparência do mercado financeiro, no âmbito nacional e externo (PRADO, 2019, p. 340).

Isso porque essa prática pode inspirar desconfiança nos investidores lesados, o que traria efeitos nocivos ao próprio sistema financeiro, um dos pilares do desenvolvimento econômico das sociedades. Nessa lógica, a divulgação de informações estratégicas e sensíveis é protegida de diversas formas pelo Estado, visando ao acesso adequado e simétrico de informações pelos seus agentes.

Sob essa perspectiva, pode-se esperar que as empresas que tenham ações negociadas sob o impacto de informações privilegiadas tenham sua avaliação viesada, pois tais informações podem proporcionar vantagens a seus portadores, ou *insiders*, influenciando suas avaliações e decisões de investimento (GIRÃO; MARTINS; PAULO, 2014, p. 463).

Assim, segundo os pensadores Luiz Girão, Orleans Martins e Edilson Paulo (2014, p. 35), nas economias emergentes, como a do Brasil, onde ainda há grande concentração do capital das firmas entre poucos investidores, existe maior probabilidade de ganhos anormais por agentes informados através da obtenção de informação privada.

Definitivamente, a utilização indevida de informações privilegiadas causa grande mazelas para mercado de capitais, por retirar a igualdade entre seus operadores, inviabilizando a livre concorrência. Cria-se, assim, segundo Bottino e Guerra (2019, p. 136) um mercado cujos preços são artificialmente controlados pelos detentores dessas informações estratégicas, em detrimento dos investidores que não tiveram o mesmo privilégio.

Com efeito, a utilização abusiva de informações privilegiada, além ser regulada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), também é reprimida no âmbito do direito penal, mais especificamente, no direito penal econômico (BOTTINO; GUERRA, 2019, p. 136).

Assim, forçoso reconhecer que tal conduta em análise se subsume à norma prevista no art. 27-D da Lei 6.385/1976, que foi editada justamente para assegurar a todos os investidores o direito à equidade da informação, condição inerente à garantia de confiabilidade do mercado de capitais, sem a qual ele perde a sua essência, notadamente a de atrair recursos para as grandes companhias (BRASIL, 2016, p. 18).

Posto isso, as características do crime de uso indevido de informações privilegiadas serão abordadas no seguinte capítulo.

## 2 Características do *insider trading*

O crime previsto no art. 27-D da Lei 6.385/1976 pode ser exemplificado em casos em que determinado participante do mercado detenha informação privada de sinal de alta sobre uma firma e, antes da divulgação de tal notícia ao público, ele adquire novas ações da companhia, disparando uma ordem de compra e obtendo, assim, ganhos anormais com esse investimento.

De maneira análoga, quando um participante tem informação privada com sinal de baixa, ele inicia uma ordem para vender as ações antes da divulgação da informação e da consequente queda do preço das ações, causando prejuízos a outros agentes (MARTINS; PAULO, 2014, p. 35).

Sob tal perspectiva, importante ressaltar dois marcos fundamentais na legislação brasileira sobre a matéria: o primeiro é a já mencionada Lei de Mercado de Capitais e da Lei de S.A. de dezembro de 1976, e outro, pouco mais de sete anos depois, em 8 de fevereiro de 1984, com a edição da Instrução CVM 31.36 (PRADO; RACHMAN; VILELA, 2016, p. 24).

De antemão, destaca-se o pensamento do professor Francisco Antunes Mussnich (2017), o qual salienta que o *insider trading* é um dos principais focos de ação da CVM no Brasil. Nessa lógica, essa prática constitui tanto infração administrativa, tipificada no art. 155 da Lei 6.404/1976 (Lei das S.A.) e no art. 13 da Instrução CVM 358/2002, como ilícito penal, conforme o art.27-D da Lei 6.385/1976.

Nessa linha de raciocínio, cabe ressaltar que, devido ao caráter altamente reprovável da conduta, o *insider trading* enseja responsabilização em diversas frentes, abrangendo as esferas civil, administrativa e, mais recentemente, penal (MUSSNICH, 2017, p. 25).

A lei também estabelece a responsabilidade civil, uma vez que a própria Lei das S.A., no art. 155, §3º, expressa que cabe ao *insider* ressarcir todos aqueles afetados pelo ilícito perpetrado. O legislador optou, assim, pela exclusividade da solução ressarcitória, sem cogitar da possibilidade de anulação do ato, garantindo o atendimento do interesse daqueles que foram prejudicados sem abalar a segurança e a estabilidade necessárias aos negócios realizados no mercado (MUSSNICH, 2017, p. 28).

Dado seu caráter difuso, portanto, os referidos interesses são tutelados, especialmente, pela via coletiva. E a tutela coletiva ganha corpo por meio da ação civil pública – regulada pela Lei 7.347/1985 e, quanto ao *insider trading*, também pela Lei 7.913/1989 –, sem prejuízo da possibilidade de tutela no âmbito individual para reparação de danos das pessoas prejudicadas pela conduta de uso indevido de informação privilegiada (MUSSNICH, 2017, p. 28).

Quanto à responsabilização administrativa, a referida se dá perante a CVM, por meio de processo administrativo, conforme o art. 9º, incisos V e VI, da Lei 6.385/1976. As instruções 358/2002 e 491/2011 da CVM enquadram o *insider trading* como infração grave, sujeitando o infrator às penalidades previstas nos incisos III a VIII do art. 11 da Lei 6.385/1976, consoante o parágrafo 3º do mesmo dispositivo (MUSSNICH, 2017, p. 30).

Não obstante a previsão das responsabilidades civis e administrativas, a crescente relevância atribuída à tutela do mercado de capitais levou à inclusão, pela Lei 10.303/2001, do crime de uso indevido de informação privilegiada na Lei 6.385/1976, em capítulo dedicado aos crimes contra o mercado de capitais (MUSSNICH, 2017, p. 30).

Sendo importante enfatizar sua redação na esfera penal o disposto no art. 27-D da Lei 13.506/2017, sobre os esclarecimentos quanto à utilização indevida de informações privilegiadas, segundo o qual:

Art. 27-D. Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

Exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função

§ 1.º Incorre na mesma pena quem repassa informação sigilosa relativa a fato relevante a que tenha tido acesso em razão de cargo ou posição que ocupe em emissor de valores mobiliários ou em razão de relação comercial, profissional ou de confiança com o emissor.

§ 2.º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime previsto no caput deste artigo valendo-se de informação relevante de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo (BRASIL, 1976).

A partir disso, requer ressaltar determinadas particularidades desse crime. Inicialmente, observa-se que o crime é de perigo abstrato-concreto, ou seja, exige a demonstração de periculosidade para ser consumado. Bem como, trata-se de um delito de mera atividade, visto que se consuma com a utilização de informações privilegiadas em negociações de valores mobiliários. E o elemento subjetivo do tipo está representado pelo dolo (direto ou eventual), que consiste na consciência e vontade de realização dos elementos objetivos do tipo (PRADO, 2019, p. 345-346).

Outrossim, é importante salientar o conceito de informação relevante. Nesse prisma, sob o ponto de vista da Hipótese dos Mercados Eficientes (HME), o preço de um ativo qualquer em um mercado deve refletir inteiramente todas as suas informações relevantes disponíveis. No mercado de capitais, informações relevantes são aquelas que podem afetar os fluxos de caixa futuros da empresa ou as expectativas futuras dos investidores. Salienta-se que em um mercado eficiente, os preços dos ativos fornecem sinais adequados para a alocação de recursos, pois as informações são simétricas (GIRÃO; MARTINS; PAULO, 2014, p. 463).

Ademais, convém analisar a diferença do crime de uso indevido de informações privilegiadas e do delito de manipulação de mercado. Ressalta-se, pois, o art. 27-C da Lei 6.385/1976, *in verbis*:

Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime (Redação dada pela lei 13.506, de 2017) (BRASIL, 1976).

Nesse sentido, a fim de restringir o tipo penal, o legislador prevê que não basta, para a incriminação, a simples utilização de operações ou manobras fraudulentas no âmbito do mercado de valores mobiliários, que podem, inclusive, caracterizar meros ilícitos administrativos. Assim, para que haja efetiva manipulação de mercado, a operação simulada deve consistir em uma alteração artificial das regras desse mercado, excluindo os riscos normais inerentes ao tipo de negociação e até mesmo à conduta especulativa.

Portanto, segundo a visão de Prado (2019, p. 350), os tipos penais dos arts. 27-C e 27-D não preveem, para sua consumação, a percepção de qualquer vantagem. No primeiro, de manipulação de mercado, há apenas o fim específico de obter vantagem ou causar dano, e, no segundo (informação privilegiada), exige-se tão só a potencialidade de propiciar essa vantagem. Contudo, de modo incongruente com a própria caracterização dos delitos, para fixação das penas de multa, a quantificação de vantagem ou dano se faz imprescindível.

A partir de tal análise, o próximo capítulo terá foco em investigar os fatores que influenciam a efetiva aplicação do art. 27-D nos casos concretos.

### 3 A tutela do uso de informação privilegiada no Judiciário

Conforme apresentado no capítulo anterior, constata-se que o crime de informação privilegiada é combatido por diferentes segmentos da atuação estatal, mormente pelo Direito Administrativo Sancionador e pelo Direito Penal Econômico. Nessa linha de raciocínio, a fim de compreender os desafios relacionados à caracterização do crime de *insider trading* no âmbito criminal, faz-se necessário, inicialmente, entender o papel dos órgãos administrativos nesse contexto.

Sendo assim, requer apresentar a importante função da CVM no sistema punitivo de delitos contra a ordem econômica, em especial, o *insider trading*. A CVM, entre outras atribuições, atua visando proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores contra o uso de informação privilegiada e assegurar o funcionamento eficiente e regular do mercado de capitais e do SFN, nos termos delineados pelo art. 4º, incisos III e IV, alínea “c”, da Lei 6.385/1976 (BRASIL, 1976)

Pois bem, cabe à CVM, apresentar acusação formal contra o indivíduo suspeito de *insider trading* no âmbito administrativo, com a instauração de processo investigativo, e, posteriormente, transmitir ao Ministério Público Federal as respectivas informações para que o *parquet* adote as medidas necessárias para a eventual responsabilização dos agentes também no âmbito penal (BOTTINO; GUERRA, 2019, p. 145). Sob tal perspectiva, verifica-se que uma coordenação entre esfera administrativa e judicial é essencial para a adequada repressão desse crime.

Contudo, nota-se que, apesar de a CVM julgar aproximadamente entre 2 e 4 casos de *insider trading* por ano, bem como efetivar diversas condenações no âmbito administrativo, aplicando multas em 88% dos casos (PRADO; RACHMAN; VILELA, 2016, p. 43), poucas denúncias

repercutem na esfera judicial, sendo a primeira ocorrência apenas no ano de 2009, oito anos após a tipificação do crime (BOTTINO; GUERRA, 2019, p. 145).

Nesse cenário, duas problemáticas são observadas quando comparados os poucos casos julgados na esfera penal e os potenciais casos envolvendo situações nas quais houve condenação na esfera administrativa, sendo elas a falta de comunicação entre CVM e Ministério Público e os requisitos que são necessários para efetivação das denúncias criminais (PRADO; RACHMAN; VILELA, 2016 p. 82). Entrementes, destaca-se como fator positivo o convênio firmado entre o órgão administrativo e o *parquet* em 2008, e que vem sendo renovado a cada quinquênio, com o fito de:

[...] imprimir maior agilidade e efetividade nas ações de prevenção, apuração e repressão às práticas lesivas ao mercado de capitais; o fornecimento e o intercâmbio de informações, documentos, estudos e trabalhos técnicos relacionados à regulação e à fiscalização do mercado de valores mobiliários; ampla cooperação técnica e científica por meio do desenvolvimento conjunto de estudos e pesquisas; comunicações entre os convenientes para adoção de medidas legais cabíveis em defesa dos interesses do mercado de valores mobiliários e dos seus respectivos investidores. (BRASIL, 2008a)

Outro ponto que deve ser considerado como possível motivo para o reduzido número de casos judiciais de apuração de *insider trading* são os chamados “termos de compromisso”. Tais acordos podem ser firmados pela CVM com os investigados, os quais se comprometem a interromper a prática suspeita de irregularidades e a indenizar os prejuízos. Destarte, o procedimento investigativo é suspenso, sem que haja qualquer reconhecimento da ilicitude ou absolvição (BRASIL, 2019, p. 35).<sup>1</sup>

Por conseguinte, os termos de compromisso trazem vantagens para o suspeito, visto que uma possível condenação poderia abalar sua reputação. Bem como, para a Administração, a vantagem é que o pagamento indenizatório deve ocorrer em dez dias, e não há qualquer recurso para segunda instância ou Judiciário (PRADO; RACHMAN; VILELA, 2016, p. 71).

Nesse contexto, ganha espaço uma impressão generalizada de que os agentes envolvidos em crimes contra o mercado financeiro ficam impunes penalmente (FERRAZ, OTMAN, 2021, p. 101), exigindo-se uma análise dos motivos que dificultam o julgamento adequado do delito de uso de informação privilegiada no Judiciário.

Para isso, requer compreender o processo que levou à única condenação penal transitada em julgado pelo crime de *insider trading* no Brasil, no qual investigou-se o uso da informação de que houve uma oferta pública de aquisição das ações da Perdigão S.A pela Sadia S.A. De posse de tal relevante conhecimento restrito, os agentes determinaram que seus corretores nos Estados Unidos adquirissem certificados de ações de emissão da Perdigão S.A., na bolsa de Nova York, em 2006 (BRASIL, 2016, p.17).

Nessa senda, a informação em questão foi considerada relevante em razão de ter o potencial “para influenciar de forma ponderável as decisões de investimento e, por conseguinte, a cotação dos ativos da PERDIGÃO S.A.” (BRASIL, 2016, p.17). Além disso, restou indubitavelmente comprovado o acesso dos condenados à informação sigilosa, uma vez que, em razão dos cargos que ocupavam, participaram das discussões e tratativas concernentes à elaboração da oferta pública de aquisição de ações da Perdigão S.A., obtendo, assim, informações confidenciais da Sadia S.A (BRASIL, 2016, p.17).

<sup>1</sup> Art. 88. A celebração do termo de compromisso tem por efeito: I - a suspensão do processo administrativo em curso, pelo prazo estipulado para o cumprimento do compromisso; ou II - a não instauração de processo administrativo sancionador, nos casos em que a proposta for apresentada ainda em fase de apuração ou antes desta.

Observa-se ainda que diversas testemunhas, incluindo outros participantes da reunião sigilosa sobre a oferta de aquisição da Perdigão, foram mencionadas na sentença judicial, as quais contribuíram para comprovar o caráter de informação relevante da matéria, como o depoimento da testemunha João Teixeira (vice-presidente do Banco ABN AMRO Real S.A.):

Confira-se: “[...] nós tínhamos uma obsessão com a questão do vazamento de informações porque, claro, que na medida que essa informação vazasse para o mercado a tendência era o preço da ação da Perdigão subir como consequência qualquer oferta que a Sadia viesse a fazer teria um prêmio sobre o preço do mercado pequeno (fl. 376)” (BRASIL, 2016, p.17).

Por fim, reconheceu-se a prática do crime previsto no art. 27-D da Lei 6.385/1976, sendo determinado a aplicação de multa e pena de reclusão dosada em 1 (um) ano e 9 (nove) meses, a qual foi posteriormente substituída por pena restritiva de direitos (BRASIL, 2016, p. 22).

À luz desse exemplo de condenação criminal por *insider trading*, depreende-se que a caracterização desse delito criminalmente exige inquestionáveis provas relacionadas ao acesso do agente à informação sigilosa de potencial lesivo à competitividade do mercado e do seu uso doloso. Porém, as circunstâncias do crime de *insider trading* são de intensa complexidade, o que dificulta a obtenção de provas definitivas.

As provas têm a função de fornecer ao julgador o conhecimento dos fatos necessários para gerar a convicção de que ele necessita para o seu pronunciamento. Elas podem ser classificadas quanto ao seu objeto em diretas ou indiretas. A prova direta é aquela que demonstra o próprio fato em litígio, enquanto a prova indireta é a prova baseada em indícios (MUSSNICH, 2017, p. 106)

A partir disso, tem-se que outro motivo para os diferentes índices de ações penais que versam sobre o crime de informação privilegiada em relação às investigações administrativas está relacionado às provas que cada esfera exige para identificar a prática do tipo adequadamente. Sabe-se que o ideal é a comprovação da conduta criminoso por meio de provas diretas. Todavia, em razão da:

dificuldade de comprovação inerente ao próprio uso de informações privilegiadas, a CVM tem lastreado a sua atividade sancionadora em indícios (admitidos como provas). Na esfera criminal, apesar de sua capacidade de motivar algumas medidas no curso do processo, indícios não têm sido considerados suficientes para substituir provas concretas da autoria desse crime. (BOTTINO; GUERRA, 2019, p. 146-147)

Tais dificuldades consideradas inerentes ao delito em questão são pautadas na elevada subjetividade de identificar seguramente que o suspeito detinha conhecimento da informação relevante e pretendeu utilizá-la para obter vantagem indevida, o que na prática é extremamente complexo, exceto quando há confissão (BRASIL, 2008b, p.20). Nesse sentido, a comprovação do uso de informação privilegiada pode ser obtida por meio de indícios, desde que robustos, sérios, convergentes e contundentes (MUSSNICH, 2017, p.17).

Evidencia-se, portanto, que ambas as esferas punitivas – criminal e administrativa –, exigem a produção de provas capazes de constatar a prática da conduta delituosa e justificar a aplicação adequada da pena, contudo, pode-se afirmar que a esfera penal possui critérios mais rigorosos em relação à CVM.

A esse respeito, requer reconhecer que apesar de poucos processos em curso no Judiciário brasileiro quando comparado com o âmbito administrativo, há casos notórios que devem ser destacados. Como exemplo, ação ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de Eike Fuhrken

Batista, objetivando sua condenação nas penas dos artigos 27-C, manipulação de mercado, e 27-D, uso de informação privilegiada (BRASIL, 2019, p. 1).

Eike Batista foi denunciado porque, na condição de acionista controlador da empresa OSX Construção Naval S/A, teria utilizado informações potencialmente negativas relacionadas a modificações no seu plano de negócios para vender suas ações, antes que essas modificações fossem formalmente publicada no mercado e ocorresse a queda iminente de tais papéis da OSX. Como resultado, o réu lucrou indevidamente R\$10,5 milhões. Destaca-se trecho das alegações finais apresentadas pelo Ministério Público no julgamento:

na condição de presidente do Conselho de Administração da OSX S.A., esteve presente na reunião ocorrida em 15/04/2013, em que foram definidas as medidas que viriam a compor o novo Plano de Negócios da Companhia, e, mesmo na pendência de divulgação desse fato relevante, o acusado alienou, em 19/04/2013, mais de nove milhões de ações da OSX, ciente da vedação normativa estabelecida pelo órgão regulador, a um preço de R\$ 3,40 (três reais e quarenta centavos), por cada uma delas, obtendo com isso um aporte substancialmente maior, eis que no pregão imediatamente posterior a divulgação do fato relevante, em 20/05/2013, a cotação das ações despencou para R\$ 2,50 (dois reais e cinquenta centavos) (BRASIL, 2019, p. 1).

Com efeito, o réu foi condenado à pena de quatro anos de reclusão e multa em três vezes o valor da vantagem ilícita obtida pelo crime de *insider trading*. Tendo sido considerado evidente culpabilidade de Eike Batista ao agir com ambição desmedida, sem se importar com os prejuízos causados aos demais investidores (BRASIL, 2019, p. 1).

A decisão foi proferida pela juíza Rosália Monteiro Figueira, em primeira instância, em 24 de setembro de 2019, a qual o réu propôs apelação. Isso posto, percebe-se que a tutela criminal do uso de informações privilegiadas caminha em passos lentos, especialmente quando constata-se a existência de diversos indícios sendo apurados apenas administrativamente. Todavia ressalta-se que muitos avanços têm sido visualizados na última década.

## Conclusão

Diante dos argumentos supracitados, foi possível identificar a importância do combate ao uso da informação privilegiada na sociedade hodierna. Destacando a complexidade em que ocorrem as relações econômicas e como é de extrema relevância que existam condições adequadas para seu funcionamento justo e eficaz. Nesse sentido, qualquer privilégio de informações no atual mercado global tem um potencial devastador, podendo causar inúmeros prejuízos às partes envolvidas, ao Estado e também a todos da sociedade.

Nesse ínterim, cabe destacar a difícil atuação do Direito Penal em tentar solucionar tal crime, dado os inúmeros entraves que dificultam sua tutela. Dessa forma, o presente artigo investigou os desafios particulares da atuação do Judiciário brasileiro quando comparada à ação do Poder Administrativo Sancionador.

Dessa forma, diante da análise realizada, é de se observar, com preocupação, quanto a real efetividade do instrumento penal perante o crime em discussão. Isso ocorre em razão, principalmente, da extrema dificuldade em estabelecer um conjunto de provas robustas para aplicar a regulamentação aos casos concretos, em razão da complexidade inerente ao crime e dos inúmeros avanços tecnológicos que envolvem as relações no mercado.

Conclui-se, portanto, que o principal entrave à responsabilização dos *insiders* na esfera criminal é a custosa tarefa de comprovar a posse e o uso de tais informações privilegiadas por parte de agentes do mercado. Tendo em vista que é necessário um conjunto vigoroso e contundente de informações para que não seja configurado como mera presunção ou convicção do julgador.

## Referências

AGUIAR, David Kerber De. A intervenção do Estado na economia e proteção de bens jurídicos pelo Direito Penal no Estado social e democrático de direito brasileiro. III Encontro Virtual do CONPEDI. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2021. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/3b53n985/flL5Wz05dk65e4ba.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BOTTINO, Thiago; GUERRA, Luis Roberto Cordeiro. “O Crime de Uso Indevido de Informação Privilegiada (Insider Trading): a persistente dificuldade probatória do delito após a edição da Lei 13.506, de 2017”. **Revista da Procuradoria-Geral do Branco Central**. Vol. 13, Nº 1, jun. 2019. Disponível em: <https://revistapgbcbcb.gov.br/index.php/revista/issue/view/30/A9%20V.13%20-%20N.1>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.385/76, de 7 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiQwe3DzNf2AhV4IrkGHW5DBYAQFnoECBAQAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.planalto.gov.br%2Fccivil\\_03%2Fleis%2F16385compilada.htm&usq=AOvVawo3Kblgsiv e8lhXEPe4Xfnh](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiQwe3DzNf2AhV4IrkGHW5DBYAQFnoECBAQAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.planalto.gov.br%2Fccivil_03%2Fleis%2F16385compilada.htm&usq=AOvVawo3Kblgsiv e8lhXEPe4Xfnh). Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. **Termo de cooperação técnica, 08 de maio de 2008a**. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/convenios/mpf.html>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. **Instrução CVM nº 607, de 17 de julho de 2019**. Dispõe sobre o rito dos procedimentos relativos à atuação sancionadora no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst607.html>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial (REsp) n.º 1569171/SP**. Inteiro Teor do Acórdão, 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861433896/recurso-especial-resp-1569171-sp-2014-0106791-6/inteiro-teor-861433904?ref=serp>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. Poder Judiciário Federal. **Ação Penal – autos processo nº 0042650-05.2014.4.02.5101**. 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, 2019. <https://www.conjur.com.br/dl/juiza-condena-eikebatista-oito-anos.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. **Processo Administrativo Sancionador Nº 24/05**. Sessão de julgamento do Processo Administrativo Sancionador Nº 24/05, 2008b. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2008/20081007\\_PAS\\_2405.pdf](https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2008/20081007_PAS_2405.pdf). Acesso em: 18 mar. 2022.

DIAS, Lenira Rodrigues, **O Uso Indevido de Informação Privilegiada no Mercado de Capitais**, 2017. Dissertação de mestrado, Iscte - Instituto Universitário de Lisboa. Repositório do Iscte. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10071/16811>. Acesso em: 03 de março de 2022.

FERRAZ, Daniel Amin; OTMAN, Samira Mohamad Ali Mahmoud. “Uma análise jus econômica dos desincentivos à prática de insider trading no Brasil”. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 100-115, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/about/editorialPolicies#custom-2>. Acesso em: 25 fev. 2022.

GIRÃO, Luiz Felipe de Araújo Pontes; MARTINS, Orleans Silva; PAULO, Edilson. “Avaliação de empresas e probabilidade de negociação com informação privilegiada no mercado brasileiro de capitais”. **Revista de Administração**, Vol. 49, N°3, set. 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rausp/issue/view/6615>. Acesso em: 14 abr. 2022.

MARTINS, Orleans Silva; PAULO, Edilson. “Assimetria de Informação na Negociação de Ações, Características Econômico-Financeiras e Governança Corporativa no Mercado Acionário Brasileiro”. **Revista Contabilidade e Finanças**, Vol. 25, N°64, abr. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rcf/a/TBT3GhNMtj8XpmGNHkvzxD/?format=pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022.

MUSSNICH, Francisco Antunes Maciel Müssnich. **O insider trading no direito brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2017. E-book.

PRADO, Regis Luiz. **Direito Penal Econômico**, Rio de Janeiro, Forense, 8 ed., 2019.

PRADO, Viviane Muller; RACHMAN, Nora; VILELA, Renato. **Insider trading: normas, instituições e mecanismos de combate no Brasil**, São Paulo, FGV Direito SP, 2016. [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17696#:~:text=O%2oque%20diferencia%20este%20livro,combate%20ao%20uso%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 25 fev. 2022.

RAPOSO, Guilherme Guedes. Bem jurídico tutelado e direito penal econômico. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coords.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ZINI, Júlio César Faria. “Apontamentos sobre o Direito Penal Econômico e suas especificidades”. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 60, Belo Horizonte, jan./jun. 2012. ISSN: 0304-2340. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2012v60p147>. Acesso em: 25 fev. 2022.

## **Parecer 372/2022-BCB/PGBC**

Parecer que reconhece a competência do Conselho Monetário Nacional (CMN) para disciplinar a prestação de serviços de auditoria independente para as instituições financeiras, mas conclui pela impossibilidade de o Banco Central aplicar penalidades aos prestadores da referida atividade, por inobservância de regras previstas na Resolução CMN 3.198, de 27 de maio de 2004, após o advento da Resolução CMN 4.910, de 27 de maio de 2021.

**Humberto Cestaro Teixeira Mendes**

Procurador do Banco Central

**Eliane Coelho Mendonça**

Procuradora-Chefe do Banco Central

**Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira**

Subprocuradora-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 372/2022-BCB/PGBC  
S/ Proc

São Paulo, 27 de maio de 2022.

*Ementa: Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP). Consulta formulada pelo Departamento de Resolução e Ação Sancionadora (Derad), na qual apresenta questionamentos jurídicos relacionados à aplicação de penalidades, pelo Banco Central, aos prestadores do serviço de auditoria independente. Advento da Resolução CMN nº 4.910, de 27 de maio de 2021, que revogou as regras destinadas aos auditores independentes, constantes na Resolução CMN nº 3.198, de 27 de maio de 2004. Competência do Conselho Monetário Nacional (CMN) para disciplinar a prestação dos serviços de auditoria independente para as instituições financeiras (art. 4º, incisos VIII e XII, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964). Impossibilidade jurídica de o Banco Central punir os auditores por inobservância de dispositivos regulamentares destinados às instituições financeiras. Princípio da tipicidade. Ocorrência da abolitio criminis, com a revogação da Resolução CMN nº 3.198, de 2004. Grau de acesso da presente manifestação: pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso (art. 3º, §1º, da Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018).*

Senhora Procuradora-Chefe,

#### ASSUNTO

Trata-se de consulta formulada por e-mail, pelo Departamento de Resolução e Ação Sancionadora (Derad), na qual apresenta questionamentos jurídicos relacionados à aplicação de penalidades, pelo Banco Central, aos prestadores do serviço de auditoria independente, considerando o advento da Resolução CMN nº 4.910, de 27 de maio de 2021, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2022.

2. Transcreve-se, abaixo, as considerações e os questionamentos formulados pelo Derad, em sua consulta:

*A Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, que dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil, aplica-se às pessoas físicas e jurídicas que prestem serviço de auditoria independente para as instituições de que trata o caput do art. 2º da lei. Ainda na mesma lei, em seu art. 3º, está expresso que constitui infração punível descumprir normas legais e regulamentares relativas a auditoria independente.*

*O art. 20 do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 3.198, de 27 de maio de 2004, dispõe que cabe ao auditor independente o dever de observar, na prestação dos serviços de auditoria para as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar por esta Autarquia, as normas e procedimentos de auditoria estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), pelo Banco Central do Brasil (BC) e, no que não for conflitante com estes, aqueles determinados pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC) e pelo Instituto dos Auditores Independentes do Brasil (Ibracon).*

*O art. 21 da Resolução CMN nº 4.910, de 27 de maio de 2021, que substituiu a referida resolução, dispõe que cabe às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar por esta Autarquia o dever*

*de assegurar que o auditor independente observe, na prestação de seus serviços, as normas e procedimentos de auditoria estabelecidos pelo CMN, pelo BC e, no que não for conflitante com estes, aqueles determinados pela CVM, pelo CFC e pelo Ibracon.*

**Esclarecimentos necessários para o prosseguimento da análise dos PAS:**

1 – *Confirma-se o entendimento de que, apesar da mudança da redação, foi mantida a obrigação de o auditor independente observar, na prestação dos serviços de auditoria para as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar por esta Autarquia, as normas e procedimentos de auditoria estabelecidos pelo CMN, pelo BC e, no que não for conflitante com estes, aqueles determinados pela CVM, pelo CFC e pelo Ibracon?*

2 – *É possível, para irregularidades ocorridas até 31.12.2021, ou seja, anteriores à vigência da Resolução CMN nº 4.910, de 2021, aplicar penalidade para auditor independente por descumprimento da Resolução CMN nº 3.198, de 2004?*

3. É o relatório. Passa-se à análise jurídica.

## APRECIÇÃO

4. A Resolução CMN nº 3.198, de 2004, ao disciplinar a prestação dos serviços de auditoria independente para as instituições financeiras, previa regras que tinham como destinatários imediatos as pessoas físicas ou jurídicas auditoras. Era o caso do art. 20 do regulamento anexo à norma do CMN, indicado na consulta, que exigia a observância, pelo auditor independente, das normas e procedimentos de auditoria ali especificados.

5. Cabe esclarecer que a disciplina da contratação e de procedimentos relativos à auditoria independente prestada, especificamente, para as instituições financeiras se insere no âmbito da ampla competência detida pelo CMN, para **regular a fiscalização e a contabilidade** dessas entidades (art. 4º, incisos VIII e XII, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964). A auditoria é um exame sistemático das atividades de determinada pessoa jurídica (uma fiscalização propriamente dita), que se debruça principalmente sobre as demonstrações financeiras da entidade auditada, o que legitima a regulamentação, pelo CMN, de aspectos da prestação desse serviço para as instituições financeiras.

6. Ademais, o escopo da atividade de auditoria independente a torna relevante para o acompanhamento da liquidez e da solvência das instituições financeiras – atributos que devem ser zelados pelo CMN, conforme determina o art. 3º, inciso VI, da Lei nº 4.595, de 1964.

7. Cabe indicar, ainda, a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que, ao tratar da auditoria nas companhias abertas, prevê, em seu art. 22, § 2º, que compete ao Banco Central a edição de normas

<sup>1</sup> Art. 22. Considera-se aberta a companhia cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação na bolsa ou no mercado de balcão.  
(...)

§ 1º Compete à Comissão de Valores Mobiliários expedir normas aplicáveis às companhias abertas sobre:  
(...)

IV - padrões de contabilidade, relatórios e pareceres de auditores independentes;  
(...)

§ 2º As normas editadas pela Comissão de Valores Mobiliários em relação ao disposto nos incisos II e IV do § 1º aplicam-se às instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, no que não forem conflitantes com as normas por ele baixadas.

sobre relatórios e pareceres de auditores independentes. Ao prever essa específica competência normativa do Banco Central, que abrange regras procedimentais da atividade de auditoria independente, o legislador reforça, em última instância, a competência normativa do CMN, para editar regras gerais sobre a prestação do serviço para as instituições financeiras<sup>2</sup>.

8. Frise-se que, nos atos normativos editados sobre a matéria, o CMN não almejou regulamentar aspectos relativos ao ofício de auditor – como as condições gerais para o exercício da profissão, por exemplo –, mas tão somente questões relacionadas à contratação e à prestação da atividade para agentes do Sistema Financeiro Nacional (SFN), o que se coaduna plenamente com as competências que foram outorgadas àquele órgão pela legislação. E, ainda que determinadas regras da Resolução CMN nº 3.198, de 2004, e de resoluções que a antecederam tivessem como destinatários imediatos os auditores independentes, substancialmente, elas afetavam as instituições supervisionadas pelo Banco Central, alvos da auditoria, o que, de modo geral, garantia a validade desses comandos.

9. Sobre o tema, é oportuno mencionar que, no âmbito da Medida Cautelar (MC) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.317/DF, o Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>3</sup> reconheceu, em juízo preliminar, a validade da regulamentação do CMN sobre a matéria, então tratada na revogada Resolução CMN nº 2.267, de 29 de março de 1996. O voto do Ministro Relator Ilmar Galvão consignou que:

*Cuida-se, evidentemente, de normas que disciplinam uma das formas de controle exercidas pelo Banco Central, dentro de suas competências legais, sobre as instituições do sistema financeiro, qual seja, a auditoria independente.*

*Tais regras são dirigidas diretamente às instituições fiscalizadas pelo Banco Central, não regulando, portanto, o exercício de qualquer profissão ou o desenvolvimento de atividade econômica, como alegado pelo requerente. Em nenhum de seus dispositivos a resolução sob enfoque estabelece requisitos para que profissionais desenvolvam a função de auditor independente ou impede que exerçam tal função, mas, simplesmente, institui regras quanto à contratação de auditorias, bem como quanto a seus procedimentos.* (grifos inautênticos)

10. É possível concluir que o STF compreendeu que os comandos da Resolução CMN nº 2.267, de 1996, em última instância, voltam-se ao controle ou fiscalização das instituições financeiras auditadas, atribuição exercida legítima e precipuamente pelo Banco Central. Registre-se que a citada resolução previa regras em que os auditores independentes figuravam como destinatários imediatos, como as relativas a elaboração de relatórios (art. 2º) e a comunicação de irregularidades ao Banco Central (art. 6º).

11. Por meio do Parecer PGBC-780/2000<sup>4</sup>, de 24 de outubro de 2000, esta Procuradoria-Geral analisou a incursão judicial contra a Resolução CMN nº 2.267, de 1996. Transcreve-se, abaixo, alguns trechos da manifestação jurídica, que defendeu a validade da norma do CMN:

2 No que tange à delimitação da competência do CMN, do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários, vale mencionar que esta Procuradoria-Geral já foi consultada sobre quais normas devem ser observadas pelas instituições financeiras, na elaboração de suas demonstrações contábeis. No Parecer 248/2013-BCB/PGBC, de 11 de julho de 2013, este órgão jurídico concluiu que “compete ao CMN a edição de normas gerais de contabilidade aplicáveis às instituições financeiras, enquanto ao BCB e, subsidiariamente, à CVM compete a edição de normas de cunho procedimental ou formal, que viabilizem o exercício de suas correspondentes atribuições legais”.

3 MC ADI nº 2.317/DF. Tribunal Pleno, Relator Min. Ilmar Galvão. Decisão publicada em 23 de março de 2001.

4 De autoria do Consultor Jurídico Nelson Alves de Aguiar Júnior, aprovado pelo Subprocurador-Geral Francisco José de Siqueira e pelo Procurador-Geral José Coelho Ferreira.

7. Note-se, então, que a Resolução n.º 2.267, de 29 de março de 1997, é dirigida às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, a fim de sujeitá-las à realização de auditoria de suas demonstrações financeiras por auditores independentes. Dessarte, não se ocupa de estabelecer normas relativas ao exercício da profissão de auditor, mas, sic et simpliciter, a assegurar condições mínimas para a qualidade de seu trabalho e para sua independência em relação à instituição auditada, tudo com vistas à minimização dos riscos de fraudes na atividade financeira.
8. Não é sem razão que o referido traçamento jurídico prevê o registro do auditor na Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a observância das regras emanadas do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), no que diz respeito à independência, bem assim a substituição, senão antes, pelo menos até o fim do período correspondente a quatro exercícios sociais consecutivos computados a partir de sua contratação, podendo ser contratado novamente, pela mesma instituição, findos três exercícios sociais após a sua substituição. Inexiste, portanto, proibição do exercício profissional, consoante alegado na petição inicial, pois o profissional de contabilidade não fica impedido de atuar como auditor junto a outras instituições nem sofre empecos a uma futura recontração. [...]
28. [...] parece-me relevante dilucidar a base constitucional e legal que tem o Conselho Monetário Nacional para exigir a realização de auditoria por profissionais de Contabilidade que tenham obtido registro de auditor independente junto à Comissão de Valores Mobiliários.
29. Ora, reza o art. 192, caput, da Constituição da República, que
- “o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, **será regulado por lei complementar**, que disporá, inclusive, sobre.” (destaque inexistente no original)
30. Veja-se que a Carta Magna remete à lei complementar o regramento jurídico estruturador do Sistema Financeiro Nacional, de todos os elementos que nele comparecem e de todas as políticas que se lhe atrelam. Entretanto, como esse regramento já existe e se encontra consubstanciado na Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, foi ela recepcionada como lei complementar, sendo de destacar-se o que dispõem os arts. 3.º, VI, e 4.º, VIII, in verbis:
- “Art. 3.º A política do Conselho Monetário Nacional objetivará:
- .....
- VI – zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras;”
- “Art. 4.º. Compete privativamente ao Conselho Monetário Nacional:
- .....
- VIII – regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta Lei, bem como a aplicação das penalidades previstas;”
31. É preciso ater-se, então, a que, dentre o vasto plexo de competências do Conselho Monetário Nacional, há aquela que se liga ao controle, interno e externo, das atividades das instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, o que demanda o estabelecimento de regras que fixem limites à atuação dessas mesmas instituições nos mercados financeiro e de capitais, observando-se, sempre e sempre, o princípio de supremacia do interesse público sobre o interesse privado.
32. Dessarte, as regras jurídicas que tenham por fito a operacionalização técnica do exercício do poder de polícia nos mercados financeiro e de capitais são absolutamente cónsonas aos objetivos das políticas do

Conselho Monetário Nacional, especialmente o enunciado no art. 3.º, VI, cuja viabilidade beneficia da competência estabelecida no art. 4.º, VIII, este e aquele da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

33. Ora, a figura do auditor, ao contrário do que sustenta a CNPL, é imprescindível para o controle de que se trata e, mais ainda, para a solvabilidade das instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional. E esta importância tanto mais ressalta quanto mais se atina a que a pouca rigidez das regras relativas à atuação daquele profissional e à sua relação com a instituição auditada levou, ante fatos recentes envolvendo a ruína econômica de instituições financeiras de grande porte, a um questionamento acerca da eficiência do sistema obrigatório de auditoria independente.
34. Pode-se dizer que o auditor independente é um coadjuvante na supervisão do Sistema Financeiro Nacional. Não é sem razão que o art. 6.º da Resolução n.º 2.267, de 29 de março de 1996, atribuiu-lhe o dever de informar ao Banco Central do Brasil a existência de ilícitos que constituam falta grave e as evidências que coloquem a instituição em risco de quebra: [...]
38. [...] tudo o que concerne a demonstrações financeiras de instituições, financeiras ou não, autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil – incluídos, aí, temas que lhe são correlatos, como padrões de contabilidade e pareceres de auditores independentes –, continua sujeito ao disposto na Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, bem assim às resoluções do Conselho Monetário Nacional e a atos administrativos outros que tenham apoio nas regras ali insculpidas.

12. Ao passo que confere competência normativa ao CMN para disciplinar aspectos do exercício da atividade de auditoria independente, a legislação outorga ao Banco Central o poder punitivo sobre as pessoas prestadoras daquele serviço. Atualmente, a competência sancionadora do Banco Central está estabelecida no art. 2.º<sup>5</sup> da Lei n.º 13.506, de 2017<sup>6</sup>, e os auditores independentes podem ser punidos pelo cometimento de infrações descritas na lei<sup>7</sup>, bem como pela inobservância da regulamentação infralegal que disponha sobre o tema, vide o art. 3.º, inciso XVII, alíneas “a” e “c”<sup>8</sup>, daquele diploma legal.

13. Percebe-se que os dispositivos legais que tratam da persecução punitiva do Banco Central contra os auditores, mormente a hipótese de infração por descumprimento da regulamentação

5 Art. 2.º Este Capítulo dispõe sobre infrações, penalidades, medidas coercitivas e meios alternativos de solução de controvérsias aplicáveis às instituições financeiras, às demais instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil e aos integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro, e estabelece o rito processual a ser observado nos processos administrativos sancionadores no âmbito do Banco Central do Brasil.

§ 1.º O disposto neste Capítulo aplica-se também às pessoas físicas ou jurídicas que:

I - exerçam, sem a devida autorização, atividade sujeita à supervisão ou à vigilância do Banco Central do Brasil;

II - prestem serviço de auditoria independente para as instituições de que trata o **caput** deste artigo ou de auditoria cooperativa de que trata o **inciso V do caput do art. 12 da Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009**;

III - atuem como administradores, membros da diretoria, do conselho de administração, do conselho fiscal, do comitê de auditoria e de outros órgãos previstos no estatuto ou no contrato social de instituição de que trata o **caput** deste artigo.

§ 2.º O disposto neste Capítulo aplica-se também aos administradores e aos responsáveis técnicos das pessoas jurídicas que prestem os serviços mencionados no inciso II do § 1.º deste artigo.

6 Não se olvide, também, que o art. 26, § 3.º, da Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976, estabelece que “as empresas de auditoria contábil ou os auditores contábeis independentes responderão administrativamente, perante o Banco Central do Brasil, pelos atos praticados ou omissões em que houverem incorrido no desempenho das atividades de auditoria de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil”.

7 Vide o inciso XI do art. 3.º da Lei n.º 13.506, de 2017, que prevê a infração administrativa consistente em “inserir ou manter registros ou informações falsos ou incorretos em demonstrações contábeis ou financeiras ou em relatórios de auditoria de pessoa mencionada no **caput** do art. 2.º desta Lei”.

8 Art. 3.º Constitui infração punível com base neste Capítulo:

XVII - descumprir normas legais e regulamentares do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios e do Sistema de Pagamentos Brasileiro, cujo cumprimento caiba ao Banco Central do Brasil fiscalizar, inclusive as relativas a:

a) contabilidade e auditoria;

[...]

c) auditoria independente;

relativa à auditoria independente, reforçam a competência normativa do CMN, no que se refere à prestação da atividade para instituições financeiras.

14. Em que pesem as considerações acima, na Resolução CMN nº 4.910, de 2021, optou-se por direcionar apenas às instituições financeiras as regras procedimentais e de contratação da auditoria independente. O art. 21 daquele ato normativo, em especial, estabelece uma obrigação específica para as instituições financeiras: assegurar que o auditor independente observe, na prestação do serviço, as normas e procedimentos de auditoria do CMN, do BC e, no que não for conflitante com estes, aqueles determinados pela CVM, pelo CFC e pelo Ibracon.

15. Adentrando o primeiro questionamento apresentado na consulta, depreende-se que, ainda que haja alteração do destinatário imediato da regra, a rigor, manteve-se o dever de observância das regras referidas no art. 21 da Resolução CMN nº 4.910, de 2021, na execução dos serviços de auditoria independente para instituições supervisionadas pelo Banco Central. Repita-se que o CMN detém a competência para disciplinar a forma como deve ser desempenhada a fiscalização e a contabilidade das instituições supervisionadas pelo Banco Central e, com base nessa atribuição, o órgão regulador definiu, no art. 21, quais normas e procedimentos se aplicam sobre a atividade de auditoria para tais entidades.

16. No entanto, é inevitável concluir que o eventual descumprimento das regras indicadas no art. 21 da Resolução CMN nº 4.910, de 2021, acarretará consequências jurídicas para os destinatários imediatos desse comando regulamentar, ou seja, as instituições supervisionadas pelo Banco Central. Em tese, a realização de auditoria que afronte determinada resolução do CFC, por exemplo, poderá causar a punição da instituição financeira que não garantiu que o auditor independente por ela contratado observasse a norma do órgão contábil<sup>9</sup>, com base na aplicação do art. 3º inciso, XVII, “a” ou “c”, da Lei nº 13.506, de 2017, c/c o disposto no art. 21 da Resolução CMN nº 4.910, de 2021.

17. A aplicação de penalidades deve se restringir ao destinatário da norma, uma vez que, na persecução sancionadora, cumpre observar a tipicidade, *corolário do princípio constitucional da legalidade*. A tipicidade pode ser conceituada como a adequação de um ato praticado pelo agente com as características descritas na norma que viabiliza a imposição da sanção<sup>10</sup>. O art. 21 da Resolução CMN nº 4.910, de 2021, claramente, exige uma conduta por parte das instituições supervisionadas pelo Banco Central e, por isso, somente os atos praticados por essas entidades poderão configurar violação ao dispositivo regulamentar.

18. O cenário normativo ora em vigor se difere daquele verificado durante a vigência da Resolução CMN nº 3.198, de 2004. Viu-se, acima, que a resolução revogada previa regras voltadas imediatamente aos auditores independentes, como o art. 20 do regulamento anexo. O descumprimento desses comandos, pelos auditores, autorizava o exercício do poder punitivo do Banco Central, com base no art. 3º inciso, XVII, “c”, da Lei nº 13.506, de 2017, c/c o dispositivo regulamentar não observado.

---

<sup>9</sup> Vislumbra-se até mesmo outras providências voltadas à instituição supervisionada, como a imposição de medida acautelatória para que essa entidade substitua o auditor independente (art. 17, inciso IV, da Lei nº 13.506, de 2017).

<sup>10</sup> Complementa a doutrina que, como corolário do princípio da legalidade, a tipicidade repercute “em duplo sentido, tanto como garantia, em face da determinação subjetiva ou discricionária dos fatos que configuram ilícito penal, como também, meio de prevenção individual e social, pois o conhecimento público e oficial da ação punível desencoraja o possível autor” (GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. Revista da Faculdade de Direito - USP, v. 109, p. 773-793, 2014.)

19. Entretanto – e já respondendo o segundo questionamento do Derad –, com a revogação da Resolução CMN nº 3.198, de 2004, elidiu-se a possibilidade jurídica de o Banco Central sancionar os auditores pela inobservância das regras de conduta exigidas naquele ato normativo. Trata-se da ocorrência do fenômeno jurídico da “abolitio criminis”.

20. A aplicação de penalidades pelo Banco Central, para as irregularidades ocorridas na vigência da Resolução CMN nº 3.198, de 2004, seria juridicamente viável caso a norma revogadora, a Resolução CMN nº 4.910, de 2021, mantivesse as regras destinadas aos auditores independentes (aplicação do princípio da continuidade normativo-típica), o que não ocorreu.

21. No caso, descabe cogitar, também, a ultratividade das regras da Resolução CMN nº 3.198, de 2004, uma vez que não é possível qualificar essa norma como temporária ou excepcional. Tal resolução não foi editada pelo CMN em razão de um contexto economicamente atípico ou singular, que impusesse a sua aplicação aos fatos praticados na sua vigência. Trata-se, na verdade, de norma de caráter ordinário e definitivo, que concretiza a competência do CMN para disciplinar a prestação do serviço de auditoria independente para as instituições financeiras.

22. Cabe ressaltar que remanesce a possibilidade jurídica de o Banco Central punir o auditor independente por infração prevista na lei, em especial aquela do inciso XI do art. 3º da Lei nº 13.506, de 2017. Rechaça-se apenas a possibilidade de esta Autarquia impor sanção aos auditores, com base no art. 3º inciso, XVII, daquele diploma legal, por inobservância de regras de conduta destinadas às instituições supervisionadas.

## CONCLUSÃO

23. Ante o exposto, conclui-se que:

- a) a competência prevista no art. 4º, incisos VIII e XII, da Lei nº 4.595, de 1964, em especial, legitima a disciplina, pelo CMN, da prestação de serviços de auditoria independente para as instituições financeiras;
- b) a inobservância do art. 21 da Resolução CMN nº 4.910, de 2021, em tese, autoriza a aplicação de penalidades às instituições financeiras, destinatárias imediatas daquele comando, com base no art. 3º inciso, XVII, “a” ou “c”, da Lei nº 13.506, de 2017;
- c) não é juridicamente possível que o Banco Central aplique penalidades aos auditores independentes, pela inobservância de comandos regulamentares voltados às instituições supervisionadas; e
- d) a revogação da Resolução CMN nº 3.198, de 2004, elidiu a possibilidade jurídica de o Banco Central aplicar penalidades aos auditores independentes por irregularidades ocorridas durante a vigência daquele ato normativo.

24. Por fim, classifico o grau de acesso da presente manifestação jurídica 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 nela 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

De acordo.

À Sra. Subprocuradora-Geral, em razão da matéria.

**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 Derad.

**WALKYRIA DE PAULA RIBEIRO DE OLIVEIRA**  
Subprocuradora-Geral do Banco Central  
Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCrPG)  
OAB/DF 10.000

**Para avaliar esta resposta a sua consulta, clique no link abaixo:**

<https://home.intranet.bcb.gov.br/colab/pesquisapgbc/Lists/PesquisaPGBCB/newform.aspx>

## **Parecer 344/2022-BCB/PGBC**

Parecer que examina a possibilidade de uso de solução robótica para decisão em processo administrativo sancionador.

**Alexandre de Miranda Cardoso**

Procurador do Banco Central

**Márcio Rafael Silva Laeber**

Subprocurador-Chefe do Banco Central

Parecer Jurídico 344/2022-BCB/PGBC  
Sem PE

Brasília, 18 de maio de 2022.

*Ementa: Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP). Consulta encaminhada pelo Departamento de Resolução e de Ação Sancionadora (Derad). Proposta para aperfeiçoamento de processos administrativos sancionadores (PAS) alusivos ao atraso ou não entrega da declaração de capitais brasileiros no exterior (CBE) ou a declaração do Censo Anual de Capitais Estrangeiros no País (CEP). Solução robótica, por meio de decisão editada imediatamente por programa computacional, observados os critérios previamente estabelecidos pelo Derad, de acordo com os ditames legais e regulamentares. Decisão fundada em simples checagem de dados, sem adoção de mecanismo de “machine learning” ou redes neurais. Mera automação, sem conferir autonomia decisória à máquina. Validade, desde que se dê publicidade aos critérios adotados. Dispensa de assinatura eletrônica de cada decisão. Pronunciamento de acesso público ou ostensivo (art. 2º, I, da Portaria PGBC nº 100.620, de 2018).*

Senhor Subprocurador-Chefe,

## ASSUNTO

Cuida-se de consulta encaminhada pelo Departamento de Resolução e de Ação Sancionadora (Derad), discutindo proposta para aperfeiçoamento de processos administrativos sancionadores (PAS) alusivos ao atraso ou não entrega da declaração de capitais brasileiros no exterior (CBE) ou da declaração do Censo Anual de Capitais Estrangeiros no País (CEP), infrações relacionadas a “fluxo de capitais”.

2. Formulada por mensagem eletrônica, a aludida consulta informa que essa classe de processos constitui um relevante marcador de desempenho do processo de trabalho não só do Derad como também do Departamento de Estatísticas (Dstat); maior eficiência decisória resulta em resultados positivos relevantes para tais áreas, sendo que as peculiaridades desse conjunto de processos oferecem oportunidade para expressiva redução de tempo de tramitação.

3. Em uma das mensagens encadeadas no e-mail, o Derad recorda que a solução do procedimento simplificado de que trata a Seção II do Capítulo IV<sup>1</sup> da Resolução BCB nº 131, de 20 de agosto de 2021<sup>2</sup>, foi estruturada de modo a que todo o processo corra por meio de sistema eletrônico, contempladas aí, inclusive, a citação da parte, a prática de atos processuais dispositivos (como o reconhecimento da ilicitude da conduta e a renúncia ao direito de defesa), as intimações, a edição de decisão e sua publicação (Art. 68, §§ 1º, 3º e 4º). Nesse contexto, o “Derad entende que ambos os documentos ‘decisão’ e

<sup>1</sup> Para ilustrar, confira-se o art. 67: “O procedimento simplificado é aplicável ao declarante que queira voluntariamente reconhecer o cometimento do ilícito da entrega em atraso de informações ao Banco Central do Brasil de Registro e Censo de Capitais Estrangeiros no País e de Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior e cumprir a pena aplicada, de forma a concluir sumariamente o processo administrativo sancionador”.

<sup>2</sup> Consolida as normas 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, e os parâmetros para a aplicação das penalidades administrativas previstas na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

‘intimação’, a que se refere o § 4º, *devem ser expedidos diretamente pelo sistema informatizado, que está em desenvolvimento pelo Deinf no contexto da Iniciativa Gepad 2022*” (grifo nosso).

4. Por fim, o Chefe Adjunto, na mensagem de encaminhamento à Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC), aduz que, a par do “*desenvolvimento de ferramenta eletrônica que possibilitará o procedimento simplificado para decisão de PAS de CEB/CEP*”, por ora, aquele componente pretende tratar “[...] *de forma automática os PAS-CBE/CEP que, instaurados no rito ordinário pelo DSTAT, estejam no Derad para decisão de 1ª instância [pretendendo] desenvolver uma funcionalidade dentro do sistema Gepad para emitir automaticamente a decisão, a intimação e o boleto de pagamento do declarante que, corretamente intimado, tenha se eximido de apresentar defesa no processo*”.

5. Ou seja, e aqui o ponto central da consulta, o Derad cogita automatizar a decisão dessa modalidade específica de processo administrativo sancionador, removendo a intervenção humana, ainda que mantenha, ao menos num primeiro momento de teste, um ponto de controle, que ficaria responsável por apurar a “[...] *conformidade dos documentos ‘decisão’ e ‘intimação’ [...] até que o fluxo de tarefas se mostre estável e confiável*”.

6. O funcionamento automatizado se respaldaria, segundo a proposta, em “*uma nota técnica [aprovada pelo Derad/Gepag, gerência técnica competente para decidir tais processos] com a descrição do fluxo de tarefas a serem executadas pelo sistema informatizado, incluindo o ponto de controle humano*”.

7. Em suma, a consulta se organiza do seguinte modo:

*Para correta especificação do sistema, necessitamos da manifestação dessa PGBC quanto à segurança jurídica da assinatura eletrônica que será aposta automaticamente pelo sistema nos documentos “decisão” e “intimação”, que serão emitidos pelo sistema.*

*Assim, consultamos sobre:*

i. *Como deve ocorrer a assinatura dos documentos “decisão” e “intimação” emitidos automaticamente pelo sistema a ser desenvolvido?*

[Friso que, quanto a esse ponto, a consulta cogita duas soluções: decisão e intimação seriam expedidas pelo sistema em nome de componente do Derad que detenha a competência regimental para decidir os PAS de fluxo de capitais ou seriam assinadas automática e eletronicamente pelo sistema informatizado em nome de servidor que ocupe posto de trabalho com competência para decidir esse tipo de PAS.]

ii. *A nota técnica seria o ato formal apropriado para conferir validade aos procedimentos automatizados no sistema?*

8. Relatada a questão, examina-se o aspecto jurídico.

## APRECIÇÃO

9. A validade do procedimento simplificado regulado pela Seção II do Capítulo IV da Resolução BCB nº 131, de 2021, foi antes abordada no Parecer Jurídico 532/2020-BCB/PGBC<sup>3</sup>. Reconheceu-se que os sistemas eletrônicos disponíveis ao cidadão, destinados a que se proceda a entrega das declarações alusivas a fluxos de capitais, podem ser empregados também para a constituição de eventual processo administrativo, veiculando, se for o caso, a citação do infrator por meio eletrônico.

10. Aquela manifestação admite que é juridicamente viável dispensar-se a edição de decisão nos estritos casos em que o infrator reconheça a violação administrativa, sem oferecer defesa; todavia, por segurança jurídica, recomendou a edição de decisão administrativa, mesmo em tais circunstâncias. Quanto à elaboração desse pronunciamento decisório em meio digital, o Parecer Jurídico 532/2020-BCB/PGBC argumenta o seguinte:

[...]

25. Quanto às particularidades dessa decisão, o ideal seria que o próprio sistema, após o reconhecimento do ilícito pelo administrado e a renúncia ao prazo para a defesa, formalizasse a decisão administrativa de natureza condenatória, com todos os requisitos essenciais previstos no art. 32 da Circular nº 3.857, de 2017, e, somente em momento imediatamente posterior, disponibilizasse a guia para o respectivo pagamento. Veja-se que, adotando esse procedimento, o valor cobrado seria devidamente lastreado em um título condenatório, o que minimizaria sobremaneira o risco de eventual questionamento judicial ou de requerimento de restituição de indébito. Após o pagamento, bastaria que o departamento técnico responsável arquivasse o respectivo PAS, com fundamento no cumprimento da pena.

26. Por outro lado, caso inexistia viabilidade técnica para a emissão de decisão condenatória pelo próprio sistema – **notadamente em razão da necessidade de assinatura da autoridade competente** –, considero que também seria juridicamente admissível a existência de uma única decisão, reconhecendo a condenação do administrado à pena de multa veiculada na citação e colocando termo ao processo, a ser prolatada após o pagamento pelo administrado do valor correspondente à multa pela infração administrativa. Essa decisão, no meu entendimento, deveria expressamente ressaltar o reconhecimento do ilícito por parte do acusado, a renúncia ao prazo para a defesa, a condenação do interessado à pena de multa e o recolhimento voluntário do respectivo valor, levando à extinção do PAS pelo exaurimento de sua finalidade. Evidenciar o caráter condenatório dessa decisão é fundamental inclusive para conferir efeito de reincidência a futuras repetições da prática infracional, condição inexistente se a decisão tivesse caráter meramente declaratório de extinção ou arquivamento do processo com base no art. 52 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

11. Enfim, a aludida manifestação naturalmente percebe que a solução digital, gerada dentro do próprio sistema eletrônico, elevaria o grau de eficiência, resolvendo toda a situação em aplicativo disponível ao interessado, no momento do seu primeiro acesso, mas, todavia, essa mesma manifestação é zelosa ao reparar que existem obstáculos formais a serem vencidos num tal modelo procedimental. Afinal de contas, esse desenho informatizado do processo sancionador de algum

---

<sup>3</sup> De autoria do Procurador André Ubaldino Roldão, com despachos do Subprocurador-Chefe Márcio Rafael Silva Laeber e da Subprocuradora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, e aprovado pelo Procurador-Geral Adjunto Marcel Mascarenhas dos Santos.

modo precisa conseguir traduzir os elementos essenciais dos atos administrativos, dentre eles o ato de vontade do agente público competente para imputar a penalidade prevista em lei<sup>4</sup>.

12. Noutras palavras, a alta velocidade da tecnologia nos oferece cada vez mais oportunidades para ganharmos qualidade na prestação do serviço público. Atualmente gerimos documentos eletronicamente com habitualidade, assim como nos identificamos por assinaturas eletrônicas, servimo-nos de comunicação digital e desmaterializamos os pontos físicos de atendimento ao público; inevitavelmente, outras soluções se apresentarão à regulação do direito. O caso concreto nos desafia a apreciar a conformidade que se possa dar na atuação do Banco Central do Brasil (BCB) para as decisões automatizadas<sup>5</sup>. Afinal, como José de Oliveira Ascensão nota<sup>6</sup>:

*O direito não está imune à grande transformação social que está em curso através dos meios de comunicação. A informática encontra aqui numerosas aplicações, muitas em curso. Poderá desempenhar funções auxiliares, como se um computador nos revela instantaneamente qual a jurisprudência sobre os temas selecionados. Mas pode, ainda, para além disso, ser ela própria veículo da aplicação do direito. Por exemplo, os actos do registo civil podem ser vastamente controlados e executados por computador. A penosa colecta de certidões poderá fazer-se totalmente sem intervenção humana. Fazem-se contratos inteiramente por computador. Em certos sectores o contacto pessoal desaparece. O homem só intervém na programação e na recolha dos resultados, ou eventualmente na solução de anomalias de funcionamento.*

*A intervenção da máquina pressupõe, porém, a exclusão de todo o elemento valorativo. A informática processa-se através de itinerários prefixados, seguindo um desenrolar que, por mais complexo que seja, é sempre unívoco. Isto significa que nos sectores do direito cuja aplicação possa ser confiada a meios mecânicos surgirá a tendência, que se tornará inevitável, para a simplificação mais acentuada possível da regra.*

13. Nessa toada, Rodrigo Vianna Silva e Michelle Lucas Cardoso Balbino, em estudo nacional sobre o tema, listam os exemplos de aplicação da inteligência artificial já existentes no meio jurídico<sup>7</sup>:

*Uma importante vertente em que se poderá usar a inteligência artificial é no campo jurídico. Com a massificação das demandas judiciais, a automação inteligente propiciada pelos algoritmos de IA [inteligência artificial] poderá racionalizar a atuação tanto dos advogados das partes litigantes quanto dos órgãos do poder judiciário.*

*O relatório da justiça em números lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contabilizou um total de 77,1 milhões de processos em tramitação ao final de dezembro de 2019 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Diante de uma quantidade tão expressiva de demandas, a automação dos processos*

4 “O ato administrativo é uma ‘manifestação de vontade’, no sentido de que exterioriza a vontade de um sujeito dirigida a algum fim. O género (fato administrativo em sentido amplo) contempla duas espécies. A primeira é o fato administrativo em sentido restrito, que consiste numa ocorrência não decorrente da vontade, que produz efeitos no direito administrativo. A segunda espécie é o ato administrativo, que compreende diversas subespécies. Mas o ponto crucial para definir o ato administrativo reside na influência da vontade na sua formação. [...] Para fins jurídicos, a vontade é um processo psicológico interno ao indivíduo, que comanda suas decisões e que diferencia o ser humano de outros seres vivos” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 273 e 276).

5 Enfatize-se que o Parecer Jurídico 532/2020-BCB/PGBC, citado acima, não lidou especificamente com a análise dos elementos da decisão automatizada, notadamente a manifestação de vontade do servidor. O objeto então era a simplificação do procedimento e a massiva utilização do meio digital, mas sem envolver, necessariamente, a robotização do ato decisório, tema que vem agora proposto pelo Derad, numa nova etapa de evolução do processo. Portanto, esta manifestação não pretende rever nenhum posicionamento daquele parecer, que, por não ter tratado do ato intelectual do sujeito emissor do ato, segue em vigor.

6 O Direito: introdução e teoria geral. 13.ed., Almedina, 2005, p. 613.

7 Decisões exclusivamente automatizadas e a necessidade de uma supervisão humana no Brasil. In: Revista da Advocacia Pública Federal, v. 5, n. 1, dez. 2021, p. 84.

*decisórios nos processos judiciais não é apenas uma tendência, mas uma premência. Já existem inúmeros sistemas de inteligência artificial sendo utilizados pelo judiciário brasileiro. São os casos de programas robôs como o Leia, que lê milhões de páginas de processos, identificando casos que já se enquadrem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), dispensando novas teses jurídicas.*

*A Advocacia Geral da União (AGU) também já faz uso extensivo de robôs virtuais para triagem e gerenciamento dos processos judiciais nos quais atua. São exemplos deste movimento na advocacia pública o SAPIENS 2.0, um sistema de peticionamento eletrônico e gerenciamento de demandas; o LOKI, um robô que realiza pesquisa em diversos bancos de dados públicos e realiza a juntada de tais informações nos dossiês eletrônicos gerenciados pelo SAPIENS 2.0; e o Optimus e Prime, que são robôs virtuais de triagem de intimações judiciais e etiquetamento de demandas (AGÊNCIA CNJ, 2021).*

14. Todavia, as aplicações aí recordadas limitam-se a operações de triagem e seleção, meros atos da administração, sem cunho de transformação jurídica conclusiva. O caso da consulta dá um passo adiante, propondo que o programa eletrônico forme um ato administrativo modificador da situação jurídica do cidadão, e, para avançar na análise, é bom aqui distinguir “ato administrativo eletrônico” do “ato administrativo **automático**”, segundo oportuna lição de Marcus Vinícius Filgueiras Júnior<sup>8</sup>:

*Como bem salientou Alessandro USAI, a denominação **Ato administrativo eletrônico** é ambígua, pois por meio dela pode-se designar o ato administrativo tradicional, que é redigido em forma eletrônica, cuja autoria é do servidor o qual teve a sua identificação fixada pela certificação digital, incorporada ao ato no momento de sua expedição; bem como aquele ato administrativo elaborado diretamente pelo computador, cuja autoria é atribuída ao próprio sistema informático e não ao servidor cuja firma eletrônica estaria consignada no referido documento. A rigor, como se verifica, são duas espécies de atos eletrônicos.*

*Nesse mesmo sentido, Daniele MARONGIU, doutorando pela Universidade de Cagliari, adverte em sua **tesi di laurea** sobre a necessidade de se estabelecer essa diferença. O referido autor, então, passou a referir-se aos atos da primeira espécie, como **atos administrativos eletrônicos**, e aos da segunda espécie, como **atos administrativos automáticos** ou de elaboração eletrônica.*

*Para efeito da presente exposição, utilizaremos a expressão **ato administrativo eletrônico** como gênero, que, por sua vez, subdivide-se nas seguintes espécies: a) ato administrativo eletrônico tradicional, que é aquele ato emanado por um agente público, cuja forma é eletrônica; b) ato administrativo eletrônico automático, que é aquele ato administrativo cuja forma é também eletrônica, mas que foi gerado pelo próprio sistema informático de modo automático, sem a intervenção imediata do servidor. Neste caso a intervenção do servidor acontece no ato-programa, que, a rigor, funciona como um pressuposto procedimental ou processual do ato. Por seu turno, o ato administrativo eletrônico automático poderá ainda apresentar duas outras subespécies: b.1) ato administrativo eletrônico totalmente automático; e b.2) ato administrativo eletrônico parcialmente automático. Por vezes não será possível a automatização completa de um ato administrativo, sendo possível apenas parcialmente. A completa automatização dos atos administrativos eletrônicos encontra limitações sobretudo no que se refere à discricionariedade. (Ênfases estão no original.)*

---

<sup>8</sup> Ato administrativo eletrônico e teleadministração. Perspectivas de investigação. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 237, jul/set. 2004, p. 251-252.

15. Portanto, diferencia-se a categoria do ato administrativo *eletrônico* – praticado e subscrito por servidor em forma digital – daquele que, além disso, seja também *automático* – e aí então gerado pelo sistema, autonomamente, mesmo que haja intermediação do agente público na formatação do programa<sup>9</sup>. Entretanto, a despeito da distinção estrutural, conforme aponta o estudo de Filgueiras Júnior, em ambos os cenários será preciso rastrear o *sujeito*, sendo aquele que tem a qualidade de agente emissor do ato, assim como a competência que exerce.

16. Afinal, sem a identificação do sujeito, não há possibilidade de se reconhecer a existência de ato administrativo<sup>10</sup>. Pois é aqui que está a proposição de Filgueiras Júnior: “Do ponto de vista do ato administrativo eletrônico automático, a teoria clássica poderá sofrer ligeira alteração, na medida em que se poderá admitir a existência do sujeito apenas para a construção do ato-programa (pressuposto procedimental do ato), que é, a rigor, o ato do qual emanará o ato administrativo principal”<sup>11</sup> (ênfase adicionada).

17. Ou seja, pode-se elaborar o raciocínio de que, em determinados casos, o agente competente para decidir o processo sancionador exerça tal atribuição antecipadamente, antes da apresentação dos casos concretos. Poderá arbitrar, motivada e publicamente, os estritos parâmetros que serão dali em diante aplicados aos fatos submetidos à apreciação do sistema eletrônico. A vontade do agente terá sido previamente estabelecida, e toda a racionalidade fundadora da ação administrativa estará preservada; ou seja, a atividade sancionatória será desempenhada cumprindo todos os requisitos, notadamente, a motivação do ato administrativo decisório, mesmo que seu exercício seja implementado por meio eletrônico e automatizado.

18. Rodrigo Vianna Silva e Michelle Lucas Cardoso Balbino estão de acordo com tal conclusão<sup>12</sup>:

*Quando se analisa se o requisito da competência seria alquebrado pela realização de um ato administrativo eletrônico, em especial, de um ato administrativo totalmente automático, não se pode olvidar que a intervenção do agente público competente ocorrerá em momento inclusive anterior à confecção do próprio ato. O agente público será o responsável pela elaboração do código-fonte do algoritmo de inteligência artificial, que tomará a decisão automatizada no ato administrativo eletrônico, momento no qual se suprirá a exigência legal no tocante à competência.*

19. Para o caso dos processos sancionadores alusivos a fluxo de capitais, em razão de a tipificação das normas sancionadoras ser objetivamente determinada, dispensa-se qualquer juízo valorativo do comportamento do agente, punido, no caso, por infração de mera conduta. Mesmo que seja apresentada defesa, a solução dos processos é relativamente simples, bastando a conferência de dados objetivos e de sua prova nos autos. Além disso, é usual que o infrator esteja disposto a confessar a infração, dispondo-se a quitar a correspondente multa espontaneamente, o que motivou, na edição, o estabelecimento do procedimento simplificado. Evidentemente, parece desarrazoado exigir que o

9 Convém destacar que, até onde se pode apurar, além da Lei nº 12.414, de 2011, o único diploma que cuida do tema entre nós é a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) –, ao conferir ao titular de dados o direito de pedir revisão de “decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade”, devendo o controlador dos dados “fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial” (art. 20 e seu § 1º da LGPD).

10 Vale comentar que o sujeito compõe o plano da existência do ato. Sem a participação de um sujeito, a existência do ato não se consuma. Ademais, há que se verificar a competência, a fim de verificar a validade do ato.

11 Ob. cit., p. 254.

12 Ob. cit., p. 89.

Chefe do Derad repasse, uma a uma, as decisões já antecipadamente parametrizadas por ele mesmo, à luz da regulamentação atinente ao processo sancionador. Na delimitação dos parâmetros estará contida, igualmente, a apreciação individual de qualquer caso que seja submetido ao BCB. Em termos técnicos, nenhuma conduta será apreciada de modo diferente daquele que o padrão pré-estabelecido estipule, bastando que o sistema seja alimentado com os dados corretos dos fatos da vida.

20. Vale recordar que, quanto aos critérios decisórios adotados em cada caso concreto, não irá pairar nenhuma zona cinzenta, porque objetivamente definidos no art. 66 da Resolução BCB 131, de 20 de agosto de 2021<sup>13</sup>. Nas situações dadas pela consulta, reguladas por inteiro pelo Decreto-Lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, regulamentado pela Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001, pela Resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN) nº 3.854, de 27 de maio de 2010, e pela Circular BCB nº 3.624, de 6 de fevereiro de 2013, não restará margem livre de decisão, portanto, o grau de discricionariedade decisória será igual a zero. Então, antecipadamente estabelecida pelo servidor a *interpretação* possível no ato de instituição do programa, não existirá dali para diante nenhum problema de *aplicação* do direito.

21. O rigor jurídico do princípio da igualdade exigirá que a solução de qualquer caso apresentado seja aquela pré-determinada pelo programa eletrônico, porque instruído de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo agente público competente, segundo os ditames regulamentares e legais da matéria. Ou seja, apesar de **automatizada**, não é caso de decisão computacional **autônoma**, logo, não se fala aqui em aplicação de *inteligência artificial*, porque o que ocorrerá será a mera mecanização do ato administrativo, com apoio no art. 50, § 2º, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999<sup>14</sup>. A atividade intelectual segue sendo a do servidor competente.

22. Enfim, a imputação da série de atos que virão com a aplicação do programa ficará a cargo do ato antecedente, que decidiu pela adoção do sistema e lhe deu os parâmetros – aquele primeiro ato será o ato intelectual – noutras palavras, a manifestação da vontade do agente público competente. O órgão manterá o controle sobre a declaração emitida, por isso deve existir um mecanismo de supervisão direta<sup>15</sup>.

13 Art. 66. As penalidades de multa a que se sujeitam os responsáveis pelo não fornecimento das informações regulamentares exigidas ou pela prestação de informações falsas, incompletas, incorretas ou fora dos prazos e das condições previstas na regulamentação em vigor relativas a Capitais Estrangeiros no País e a Capitais Brasileiros no Exterior, em razão do disposto nas Leis ns. 4.131, de 1962, e 11.371, de 28 de novembro de 2006, na Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001, e no Decreto-Lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, serão aplicadas em conformidade com os seguintes critérios:

I - efetuar registro ou apresentar declaração em desacordo com os prazos previstos nas respectivas normas: 1% (um por cento) do valor sujeito a registro ou declaração, limitado a R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

II - prestar informações incorretas ou incompletas: 2% (dois por cento) do valor sujeito a registro ou declaração, limitado a R\$50.000,00 (cinquenta mil reais);

III - não efetuar registro, não apresentar declaração ou não apresentar documentação comprobatória das informações fornecidas ao Banco Central do Brasil: 5% (cinco por cento) do valor sujeito a registro ou declaração, limitado a R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais); ou

IV - prestar informação falsa em registro ou declaração: 10% (dez por cento) do valor sujeito a registro ou declaração, limitado a R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

§ 1º A multa a que se refere o inciso I do caput será reduzida nas seguintes situações:

I - atraso de 1 (um) a 30 (trinta) dias, hipótese em que corresponderá a 10% (dez por cento) do valor previsto; ou

II - atraso de 31 (trinta e um) a 60 (sessenta) dias, hipótese em que corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor previsto.

§ 2º A penalidade de multa a que se referem os incisos I, II e III do caput será aumentada em 50% (cinquenta por cento) nos casos em que o administrado não efetuar, não corrigir ou não complementar registro ou declaração quando solicitado pelo Banco Central do Brasil.

§ 3º A decisão que impuser penalidade em decorrência das infrações previstas no caput não será considerada para fins dos antecedentes de que trata o inciso VI do art. 46 e da reincidência de que trata o § 3º do art. 51 desta Resolução.

14 Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...] § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

15 “A possibilidade de **compliance** das decisões tomadas automaticamente por sistemas de inteligência artificial é uma exigência inafastável para análise de sua validade, especialmente no tocante à sua legalidade, impessoalidade e moralidade. [...] o direito à explicação será uma ferramenta essencial para a verificação da necessária neutralidade dos modelos de inteligência artificial, buscando-se evitar decisões enviesadas tomadas automaticamente por estes sistemas e será fundamental para que o titular dos dados tratados seja capaz de, identificando eventuais prejuízos e violações de seu patrimônio jurídico, exigir a revisão por operadores humanos de tais decisões automatizadas que influenciaram negativamente seus direitos” (Vianna Silva e Balbino, ob. cit., p. 94).

23. Disso tudo não se tira, obviamente, que as garantias individuais dos interessados saiam reduzidas. O modo de formação da decisão precisará mostrar que observou a imparcialidade do julgador, a participação dos interessados (quando houver) e a proporção da penalidade. Ou seja, a motivação do ato não pode ser negligenciada. Todas essas garantias devem estar na órbita de atenção do Derad no instante de elaborar o documento que fundamentará o uso do mecanismo automatizado, documento esse a que se deve dar divulgação.

24. Nesse sentido, bom frisar a recente edição, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça (CEJ/CJF), em agosto de 2020, do Enunciado nº 12, durante a I Jornada de Direito Administrativo, com a seguinte redação: “A decisão administrativa robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a sua opacidade motivo de invalidação”.

25. E um alerta precisa ser dado: informatização do processo a esse ponto é aqui viável diante da circunstância singular de não existir nenhum juízo valorativo a ser desempenhado pelo julgador, que estabelecerá, antecipadamente, nada mais que uma checagem de dados (*checklist*), o que é suficiente e bastante para a aplicação da penalidade ou do juízo de absolvição. Outros modelos de utilização de mecanismos automatizados que possam se apresentar no futuro devem ser apreciados em nova manifestação da PGBC.

26. Convém enfatizar que não se cogita aqui da aplicação de nenhuma modalidade de *machine learning*, tampouco de *deep learning*. Não haverá decisão tomada sem fundamento na matriz criada por humanos (não será um algoritmo a tomar decisões imprevisíveis para o programador), nem extrapolação informatizada baseada em parâmetros estritamente probabilísticos do programa. Portanto, não se empregarão redes neurais artificiais.

27. Assim, ante a eficiência que proporciona, sem nenhum custo para os direitos e garantias dos cidadãos, parece-nos juridicamente válida a instituição de um programa computacional que, atendendo aos critérios estabelecidos pelo agente público competente, automatize as decisões em processos administrativos alusivos ao atraso ou não entrega da declaração de capitais brasileiros no exterior (CBE) ou a declaração do Censo Anual de Capitais Estrangeiros no País (CEP), infrações relacionadas a “fluxo de capitais”, desde que a motivação dos atos editados seja preservada. Para tanto, em orientação aos programadores do aplicativo, será preciso que os critérios adotados – no caso, os parâmetros dados pelo art. 66 da Resolução BCB nº 131, de 2021 – sejam publicados pelo agente público responsável pelos atos editados.

## CONCLUSÃO

28. Ante o exposto, e com base na conclusão de que é válida a proposta de automatização das intimações e decisões em processos administrativos sancionadores que cuidem de infrações na entrega da declaração de capitais brasileiros no exterior (CBE) ou da declaração do Censo Anual de Capitais Estrangeiros no País (CEP), desde que observados os critérios delineados ao longo desta manifestação, responde-se às questões formuladas pelo Derad do seguinte modo:

i. *Como deve ocorrer a assinatura dos documentos “decisão” e “intimação” emitidos automaticamente pelo sistema a ser desenvolvido?*

*Resposta:* A autoridade competente para proferir decisão editará ato estipulando os critérios a serem adotados pelo programa computacional que solucionará automaticamente os processos sancionadores. A fim de garantir a rastreabilidade até o agente competente, recomenda-se que a decisão e intimação dirigidas ao cidadão mencionem expressamente tal ato, aludindo ao servidor e ao exercício de sua competência, ficando aí dispensado de assinar individualmente cada um dos atos automatizados.

ii. *A nota técnica seria o ato formal apropriado para conferir validade aos procedimentos automáticos?*

*Resposta:* A Nota Técnica é instrumento meramente opinativo e pode servir de estudo preparatório. Todavia, a evolução para o processo automatizado precisa fundar-se em ato formal de caráter normativo, que tenha eficácia inclusive no âmbito externo. A implementação poderá ser desenhada de várias formas, passando ou não, por exemplo, pelo Chefe do Derad, o que afetará a espécie de ato normativo indicado para tratar da matéria, razão por que recomendo que a questão seja abordada quando da análise de proposta concreta de implantação do modelo automatizado.

29. Por não haver informação classificada, pessoal ou protegida por outra forma de sigilo, o acesso à presente manifestação é público (art. 2º, I, da Portaria PGBC nº 100.620, de 2018).

À consideração de Vossa Senhoria.

ALEXANDRE DE MIRANDA CARDOSO  
Procurador do Banco Central  
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)  
OAB/PR 27.434

De acordo.

Ao Derad.

MARCIO RAFAEL SILVA LAEBER  
Subprocurador-Chefe do Banco Central  
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)  
OAB/DF 13.413

**Para avaliar esta resposta a sua consulta, clique no link abaixo:**

<https://home.intranet.bcb.gov.br/colab/pesquisapgbc/Lists/PesquisaPGBCB/newform.aspx>

## **Parecer 672/2022-BCB/PGBC**

Parecer que examina a possibilidade de ingresso do Banco Central como *amicus curiae* em sede de recurso especial no qual se discute a possibilidade de incidência ou não da Taxa Selic nas dívidas civis, à luz do disposto no art. 406 do Código Civil de 2002, especialmente quando relacionadas a reparações de danos contratuais e extracontratuais, tendo em vista os diferentes marcos iniciais dos juros moratórios e da correção monetária embutidos na Selic.

**Luciana Lima Rocha**

Subprocuradora-Chefe do Banco Central

**Natália Alves Duarte Barbosa**

Procuradora 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 672/2022-BCB/PGBC  
PE 173441

Brasília (DF), 14 de setembro de 2022.

*Ementa: Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recursos especiais: 1.081.149/RS e 1.795.982/SP. Discussão sobre incidência ou não da Taxa Selic nas dívidas civis, especialmente quando relacionadas a reparações de danos contratuais e extracontratuais, tendo em vista os diferentes marcos iniciais dos juros moratórios e da correção monetária embutidos na Selic. Inteligência do art. 406 do Código Civil de 2002. Análise quanto ao interesse institucional do Banco Central em ingressar no feito na condição de amicus curiae. Princípio da legalidade. Adoção da Taxa Selic como a taxa relativa às demandas que envolvem a Fazenda Pública pela Constituição Federal. Jurisprudência consolidada do STJ e Supremo Tribunal Federal (STF). Viabilidade de incidência da Taxa Selic sem a incidência de correção monetária. Análise econômica da quaestio juris. Conclusão pela adoção da Taxa Selic, para as dívidas civis, nos exatos termos do art. 406 do CC, tendo em vista se tratar da taxa que incide no caso de mora da Fazenda Pública.*

Senhor Procurador-Chefe,

#### ASSUNTO

Cuida-se do Recurso Especial nº 1.795.982/SP, interposto por Expresso Itamarati S.A. em face de Zilda Neves da Silva Ferreira. Em essência, o apelo especial trata da interpretação do art. 406 do Código Civil, segundo o qual: “Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. Discute-se, pois, se o aludido dispositivo se refere ou não à taxa Selic e à possível incidência da referida taxa nas dívidas civis, especialmente quando relacionadas a reparações de danos contratuais e extracontratuais, tendo em vista os diferentes marcos iniciais dos juros moratórios e da correção monetária.

2. Segundo a recorrente, o art. 406 do Código Civil (CC) impõe que os juros moratórios nas verbas indenizatórias devem ser calculados com base na chamada Taxa Selic (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia), sem cumulação com nenhum outro índice de correção.

3. O referido recurso especial foi admitido na origem, e o feito foi a julgamento em Sessão da Quarta Turma, no dia 15 de dezembro de 2020. Na ocasião, após o voto do Ministro Relator Luís Felipe Salomão, para negar provimento ao recurso, o Ministro Raul Araújo pediu vista sob fundamento da relevância do debate. Na sequência, esse REsp nº 1.795.982/SP foi afetado à Corte Especial, sendo oportuno o estado em que se encontra o processo para se ampliar o debate processual e se analisar a pertinência temática do caso sob o ponto de vista do Banco Central do Brasil (BCB), para fins de manifestação como *amicus curiae*, objetivo do presente pronunciamento.

4. A afetação do referido recurso importou no sobrestamento do Recurso Especial nº 1.081.149/RS, o qual igualmente discute a interpretação do art. 406 do Código Civil e se encontra sobrestado na Quarta Turma, para aguardar o julgamento do recurso especial em análise. No voto proferido na sessão em que se iniciou o julgamento deste último recurso, o Ministro Relator, Luís Felipe Salomão, delimita o objeto da contribuição que se pretende obter pelo *amicus curiae* na questão *sub judice*:

“Nos termos do § 2º do artigo 138 do CPC de 2015, busca-se a elucidação de questões fático-jurídicas concernentes à natureza jurídica da Taxa Selic e incidência ou não nas dívidas civis, especialmente quando relacionadas a reparações de danos contratuais e extracontratuais, os elementos que a compõem, os critérios para sua fixação, o histórico mensal da taxa, entre outros pontos relevantes para o deslinde da controvérsia posta nos autos.” (destaques acrescidos)

5. Feito o relato, passa-se ao exame da matéria.

## APRECIÇÃO

### II. Legitimidade do Banco Central para atuar como *amicus curiae*

6. Como será adiante detalhadamente explicitado, o Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) é uma infraestrutura do mercado financeiro (IMF), no âmbito do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), administrada pelo BCB, que atua como depositário central de títulos e sistema de liquidação de ativos<sup>1</sup>. Em outras palavras, é um sistema que, na forma do art. 5º da Lei nº 10.179, de 6 de fevereiro de 2001, registra, dentro dos padrões aceitos da contabilidade, os títulos da dívida pública federal de que trata a referida lei, fazendo constar de cada registro os dados intrínsecos de cada título (tais como data de emissão, valor nominal, vencimento, taxa de juros, moeda etc.) e o histórico de todas as negociações com ele realizadas (tais como a identificação de comprador, vendedor, preço, data da negociação etc.).

7. A chamada Taxa Selic é conceituada no § 1º do art. 1º do Regulamento Anexo à Resolução BCB nº 61, de 13 de janeiro de 2021<sup>2</sup>, e constitui o principal instrumento de política monetária utilizado pelo BCB para controlar a inflação. Denominada de taxa básica de juros da economia, é uma referência importante e influencia diversas taxas de juros do país, como as taxas de juros dos empréstimos, dos financiamentos e das aplicações financeiras.

8. É certo, pois, que a discussão no âmbito judicial a respeito da taxa que deve ser utilizada para o cálculo dos juros de mora nas dívidas civis envolve questões que não se resumem à mera interpretação gramatical ou literal do art. 406 do CC, mas apresenta relevante repercussão social e econômica. A taxa de juros a ser utilizada expressa o valor do dinheiro no tempo, de modo que a *quaestio juris* pode ser traduzida como uma análise acerca do custo de oportunidade dos valores arbitrados judicialmente. Qual é o custo de se aguardar o trâmite de um processo judicial no qual

<sup>1</sup> Sobre IMF e, em particular, sobre o Selic, veja as informações disponíveis no sítio eletrônico do BCB. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/sistemaselic>>. Acesso em: 23 ago. 2022.

<sup>2</sup> “A Taxa Selic é a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos públicos federais, calculada conforme metodologia estabelecida na Resolução BCB nº 46, de 24 de novembro de 2020.” Todos os atos normativos do BCB e do Conselho Monetário Nacional (CMN) estão disponíveis no sítio eletrônico do BCB. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/buscanormas>>. Acesso em: 23 ago. 2022.

há o reconhecimento do valor devido, para só ao seu final se efetuar o pagamento? Quanto custa para o devedor o tempo de resolução desse processo? E quanto vale para o credor não contar com o dinheiro neste momento, para dele dispor apenas no futuro? Qual é o custo de postergar a decisão final da causa, mediante a interposição de recursos sabidamente infundados, quando o recorrente sabe que deverá arcar com os ônus relativos aos juros durante a tramitação do processo?

9. É inegável que tal discussão tem relação com a missão do BCB de garantir a estabilidade do poder de compra da moeda, bem como de zelar por um sistema financeiro sólido e eficiente<sup>3</sup>.

10. Outrossim, há de se considerar o voto proferido pelo Ministro Relator Luís Felipe Salomão, no início do julgamento do REsp 1.081.149/RS<sup>4</sup>. Segundo o *d.* Ministro, “a taxa SELIC ... não é um espelho do mercado, mas sim o principal instrumento de política monetária utilizada pelo Banco Central no combate à inflação .... ela tem um forte componente político, como nós sabemos, não é técnico, fixada com o objetivo de interferir na inflação para o futuro e não de refletir a inflação apurada no passado.” Ao final, propõe uma retroação ao modelo originalmente disposto no CC de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro 1916), art. 1.062, ou seja, em percentual fixo referente a juros moratórios de 6% ao ano.

11. Destarte, a partir da referida manifestação, nas quais se iniciou o julgamento do REsp 1.081.149 e se decidiu sobrestar o julgamento para se aguardar a definição do tema pela Corte Especial do STJ no REsp 1.795.982, verifica-se a conveniência de o BCB, na qualidade de um dos principais condutores da política monetária, fornecer alguns conceitos técnicos a fim de se extirpar, com a vênua necessária, alguma imprecisão, como a menção de que a taxa Selic não seria um “*espelho do mercado monetário*”, bem como a presunção de que a política monetária realizada pelo BCB “*tem um forte componente político*”. Além disso, persiste a crença de que, mesmo sob o ponto de vista econômico, os juros moratórios e a correção monetária devem ser aplicados em momentos distintos.

12. O cerne da atuação desta Autarquia, que não pretende defender direito próprio, é, portanto, trazer ao processo exame técnico sobre as questões debatidas, de modo a contribuir para a decisão a ser proferida.

13. Assim, a teor do disposto no art. 138 do Código de Processo Civil (CPC)<sup>5</sup>, entende-se que o BCB possui representatividade adequada para atuar no feito na qualidade de *amicus curiae*, sendo tal intervenção necessária e pertinente ao deslinde da controvérsia.

14. Cabe anotar, ao fim deste tópico, que o Ministro Luís Felipe Salomão, nos autos deste REsp 1.795.982, já indeferiu o ingresso de *amicus curiae*, ao fundamento de que a intervenção deve ser pleiteada até a inclusão ou a liberação do feito para a pauta de julgamento.<sup>6</sup>

3 Lei Complementar nº 179, de 24 de fevereiro de 2021, cujo art. 1º estabelece que: “[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.”

4 As referências ao voto do Ministro Luiz Felipe Salomão são às transcrições da sessão da 4ª turma do STJ nos dias 3 e 17 de novembro de 2020.

5 “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.”

6 Decisão proferida em 4 jun. 2021, DJ

15. Não obstante as razões invocadas pelo ilustre relator, convém ponderar ao menos dois pontos: (i) o feito após a decisão foi excluído da pauta de julgamento da colenda 4<sup>a</sup> Turma para a Corte Especial, fato que permitiria se falar na reabertura da oportunidade para requerer o ingresso na condição de *amicus curiae*; (ii) há precedente do STF no qual se admite, excepcionalmente, a intervenção após o início do julgamento, “*diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa.*”<sup>7</sup>

16. Ademais, ainda que não se queira admitir a participação do BCB na qualidade de *amicus curiae* com assento no art. 138 do CPC, poderá ser admitida a presente manifestação para sua juntada “por linha”, que poderá auxiliar a Corte na apreciação da demanda.

## II. A Taxa Selic como instrumento da política monetária e a autonomia do Banco Central na sua definição

17. Inicialmente, importante destacar os aspectos legais e funcionais que permeiam a definição da política monetária pelo BCB por meio do regime de metas para a inflação, com o objetivo pontual de sanar o ponto controverso, verificado na discussão judicial em referência, quanto à suposição de que a fixação da meta da Taxa Selic, bem como a definição da política monetária nacional, teria “*viés puramente político*” e que a taxa Selic não seria um “*espelho do mercado monetário*”.

18. Nos termos do art. 1<sup>o</sup> da Lei Complementar (LC) n<sup>o</sup> 179, de 24 de fevereiro de 2021, o principal objetivo do BCB é assegurar a estabilidade de preços. Nada obstante tal objetivo tenha sido recentemente positivado, desde 1999, o Brasil adota o regime de metas para a inflação<sup>8</sup>. Nesse sistema, a meta para a inflação é anunciada publicamente e funciona como uma âncora para as expectativas dos agentes sobre a inflação futura, permitindo que desvios da inflação em relação à meta sejam corrigidos ao longo do tempo. No Brasil, a meta para a inflação, assim como o intervalo de tolerância, é definida pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e cabe ao BCB adotar as medidas necessárias para alcançá-la<sup>9</sup>.

19. Em termos gerais, o regime de metas para a inflação envolve a autonomia do Banco Central na adoção das medidas necessárias para o cumprimento da meta. Dessa forma, desde a adoção desse regime, o Banco Central conta com autonomia operacional, para que possa gerir a política monetária. Em fevereiro de 2021, a autonomia “*de fato*” foi reforçada com a aprovação da LC n<sup>o</sup> 179, de 2021, que define os objetivos do BCB e dispõe sobre sua autonomia e sobre a nomeação e a exoneração de seu Presidente e de seus Diretores.

20. Dessa maneira, o conjunto de ações que o BCB realiza para atingir a meta de inflação definida pelo CMN é um dos aspectos de sua política monetária e o seu principal instrumento é a definição da meta da Taxa Selic.

<sup>7</sup> STF, ADI n<sup>o</sup> 4.395, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25 set. 2014, DJe 1<sup>o</sup> out. 2014.

<sup>8</sup> Fixado pelo Decreto n<sup>o</sup> 3.088, de 21 de junho de 1999, o qual estabelece a sistemática de “metas para a inflação” como diretriz para fixação do regime de política monetária e dá outras providências.

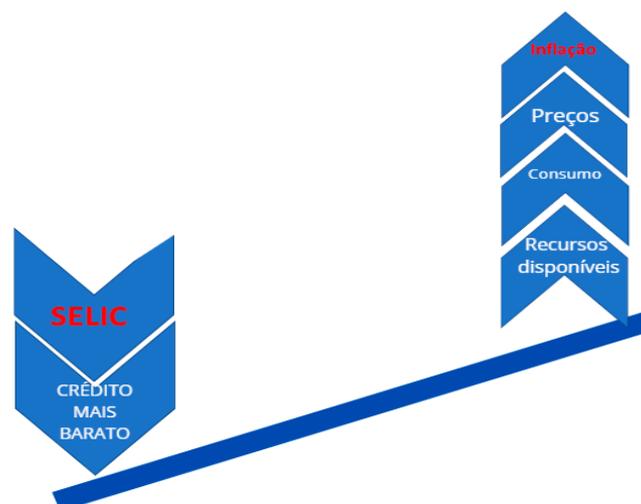
<sup>9</sup> Art. 2<sup>o</sup> da LC n<sup>o</sup> 179, de 2021: “Art. 2<sup>o</sup> As metas de política monetária serão estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, competindo privativamente ao Banco Central do Brasil conduzir a política monetária necessária para cumprimento das metas estabelecidas”.  
Legislação anterior: Art. 10, inciso XII, da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964: “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: (...) XII - efetuar, como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais”.

21. A Taxa Selic é denominada de taxa básica de juros da economia por ser a principal referência e influenciar diversas taxas de juros do país, como as taxas de juros dos empréstimos, dos financiamentos e das aplicações financeiras.

22. O Comitê de Política Monetária (Copom) é o órgão do BCB, formado pelo seu Presidente e Diretores, que define, a cada 45 dias, a meta da taxa básica de juros da economia, em reuniões que ocorrem em dois dias seguidos. Os membros do Copom assistem a apresentações técnicas do corpo funcional do BCB, que tratam da evolução e perspectivas das economias brasileira e mundial, das condições de liquidez e do comportamento dos mercados. Assim, o Comitê utiliza amplo conjunto de informações para embasar sua decisão. A tarde do segundo dia de reuniões é reservada para a discussão da decisão entre os membros.

23. A decisão é tomada com base na avaliação do cenário macroeconômico e dos principais riscos a ele associados. Todos os membros do Copom presentes na reunião votam e seus votos são divulgados ao público. As decisões do Copom são tomadas buscando alinhar a inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) com a meta definida pelo CMN, e são divulgadas logo após o término da reunião e após o fechamento dos mercados domésticos, por meio de Comunicado divulgado por meio do sítio eletrônico da Autarquia.<sup>10</sup> Na semana seguinte à realização da reunião, publica-se a correspondente Ata, mediante a qual as razões para a tomada de decisão são expostas de forma analítica, contando com a lista de todos os presentes, inclusive dos servidores responsáveis pelas apresentações técnicas.<sup>11</sup>

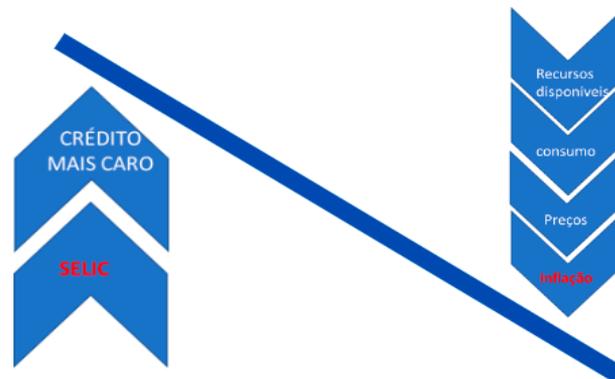
24. Em resumo, se o Copom decide abaixar a meta da Taxa Selic, a expectativa é que o crédito fique mais barato, bem como que haja aumento dos recursos líquidos disponíveis em mercado e aumento do consumo. Se o consumo aumenta, a expectativa é que o preço dos produtos aumente e, por fim, a inflação também aumente.



<sup>10</sup> Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/comunicadoscopom>>. Acesso em 25 ago. 2022.

<sup>11</sup> Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/publicacoes/atascopom>>. Acesso em: 25 ago. 2022.

25. O contrário também se aplica. Com o aumento da Selic, o crédito fica mais caro; os recursos líquidos disponíveis em mercado diminuem, assim como o consumo. Com a redução do consumo, há expectativa da diminuição dos preços e da inflação.



26. Assim, a decisão sobre o aumento, a manutenção ou a diminuição da meta da Taxa Selic é feita com base em discussão técnica, com vistas ao cumprimento do mandato legalmente atribuído ao BCB. De fato, um dos maiores benefícios da lei que consolidou a autonomia técnica e operacional do BCB é a desvinculação entre o ciclo monetário e o ciclo político. A defasagem entre a tomada de decisão quanto à meta da taxa básica de juros e a produção de seus efeitos nos indicadores econômicos é de longo prazo, sendo essa, precisamente, uma das razões para se evitar a interferência de considerações motivadas pelo ciclo político e eleitoral (de curto prazo) na deliberação do Copom, de natureza técnica, objetiva e imparcial.

27. Ademais, de acordo com art. 4º da LC nº 179, de 2021, os mandatos dos diretores e presidente do BCB são de quatro anos, ocorrendo sua nomeação em momentos diferentes do mandato presidencial. Isso reforça a autonomia operacional do BCB para conduzir a política monetária necessária para atingir a meta definida pelo CMN, pois afasta o risco de sofrer com demissões *ad nutum* por eventual insatisfação do chefe do Poder Executivo.

28. Para entender a dinâmica da Taxa Selic, importa destacar o funcionamento do sistema Selic. Como já dito, é uma infraestrutura do mercado financeiro administrada pelo BCB, que atua como depositário central de títulos públicos e sistema de liquidação de ativos. O sistema Selic é o depositário central dos títulos de emissão do Tesouro Nacional de que trata a Lei nº 10.179, de 2001, nele se efetuando o registro e a liquidação das operações com esses títulos.

29. Além do BCB e do Tesouro Nacional, devem ser participantes diretos do sistema, caso realizem ou propiciem operações com títulos públicos federais, bancos, caixas econômicas, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários, demais instituições financeiras.

30. Todos os dias úteis, o BCB compra e vende títulos públicos com o fim de manter a Taxa Selic diária<sup>12</sup> próxima à meta fixada pelo Copom. Com efeito, a Resolução BCB nº 46, de 24 de novembro de 2020, estabelece critério específico de cálculo e a divulgação da Taxa Selic<sup>13</sup>.

31. Consoante se verifica, mostra-se desarrazoada a suposição de que a definição da Taxa Selic, bem como a definição da política monetária nacional teria um viés puramente político. Na verdade, a fixação da meta da Taxa Selic, bem como as ações do BCB para atingi-la constituem um objetivo técnico, bem definido em seus normativos e em consonância com sua autonomia operacional, já existente de fato, e recentemente positivada na LC nº 179, de 2021.

### III. A adoção da taxa Selic para os juros de mora nas dívidas civis possui fundamento constitucional e está atrelada ao Princípio da Legalidade

32. O art. 1.062 do revogado Código Civil de 1916 dispunha: “A taxa de juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6% (seis por cento) ao ano.” Com o advento do Código Civil de 2002 (CC), a matéria passou a ser regulada pelo art. 406, que estabelece: “Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos a Fazenda Nacional.”

33. Duas correntes emergiram com relação à taxa a que se refere o aludido artigo. A primeira defende a aplicação do art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional (CTN)<sup>14</sup>, que estabelece a taxa de juros de mora no patamar de 1% ao mês, se lei específica não dispuser de modo diverso. A segunda corrente, por sua vez, entende que a taxa dos juros moratórios a que alude o art. 406 do CC é a taxa Selic, por ser ela a que, de fato, incide como juros moratórios dos tributos federais, a teor do art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995; do art. 84, inciso I, da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995; do art. 39, § 4º, da Lei 9.250, de 26 de dezembro de 1995; do art. 5º, § 3º, e art. 61, § 3º, ambos da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e do art. 30 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

34. Com base nos referidos dispositivos, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, consolidou entendimento, no julgamento dos Embargos de Divergência (EREsp) nº 727.842, no sentido de que:

12 O valor diário da Taxa Selic pode ser consultado no sítio eletrônico do BCB. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/selicdadosdiarios>>. Acesso em: 25 ago. 2022. Assim, no dia 25 de agosto foi possível apurar que a taxa anual efetiva foi de 13,65%, sendo a meta fixada em 13,75%, conforme reunião finalizada em 3 ago. 2022. Essa taxa é calculada para a data de referência expressa sob a forma anual, considerando a convenção de 252 dias úteis, com duas casas decimais.

13 “Art. 2º A Taxa Selic, expressa sob a forma anual, em termos percentuais, considerando a convenção de 252 (duzentos e cinquenta e dois) dias úteis, com duas casas decimais, é calculada de acordo com a seguinte fórmula:

$$\text{Taxa Selic} = \left\{ \left[ \frac{\left( \sum_{j=1}^n R_j \right)^{252}}{\left( \sum_{j=1}^n I_j \right)} - 1 \right] \times 100 \right\} \% \text{ a. a., em que: } \dots$$

Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/buscanormas>>. Acesso em: 23 ago. 2022.

14 “Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. § 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.”

*“A taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02)”.*<sup>15</sup>

35. No referido julgamento, com o fito de refutar a corrente doutrinária e jurisprudencial que defendia a aplicação do art. 161, § 1º do CTN, o Ministro Castro Meira fez a seguinte observação:

*“se o Código Civil se referisse aos juros aplicados em matéria tributária, seria viável o reconhecimento da aplicação da norma do Código Tributário Nacional, mas, quando refere-se explicitamente à Fazenda Nacional, temos norma que estabelece claramente que esses juros são devidos na forma da chamada taxa Selic.”*

36. A adoção da Taxa Selic no caso, portanto, está fundamentada no princípio da legalidade. Com efeito, o art. 13 da Lei nº 9.065, de 1995, fazendo referência ao art. 84 da Lei nº 8.981, de 1995, estabeleceu que, nos casos de mora no pagamento de tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, serão acrescidos juros equivalentes à taxa referencial Selic. Ademais, como já indicado, a utilização da Taxa Selic como juros de mora em matéria tributária foi confirmada em outras normas, tais como o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250, de 1995 (repetição ou compensação de tributos), art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, e art. 30 da Lei nº 10.522 de 2002.

37. Outrossim, o entendimento adotado nos Embargos de Divergência acima mencionados também está fundado em precedente anterior da Primeira Seção (AgRg nos EREsp nº 579565/SC), no sentido da legitimidade da aplicação da Taxa Selic sobre os créditos do contribuinte, em sede de compensação ou restituição de tributos, bem como, por razões de isonomia, sobre os débitos com a Fazenda Nacional.<sup>16</sup>

38. Não bastassem tais argumentos, em 9 de dezembro de 2021, foi promulgada a Emenda Constitucional (EC) nº 113, que trouxe em seu art. 3º tratamento acerca de juros e correção monetária das discussões e condenações que envolvam a Fazenda Pública, dispondo expressamente que a taxa referencial do sistema Selic deve ser utilizada para fins de correção monetária, juros compensatórios e remuneratórios para todas as obrigações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza:

*“Art. 3º Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente.”*  
(destaques acrescidos)

39. A referida emenda entrou em vigor na data de sua publicação (art. 7º da EC nº 113, de 2021). Assim, não há mais dúvidas: se o art. 406 do CC determina expressamente que a taxa de juros de mora para os débitos de natureza civil será a equivalente aos dos débitos da Fazenda Pública, e a

<sup>15</sup> EREsp n. 727.842/SP, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 8/9/2008, DJe de 20/11/2008.

<sup>16</sup> AgRg nos EREsp nº 579565/SC, 1ª Seção, Min. Humberto Martins, DJ de 11.9.2006; e EREsp nº 623822/PR, 1ª Seção, Min. Teori Zavascki, DJ de 12.9.2005

EC nº 113, de 2021, dispôs expressamente ser a Selic a taxa a ser utilizada para esse fim, não subsiste autorização no ordenamento jurídico para outras interpretações do art. 406 CC, com aplicação dos juros de 1% ao mês, nos termos do CTN, ou mesmo aplicar a taxa de juros de 6% ao ano – entendimento esse que, com a devida vênia, pareceria implicar indevida “represtinação” do Código Civil de 1916, revogado há vinte anos.

40. Assim, roga-se licença para ponderar que os argumentos pela não adoção da Taxa Selic, no sentido de que esta “*não se apresenta como critério seguro, transparente ou de fácil compreensão que possa ser aplicável às obrigações civis*”, ou que a “*Selic tem natureza remuneratória, não servindo como taxa de juros moratórios, especialmente porque engloba juros e correção monetária*”, ou, ainda, que “*seria incoerente que o CC, ao regular a taxa de juros legais - ou seja, aquela aplicável por determinação de lei -, deixasse ao encargo da autoridade administrativa (COPOM) a sua fixação*”, parecem ser destituídos de fundamento, consoante o demonstrado ao longo deste parecer, além de serem inconstitucionais, pois visam a afastar escolha legislativa<sup>17</sup>, confirmada, atualmente, em nível constitucional pelo Poder Constituinte derivado.

41. Como é cediço, não cabe ao Poder Judiciário analisar critérios de justiça ou adequação com relação às determinações e às escolhas legislativas.

42. Ademais, o entendimento no sentido de que a taxa de juros para as dívidas civis deve observar o CTN parte do pressuposto de que o art. 406 do CC seria inconstitucional, uma vez que foi editado antes da revogação, pela EC nº 40, de 29 de maio de 2003, do § 3º do art. 192 da Constituição, o qual dispunha que as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% ao ano. Entretanto, conforme o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4/DF, a expressão “*juros reais*” contida no (ora revogado) § 3º do art. 192 da Constituição era de eficácia limitada, não havendo que se falar, portanto, em inconstitucionalidade pela inobservância da antiga vedação constitucional à previsão de juros reais superiores a 12% ao ano.<sup>18</sup>

43. O argumento pela aplicação do CTN, enfim, fica prejudicado pela simples leitura do dispositivo invocado. Isso porque o § 1º de seu art. 161 preceitua que a taxa de juros será de 1%, “*se a lei não dispuser de modo diverso*”, caracterizando-se como norma de aplicação supletiva, que pode ser afastada por lei específica que dispuser em outro sentido. No caso, desde o advento do CC de 2002, norma posterior ao CTN, há determinação legal específica de utilização do índice para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional para as dívidas civis e, atualmente, a própria Constituição Federal extirpa qualquer dúvida, impondo que, em todas as condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, haverá a incidência da Taxa Selic.

44. Destarte, não merece prosperar qualquer discussão acerca da conveniência do índice a ser utilizado nas dívidas civis, uma vez que se trata de expressa opção legislativa, confirmada em sede constitucional. Desde o advento do CC, de 2002, há de se observar o que está literalmente exposto

<sup>17</sup> Tais argumentos foram levantados no voto vencido da Ministra Relatora Denise Arruda, no julgamento do REsp n. 710.385/RJ, relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/11/2006, DJ de 14/12/2006, p. 255.

<sup>18</sup> ADI nº 4, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 7/3/1991, DJ 25-6-1993.

no art. 406, no sentido de utilização da taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos a Fazenda Nacional, o qual já estava definido na lei ordinária<sup>19</sup> e, atualmente, em nível constitucional, remindo qualquer dúvida acerca da aplicação da Selic nas dívidas a que se refere a legislação civil invocada.

#### IV. A Segurança Jurídica e a Jurisprudência consolidada sobre a interpretação do art. 406 do CC

45. O entendimento de que a taxa a que se refere o art. 406 do CC é a Taxa Selic é há muito adotado e reforçado pela jurisprudência do STF e do STJ. Como mencionado alhures, a questão foi inicialmente enfrentada pelo STJ no julgamento do EREsp 727.842<sup>20</sup>, em 2008, ocasião em que se concluiu pela incidência da Taxa Selic quanto aos juros de mora para as dívidas civis, por ser a taxa que incide como juros moratórios dos tributos federais.

46. Posteriormente, com a introdução da sistemática dos Recursos Especiais Repetitivos<sup>21</sup>, diversos recursos representativos trataram de assuntos relacionados aos juros de mora previstos no art. 406 do CC. Em todas as oportunidades, o STJ reforçou a interpretação de que a taxa a que alude o Código Civil é a Taxa Selic, dado que esta é a taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

47. Em 2009, no julgamento do Tema 99 dos recursos repetitivos, questionou-se a incidência da Taxa Selic a título de juros de mora na atualização da conta vinculada do FGTS (fundo de garantia por tempo de serviço). Na ocasião, o STJ concluiu que, “a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC/2002] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC”, que “não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária”:

*“Relativamente aos juros moratórios a que está sujeita a CEF – por não ter efetuado, no devido tempo e pelo índice correto, os créditos de correção monetária das contas vinculadas do FGTS -, seu cálculo deve observar, à falta de norma específica, a taxa legal, antes prevista no art. 1062 do Código Civil de 1916 e agora no art. 406 do Código Civil de 2002. (...) ‘atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC/2002] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC’, que ‘não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária’.” (REsp n. 1.102.552/CE, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 25/3/2009, DJe de 6/4/2009, destaques acrescidos.)*

48. No mesmo ano, no julgamento do Tema 112 dos recursos repetitivos, discutiu-se a aplicação da Taxa Selic para apuração de correção monetária e juros nas ações para pleitear juros progressivos nas contas vinculadas do FGTS. Na oportunidade, a Primeira Seção do STJ reafirmou que “a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 do CC/2002 é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.”<sup>22</sup>

19 Referimo-nos aqui ao art. 13 da Lei nº 9.065, 1995, ao art. 84 da Lei nº 8.981, de 1995, ao art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250, de 1995, ao art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996 e ao art. 30 da Lei nº 10.522, de 2002.

20 EREsp n. 727.842/SP, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 8/9/2008, DJe de 20/11/2008.

21 A Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008 introduziu o art. 543-C, no Código de Processo Civil, de 1973, com o fito de instituir o julgamento uniforme de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

22 REsp n. 1.110.547/PE, relator Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 22/4/2009, DJe de 4/5/2009.

49. Ainda em 2009, no julgamento do Tema 199 dos repetitivos, reafirmou-se tese no sentido de que: “A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de Lei Estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais.”<sup>23</sup>

50. O STF também enfrentou a questão em diversos momentos.

51. Em 2014, no julgamento das ADIs nº 4.357/DF e nº 4.425/DF, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade parcial do §12 do art. 100 da Constituição Federal, incluído pela EC nº 62, de 9 de dezembro de 2009, por entender, dentre outras questões, que a quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), no que diz respeito às relações jurídico-tributárias, os quais devem seguir os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública remunera o seu crédito, tendo-se, pois consignado se tratar da Taxa Selic, à guisa de juros moratórios.<sup>24</sup>

52. A mesma questão foi enfrentada em 2017, no julgamento do RE (recurso extraordinário) nº 870.947-SE, submetido ao regime da repercussão geral (Tema 810), com a alegação de inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494, 10 de setembro de 1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, com redação idêntica à do art. 100, §12, da Constituição Federal. Na ocasião, o STF ressaltou que, “*considerando que a taxa SELIC, utilizada pela Fazenda para a cobrança de dívida tributária, é sempre superior ao índice da poupança*”, há violação à isonomia e à equidade no tratamento das dívidas de mesma natureza entre Estado e particulares.<sup>25</sup>

53. Adequando-se ao entendimento da Suprema Corte, o STJ, em 2018, no julgamento do Tema 905 do Repetitivos, discutiu a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 1997, com redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora. No que se refere especificamente à taxa dos juros moratórios, o STJ, na linha que o STF já havia decidido, afastou a incidência dos índices de remuneração básica da caderneta de poupança, previstos na referida Lei, justamente pela incidência da Selic, como juros moratórios dos tributos federais, confirmando-se, na ocasião, expressamente o precedente firmado no EREsp nº 727.842-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 20/11/2008<sup>26</sup>, acima mencionado.

54. Em 2021, o STF conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 879, §7º, e ao art. 899, §4º, ambos da CLT, na redação dada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, definindo que, até que sobrevenha solução legislativa, deverão ser aplicados à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral, determinando expressamente e com alusão ao art. 406 do CC a incidência da Taxa

23 REsp n. 879.844/MG, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 11/11/2009, DJe de 25/11/2009.

24 ADI nº 4357, Relator(a): AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09-2014 PUBLIC 26-09-2014.

25 RE nº 870947, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-262 DIVULG 17-11-2017 PUBLIC 20-11-2017

26 REsp nº 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018 (Tema 905)

Selic, na fase pré-judicial e a partir do ajuizamento da ação trabalhista. Há que se frisar que o acórdão tem efeito vinculante, dado que foi proferido no julgamento conjunto das ADIs nº 5.867, nº 6.021, e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 58 e nº 59, *in verbis*:

*“Confere-se interpretação conforme à Constituição ao art. 879, §7º, e ao art. 899, §4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467, de 2017, definindo-se que, até que sobrevenha solução legislativa, deverão ser aplicados à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral (art. 406 do Código Civil), à exceção das dívidas da Fazenda Pública que possui regramento específico (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009), com a exegese conferida por esta Corte na ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e no RE 870.947-RG (tema 810). (...)*

*Em relação à fase judicial, a atualização dos débitos judiciais deve ser efetuada pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, considerando que ela incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95; 84 da Lei 8.981/95; 39, § 4º, da Lei 9.250/95; 61, § 3º, da Lei 9.430/96; e 30 da Lei 10.522/02). A incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria *bis in idem*.”*

(ADC 58, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06-04-2021 PUBLIC 07-04-2021)

55. Enfim, já em 2022, no julgamento do Tema de Repercussão Geral 1.191, a Suprema Corte, haja vista a interpretação conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) aos julgados proferidos pelo STF nas ações diretas acima mencionadas (ADIs nº 4.357 e nº 4.425), reforçou a inconstitucionalidade da utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de atualização dos débitos trabalhistas, fazendo alusão a que devem ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam: *“a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil)”*.<sup>27</sup>

56. Consoante se observa, há mais de dez anos, há precedentes qualificados, tanto do STF quanto do STJ, que se reiteram ao longo do tempo, no sentido de que a taxa a que se refere o art. 406 do Código Civil é a Taxa Selic. A eventual modificação de tal entendimento provocará uma série de efeitos em diversas questões que desaguam na necessidade de definição da referida taxa. Há, pois, grave risco de insegurança jurídica, que pode causar prejuízo não apenas às questões judiciais, mas também para a economia como um todo, dada a instabilidade a que se verão sujeitos os agentes econômicos.

57. Dessa maneira, desde o advento do CC de 2002, a interpretação jurisprudencial que prevalece, com base no princípio da legalidade, é a de que a taxa a que se refere o art. 406 do Código Civil é a Taxa Selic, e a única alteração na legislação pertinente foi a previsão constitucional de que, em todas as condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza,

<sup>27</sup> RE(RG) nº 1.269.353 Relator(a): MINISTRO PRESIDENTE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022.

haverá a incidência da Taxa Selic. Daí por que não se verifica, *data venia*, qualquer razoabilidade, tampouco fundamento jurídico, para a alteração do entendimento jurisprudencial acima destacado.

## V. A questão dos diferentes marcos temporais para a incidência das taxas de juros moratórios e correção monetária

58. Outro argumento contrário à utilização da Selic como taxa de juros de mora para as dívidas civis é a existência de diferentes marcos temporais iniciais para a incidência das taxas de juros moratórios (data do evento danoso) e correção monetária (data da fixação do valor indenizatório).

59. Com efeito, por ser a Taxa Selic uma taxa nominal com características específicas, ou seja, uma taxa de juros que incorpora a expectativa de inflação futura, a distinção entre os marcos temporais de fluência dos juros moratórios e da atualização monetária apresenta-se como aparente problema na operacionalização dos valores envolvidos. A dificuldade reside na impossibilidade de segregar a Taxa Selic, para extrair dela apenas o componente dos juros.

60. Considera-se, assim, o seguinte cenário: na responsabilidade extracontratual, incidem juros moratórios desde o evento danoso (cf. Súmula 54 do STJ) e correção monetária desde a data do arbitramento (cf. Súmula 362 do STJ). Na responsabilidade contratual, os juros moratórios fluem segundo as regras ordinárias de constituição da mora: (i) a partir do vencimento, sendo a mora “*ex re*”; e (ii) a partir da notificação ou citação, sendo a mora “*ex persona*”. Todavia, o prazo da atualização monetária difere se o dano é material ou moral. Sendo material o dano, flui a partir do efetivo prejuízo; sendo moral, do arbitramento feito pelo Poder Judiciário (cf. Súmula 362 do STJ).

61. Entretanto, consoante se consignou desde o primeiro precedente<sup>28</sup> sobre o assunto, apesar de a Selic englobar juros moratórios e correção monetária, “*não se verifica bis in idem, pois sua aplicação é condicionada à não-incidência de quaisquer outros índices de atualização*”, até o último precedente firmado pelo STF no julgamento conjuntos das ADIs nº 5.867 e nº 6.021, e das ADCs nº 58 e nº 59<sup>29</sup>, quando se consignou:

*“A taxa SELIC, em sua essência, já compreende juros de mora e correção monetária. Por tal razão, a sua incidência, a título de juros de mora, implica seja afastada a incidência do IPCA-E (ou qualquer outro índice de correção monetária) no que se refere ao período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei n. 11.960/2009”* (destaques acrescidos.)

62. Tal critério tem sido utilizado em diversas decisões do STJ, inclusive, no caso de responsabilidade extracontratual. Um exemplo encontra-se em hipótese na qual o valor da indenização foi arbitrado após a entrada em vigor do CC de 2002, i.e., janeiro de 2003, caso em que, nos termos do art. 406, entendeu-se que o referido valor deveria sofrer acréscimo dos juros moratórios pela Taxa Selic após a data do arbitramento, sem a adição da correção monetária pelos índices oficiais:

28 EREsp nº 727.842/SP, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 8/9/2008, DJe de 20/11/2008.

29 ADC nº 58, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-063 DIVULG 06-04-2021 PUBLIC 07-04-2021

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA N. 362/STJ. JUROS DE MORA. SÚMULA N. 54/STJ. TAXA SELIC.

1. Os embargos de declaração somente são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou erro material, consoante dispõe o art. 535, I e II, do CPC.
2. O termo inicial da correção monetária incidente sobre a indenização por danos morais é a data do seu arbitramento, consoante dispõe a Súmula n. 362/STJ: ‘A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.’
3. Os juros moratórios, em se tratando de responsabilidade extracontratual, incidem desde a data do evento danoso, na forma da Súmula n. 54/STJ: ‘Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.’
4. As condenações posteriores à entrada em vigor do Código Civil de 2002 devem observar a aplicação da Taxa Selic, que é composta de juros moratórios e correção monetária.
5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos, para sanar a omissão nos moldes acima delineados, mantendo incólume o acórdão embargado (e-STJ fls. 306/310).”

(EDcl no AgRg no AREsp n. 109.928/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 21/3/2013, DJe de 1/4/2013, destaques acrescidos.)

63. A mesma solução foi adotada em diversos casos. A título exemplificativo, podem ser citados os acórdãos proferidos nos seguintes recursos: REsp nº 1.658.079/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 06/03/2018, DJe 13/3/2018, EDcl no AgRg no AREsp nº 245.218/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 3ª Turma, j. 19/9/2013, DJe 30/9/2013, EDcl no AgRg no AREsp nº 109.928/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. 21/3/2013, DJe 01/04/2013, REsp nº 933.067/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 07/12/2010, DJe 17/12/2010 e no EDcl no REsp nº 1.077.077/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 26/5/2009, DJe 5/6/2009.

64. Como mencionado, a discussão acerca da taxa que deve ser utilizada no caso de condenações em dano moral traduz-se na análise do *custo de oportunidade* dos valores arbitrados; a taxa a ser utilizada expressa o valor do dinheiro no tempo. Tais conceitos iniciais são importantes para se diferenciarem juros nominais e juros reais. Os valores dos juros nominais já são conhecidos. Por sua vez, os juros reais não existem por si, seu cálculo demanda tomar um indicador de juros nominais e dele abater o componente de atualização monetária: IPCA, IGPM, IPC, entre outros. Desta forma, já se verifica que não há sentido econômico para aplicação em momentos distintos de juros e correção monetária, tendo em vista que ambos são aspectos da indisponibilidade do numerário ao agente no momento presente.

65. Destarte, com a devida licença, a problemática apresentada, no sentido de que uma “*taxa nominal*” não deve ser usada para juros moratórios, mostra-se infundada, tanto sob o aspecto prático, uma vez que os próprios tribunais vêm aplicando solução adequada, quanto sob o ponto de vista econômico, uma vez que sob esse viés, não há sentido para aplicação em momentos distintos de juros e correção monetária.

## VI - A decisão sob a ótica da Análise Econômica do Direito

66. A Taxa Selic é denominada de taxa básica da economia não sem motivos: ela respalda as demais taxas praticadas pelos agentes financeiros. Por exemplo, as taxas Selic e DI<sup>30</sup> costumam caminhar juntas. Para o que importa para o presente caso, insta salientar que elas são as taxas referenciais para a maioria dos investimentos de renda fixa, ou seja, em que o investidor já sabe o percentual de remuneração ao final do investimento.

67. Os investimentos seguem, então, o referencial de mercado, em resposta às medidas macroeconômicas delineadas pelo BCB. Ao fixar a taxa em 1% ao mês para remunerar condenações judiciais, ocorre o descasamento da taxa com o mercado e um incentivo à litigância, que pode ser bem compreendido sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED). Senão vejamos.

68. Cumpre, inicialmente, trazer breves considerações do professor Ivo Gico Jr., que bem conceituam a análise econômica do direito:

*“O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente em relação às suas consequências.”<sup>31</sup>*

69. Trazendo a AED para o âmbito do processo civil, o professor Ivo Gico Junior, faz a diferenciação entre a Teoria Geral do Processo (TGP) e a Teoria Positiva do Processo (TPP):

*“A TGP está focada na identificação dos conceitos e categorias comuns a todas as áreas do processo enquanto a TPP está orientada à compreensão do fenômeno no mundo dos fatos, da conduta, do comportamento das partes durante o curso do litígio em função das regras jurídicas.*

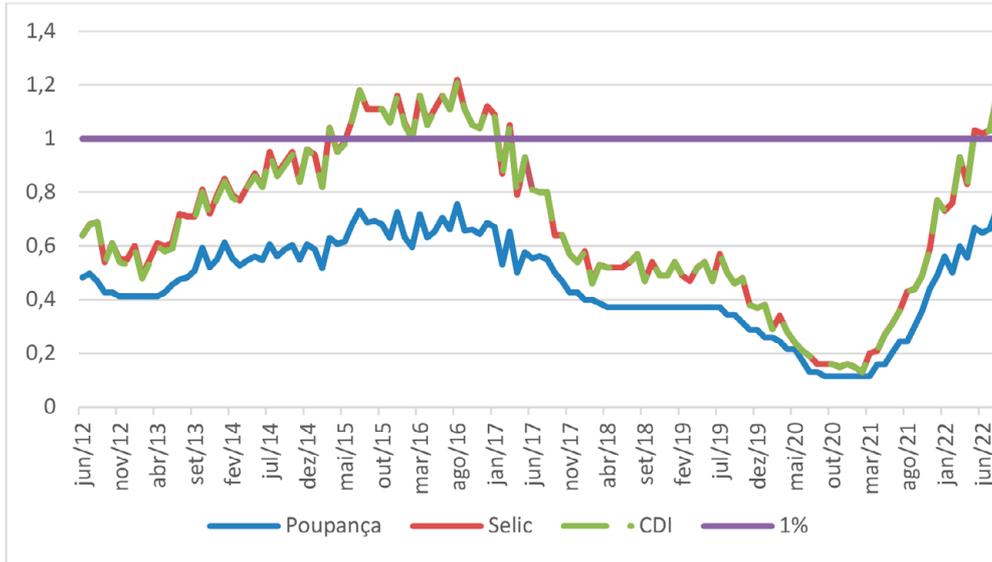
*Enquanto a TGP se pergunta quais são os elementos essenciais comuns a todas as áreas do processo, a TPP se pergunta como os agentes envolvidos se comportam no processo e, portanto, as consequências sociais desta ou daquela regra jurídica.”<sup>32</sup>*

<sup>30</sup> Segundo o Banco Central considera-se a taxa DI: “Média das taxas de juros praticadas nas operações de troca de recursos via depósitos interfinanceiros (DI) com prazo de um dia útil e que não envolvam instituições financeiras do mesmo grupo. Essa taxa é calculada e divulgada pela Cetip”. Fonte: <https://www.bcb.gov.br/acesoinformacao/glossario>

<sup>31</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. In: TIM, Luciano Benetti. (org.) **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 1. Sobre o tema, veja-se, ainda, a definição de Vasco Rodrigues: “A Análise Econômica do Direito consiste, como a designação sugere, na aplicação dos princípios da análise econômica aos problemas do direito. A análise econômica assume que os seres humanos são racionais e reagem aos incentivos a que estão sujeitos. A lei é um dos vários sistemas de incentivo a que estão sujeitos: quando a lei muda, os comportamentos mudam. Planejar alterações no enquadramento legislativo ignorando este facto pode produzir consequências inesperadas: o aumento de uma taxa de imposto pode levar a um aumento da fuga ao fisco e resultar numa menor cobrança de impostos; a imposição da obrigatoriedade do uso do cinto de condução pode levar os condutores a sentirem-se mais seguros e, por isso, a guiarem mais depressa, o que poderá resultar mais e mais graves acidentes (...) O mérito da Análise Econômica do Direito, se é que tem algum, é, em grande medida, o de levar a pensar sobre estas consequências inesperadas” RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 7.

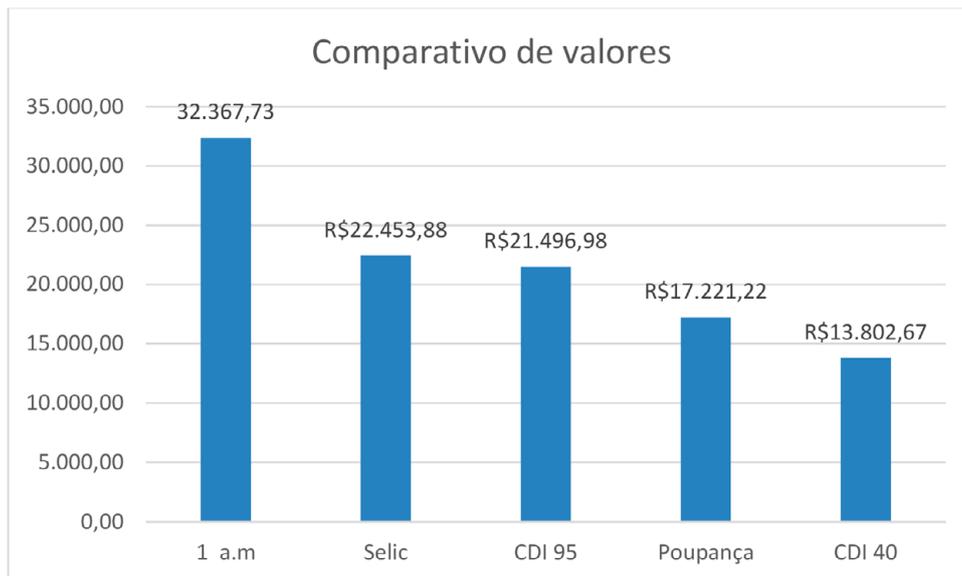
<sup>32</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. **Análise econômica do processo civil**. (recurso eletrônico) Indaiatuba: Foco. 2020. Posições 3268; 3270; 3271

70. Parte-se então da análise positiva do processo para um exercício de possíveis posturas das partes caso seja fixada uma taxa de juros de antemão. Para tanto, demonstra-se no gráfico abaixo o histórico semestral dos últimos dez anos das Taxas Selic, da poupança e do CDI, em comparativo com uma taxa fixa de 1% ao mês<sup>33</sup>:



71. O gráfico é claro: as curvas se acompanham. Nenhuma surpresa, tendo em vista que a Selic é a taxa básica da economia, como acima exposto. A taxa de 1% (curva roxa) não se modifica; em alguns momentos, encontra-se acima da Selic e, em alguns momentos, abaixo, mas completamente à revelia da dinâmica de juros do mercado.

72. O gráfico abaixo demonstra então, em um exemplo hipotético, o valor de R\$ 10 mil arbitrado em 2012 e corrigido segundo cada uma das taxas acima elucidadas:



Fonte: Calculadora do Cidadão – BCB e TJDFT – elaboração própria

33 As curvas do CDI e da Selic tiveram desempenho muito similar, pelo que estão sobrepostas.

73. Mesmo sem acrescentar a correção monetária, que incide em momentos distintos segundo a atual jurisprudência do STJ, a parte indenizada teria ganho muito maior tão-somente por não ter feito acordo e ter continuado a litigar.

74. De outro lado, se, eventualmente, a taxa fixa de juros ficar inferior às curvas de mercado, o incentivo à continuidade do litígio será para o devedor, que poderá manter os mesmos R\$ 12 mil em algum investimento mais rentável e pagar ao final do processo, já que ele teria certeza de que a remuneração está fixa em 1% ao mês.

75. A taxa de juros arbitrariamente convencionalizada passa a ser um fator a mais para ser considerado no caso de acordo. No entanto, se as partes têm conhecimento de antemão que a taxa de juros a ser paga no processo será uma taxa de mercado, esse fator tende a ser neutro na tomada de decisão, como deve ser. Nesse ponto, cumpre novamente trazer os ensinamentos do professor Ivo Gico Júnior:

*“É fácil perceber que, para cada opção, quanto maior a probabilidade de sua ocorrência, maior será o seu peso na decisão final, tanto para o lado positivo, quanto para o lado negativo.”<sup>34</sup>*

76. Ao fixar as taxas de juros em percentual fixo, além de todos os fatores que as partes devem considerar ao fazer acordo, o Poder Judiciário acrescentará mais um, sem qualquer motivação jurídica ou econômica, apto a impulsionar o ajuizamento de demandas judiciais, bem como a perpetuar as lides, em franco descompasso com os ideais de Justiça consensual e de apaziguamento célere dos conflitos que nortearam a edição do CPC de 2015<sup>35</sup>. Ao passo que, se for mantida a decisão pela utilização da taxa Selic, esse incentivo à perpetuação da litigância deixa de existir.

## VII – Divergência quanto à possibilidade de tabelamento de juros pelo poder judiciário

77. Por fim e não menos importante, caso seja mantido o entendimento de arbitramento da taxa de juros pelo Poder Judiciário, ocorrerá inegável retrocesso na jurisprudência dessa E. Corte. Senão vejamos.

78. No julgamento do REsp nº 1.061.530/RS foram fixadas cinco orientações no que tange a contratos bancários. Evidencia-se aqui a primeira orientação:

*“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. (...)”*

*ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as*

<sup>34</sup> GICO JR, Ivo. Análise econômica do processo civil. (recurso eletrônico) Indaiatuba. Foco. 2020. Posições 3268; 3270; 3271

<sup>35</sup> Neste sentido, vide art. 3º, § 2º, do CPC, ao dispor que cabe ao Estado promover, sempre que possível, a solução consensual de conflitos. Também neste desiderato de solução rápida e consensual de litígios judiciais, vide o art. 3, § 3º, art. 4º, art. 6º, todos do CPC.

disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) **É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada. art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.** (...)

(REsp n. 1.061.530/RS, relatora Ministra Nancy Andrichi, Segunda Seção, julgado em 22/10/2008, DJe de 10/3/2009.) (Grifos aditados.)

79. O julgamento em questão deixou claro que a intervenção do Judiciário na revisão da taxa de juros nos contratos bancários é medida **excepcional, que se aplica desde que caracterizada a abusividade. Cumpre ainda destacar o voto do Ministro João Otávio Noronha, vencedor no caso em questão, que bem se posicionou sobre a impossibilidade do poder judiciário de tabelar juros:**

*“É evidente que, em se tratando de juros remuneratórios, há de ser apreciada a questão da abusividade das taxas; não tenho dúvida quanto a isso. Tal análise, contudo, há de ser feita caso a caso. Data venia, não vejo como pode esta Corte tarifar ou tabelar tal encargo financeiro como forma de estabelecer um paradigma para o diagnóstico da abusividade da taxa contratada. E por que me posiciono contra o tarifamento ou tabelamento dos juros? A um, porque essa não é uma atribuição que nos é dada pela Constituição Federal. A dois, porque entendo que decisão dessa natureza acaba por penalizar ou prejudicar aquele que a lei quer proteger, ou seja, o consumidor. Os agentes econômicos têm inteligência e instrumentos suficientes para contornarem um eventual (e absurdo) tabelamento judicial dos juros. Em caso tal, a primeira consequência seria um aumento radical das taxas cobradas como forma de elevar a ‘taxa média de mercado’, o que encareceria sobremaneira o custo da moeda para os tomadores, mormente para aqueles com menor potencial negocial, como os consumidores.”*

(REsp n. 1.061.530/RS, relatora Ministra Nancy Andrichi, Voto Ministro João Otávio Noronha, Segunda Seção, julgado em 22/10/2008, DJe de 10/3/2009.) (Grifos aditados)

80. Recentemente, o tema foi revisitado no julgamento do Recurso Especial Nº 1.821.182, tendo como recorrente Crefisa S/A e, como recorrido, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Na origem, em síntese, o *Parquet* ajuizou ação coletiva de consumo contra Crefisa S/A por abusividade da taxa de juros remuneratórios utilizada em seus contratos e pediu ao final: a aplicação, em **todos** os seus contratos de empréstimo, do limite da taxa média de juros de mercado, sob pena de multa por contrato; pagamento de indenização pelos interesses difusos lesados e, ainda, publicação em jornais do Rio Grande do Sul da parte dispositiva de sentença condenatória.

81. A Quarta Turma deu provimento ao recurso especial em questão para reformar acórdão da Corte local e reconhecer a inexistência de interesse individual homogêneo a ser tutelado por ação coletiva. Isso porque não é possível afirmar, de plano, que todos os contratos da recorrente utilizavam taxa de juros abusivas:

*“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. CONTRATO BANCÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 11, 489 E 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO OCORRÊNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CARÊNCIA DE AÇÃO. SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO DO JUROS REMUNERATÓRIOS À TAXA MÉDIA DE MERCADO, ACRESCIDA DE UM QUINTO. NÃO CABIMENTO. ORIENTAÇÃO FIRMADA NO RESP N. 1.061.530/RS. ABUSIVIDADE. AFERIÇÃO EM CADA CASO CONCRETO.*

1. O acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, não se configurando omissão, contradição ou negativa de prestação jurisdicional.
  2. De acordo com a orientação adotada no julgamento do REsp. 1.061.530/RS, sob o rito do art. 543-C do CPC/73, “é admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante as peculiaridades do julgamento em concreto.”
  3. Prevaleceu o entendimento de que a taxa média de mercado apurada pelo Banco Central para cada segmento de crédito é referencial útil para o controle da abusividade, mas o simples fato de a taxa efetiva cobrada no contrato estar acima da taxa média de mercado não significa, por si só, abuso. Ao contrário, a média de mercado não pode ser considerada o limite, justamente porque é média; incorpora as menores e maiores taxas praticadas pelo mercado, em operações de diferentes níveis de risco. Foi expressamente rejeitada a possibilidade de o Poder Judiciário estabelecer aprioristicamente um teto para taxa de juros, adotando como parâmetro máximo o dobro ou qualquer outro percentual em relação à taxa média.
  4. O caráter abusivo da taxa de juros contratada haverá de ser demonstrado de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, levando-se em consideração circunstâncias como o custo da captação dos recursos no local e época do contrato; o valor e o prazo do financiamento; as fontes de renda do cliente; as garantias ofertadas; a existência de prévio relacionamento do cliente com a instituição financeira; análise do perfil de risco de crédito do tomador; a forma de pagamento da operação, entre outros aspectos.
  5. Inexistência de interesse individual homogêneo a ser tutelado por meio de ação coletiva, o que conduz à extinção do processo sem exame do mérito por inadequação da via eleita.
  6. Recurso especial provido.”
- (REsp n. 1.821.182/RS, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 23/6/2022, DJe de 29/6/2022.)

82. O julgamento em questão reafirmou a competência do poder Judiciário para rever, no caso a caso, contratos com taxas de juros abusivos. A ausência de interesse individual homogêneo impossibilita a utilização de ação coletiva. É dizer, inviabiliza o tabelamento dos juros, distanciando-o dos juros praticados no mercado.

83. De fato, o caso ora mencionado diverge do tratado ao longo do presente parecer, mas a *ratio decidendi* é a mesma: não cabe ao Judiciário o arbitramento de uma taxa média, sob pena de interferência indevida do Estado na economia e de assunção pelo Judiciário de função que não lhe foi atribuída pela Constituição Federal. Ao fixar a taxa de juros em 1%, cogita-se de inegável retrocesso e conflito com a jurisprudência já sedimentada.

## CONCLUSÃO

84. Diante do exposto, entendemos que o BCB possui legitimidade para atuar no Recurso Especial Repetitivo nº 1.795.982/SP, na condição de *amicus curiae*, porquanto preenchidos os requisitos previstos no art. 138 do CPC, sendo tal intervenção pertinente ao deslinde da controvérsia.

85. No que concerne ao mérito do recurso – interpretação do art. 406 do Código Civil, se o aludido dispositivo se refere ou não à taxa Selic e a possível incidência da referida taxa nas dívidas civis, especialmente quando relacionadas a reparações de danos contratuais e extracontratuais – entendemos que, em atenção, principalmente, ao princípio da legalidade e ao princípio da supremacia da Constituição, há de se observar o que está literalmente exposto no art. 406 do Código Civil, no sentido de utilização da Taxa Selic, entendida como a taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos a Fazenda Nacional, conforme definido na legislação ordinária<sup>36</sup> e, atualmente, previsto em nível constitucional, remindo qualquer dúvida acerca da aplicação da Taxa Selic nas dívidas a que se refere a legislação civil invocada.

86. Outrossim, os argumentos pela impossibilidade de utilização da Taxa Selic não merecem prosperar, uma vez que visam a afastar a expressa opção do legislador, sem fundamento constitucional que o justifique.

87. De qualquer modo, como foi demonstrado ao longo do Parecer:

(i) a fixação da meta da Taxa Selic é instrumento do exercício de política monetária, cuja condução, pelo Banco Central do Brasil, baseia-se exclusivamente em critérios técnicos, objetivos e imparciais, sem interferência de considerações associadas ao ciclo político ou eleitoral, em consonância com a autonomia operacional ínsita ao regime de metas para inflação, recentemente positivada na LC nº 179, de 2021;

(ii) não se verifica razoabilidade, tampouco fundamento jurídico, para alteração do entendimento jurisprudencial pacificado desde 2008 nos Tribunais Superiores, dado que, desde o advento do CC de 2002, a interpretação jurisprudencial que prevalece é a de que a taxa a que se refere o art. 406 do Código Civil é a Taxa Selic. Por sinal, a única alteração na legislação pertinente ao tema foi a previsão constitucional de que, em todas as condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, haverá incidência da referida taxa;

(iii) a problemática apresentada, no sentido de que uma “*taxa nominal*” não deve ser usada para juros moratórios, é absolutamente infundada, tanto sob o aspecto prático, uma vez que os próprios tribunais vêm aplicando solução adequada, quanto sob o ponto de vista econômico, uma vez que sob esse viés, não há sentido para aplicação em momentos distintos de juros e correção monetária; e

(iv) ao fixar a taxa de juros em percentual fixo e, em termos econômicos, arbitrário, por não guardar relação com as taxas praticadas no mercado, o Poder Judiciário criará incentivos econômicos para a perpetuação de litígios judiciais, deixando a posição de neutralidade, que é fundamental ao exercício da função jurisdicional.

88. Assim, opinamos pelo ingresso do BCB, nos termos da minuta de petição anexa, que deve pugnar, com fundamento nas razões aqui expostas, pelo provimento do recurso especial, mantendo-se a coerência com a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “*A taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC] é a taxa referencial do*

<sup>36</sup> Referimo-nos novamente ao art. 13 da Lei nº 9.065, 1995, ao art. 84 da Lei nº 8.981, de 1995, ao art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250, de 1995, ao art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996 e ao art. 30 da Lei nº 10.522, de 2002.

*Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02)*<sup>37</sup>.

É o parecer.

**LUCIANA LIMA ROCHA**  
Subprocuradora-Chefe do Banco Central  
Procuradoria Especializada de Processos  
Judiciais Relevantes (PRJUD)  
OAB/DF 25.743

**NATÁLIA ALVES DUARTE BARBOSA**  
Procuradora do Banco Central  
Seção de Consultoria e Representação  
Extrajudicial (PGA-1)  
OAB/DF 29.341

(Seguem despachos.)

De acordo.

Submeto a presente manifestação ao senhor Subprocurador-Geral, titular da Câmara de Contencioso Judicial e Dívida Ativa (CJiPG), para sua apreciação.

**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 titular da PGA-2, por se tratar de parecer pugnando pelo ingresso do BCB na qualidade de *amicus curiae* em recurso especial em trâmite no STJ.

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

<sup>37</sup> EREsp n. 727.842/SP, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 8/9/2008, DJe de 20/11/2008.

Aprovo, inclusive os termos da minuta de petição anexa, autorizando, assim, o ingresso do BCB com fundamento no art. 2º, inciso V, da Portaria nº 102.916, de 21 de março de 2019.

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

## **Parecer 745/2021-BCB/PGBC**

Parecer que examina pedido do Ministério Público Federal de esclarecimentos a respeito da criação da Comissão Técnica da Moeda e do Crédito (Comoc), bem como sobre se a referida Comissão propôs regulamentação das matérias tratadas na Medida Provisória 542, de 30 de junho de 1994, em especial sobre regra de conversão de obrigações de cruzeiros novos em reais.

**Maria Beatriz de Oliveira Fonseca**

Procuradora do Banco Central

**Alexandre Forte Maia**

Procurador-Chefe do Banco Central

Parecer Jurídico 745/2021-BCB/PGBC  
PE 197829

Brasília (DF), 8 de novembro de 2021.

*Ementa: Consultoria em regulação do sistema financeiro. Ministério Público Federal. Ofício nº 8178/2021/MPF/PRSP/KLJK-gab, de 2 de agosto de 2021. Procuradoria da República em São Paulo. Solicitação de esclarecimentos sobre a criação da Comissão Técnica da Moeda e do Crédito (Comoc) e se a referida Comissão propôs regulamentação das matérias tratadas na Medida Provisória nº 542, de 30 de junho de 1994, em especial sobre regra de conversão de obrigações de cruzeiros novos em reais. Comoc implementada em 26 de julho de 1994, conforme Ata anexada aos autos. Apreciação, pela Comoc, de propostas relacionadas à regulamentação da Lei nº 9.096, 29 de junho de 1995, no que diz respeito às matérias da competência regulatória do Conselho Monetário Nacional (CMN). Ausência de competência legal do CMN para regulamentar a regra de conversão de obrigações de Cruzeiros Reais em Reais, prevista no art. 21 da Lei nº 9.096, de 1994. Substituição dos Cruzeiros Reais por Reais disciplinada pelo Banco Central do Brasil (BCB), com base em competência própria, atribuída pela Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994. Pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso.*

## ASSUNTO

Cuida-se do Ofício nº 8178/2021/MPF/PRSP/KLJK-gab, de 2 de agosto de 2021 (doc. 1), enviado pela Procuradora da República Karen Louise Jeanette Kahn ao Chefe do Departamento de Supervisão de Conduta (Decon) do Banco Central do Brasil (BCB), solicitando a esta Autarquia que informe “se foi criada a Comissão Técnica da Moeda e do Crédito” (Comoc) e, em caso afirmativo, se a referida Comissão propôs regulamentação das matérias tratadas na Medida Provisória nº 542, de 30 de junho de 1994, depois convertida na Lei nº 9.096, de 29 de junho de 1995, “em especial sobre regra de conversão de obrigações de Cruzeiros Novos (sic) em Reais”. A requerente solicita que as informações sejam encaminhadas no prazo de 30 (trinta) dias.

2. O Departamento de Atendimento Institucional (Deati) atestou que o Ofício foi recebido no protocolo digital do BCB em 3 de agosto de 2021 e encaminhou o Processo Eletrônico (PE) ao Departamento de Regulação do Sistema Financeiro (Denor) para oferecimento de subsídios à resposta (docs. 2 e 3).

3. O Denor elaborou a Nota 638/2021-BCB/DENOR, de 23 de setembro de 2021<sup>1</sup> (doc. 4), em que reproduziu os dispositivos legais citados no Ofício e assinalou que a matéria era estranha às competências daquela unidade. Os autos foram devolvidos ao Deati (doc. 7) para encaminhamento ao Gabinete do Diretor de Política Monetária (Dipom) (doc. 8) que, por sua vez, enviou-os à Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) (doc. 9).

4. Na sequência, foram solicitados subsídios à Secretaria da Diretoria e do Conselho Monetário Nacional (Secre/Sucon) (doc. 10), que se pronunciou nos termos das Informações e Despacho 31407/2021-BCB/SECRE, de 28 de outubro de 2021<sup>2</sup>. Estas foram as informações prestadas:

<sup>1</sup> De autoria do Chefe de Subunidade Edvaldo Carvalho, com despacho do Chefe Adjunto de Unidade Renato Kiyotaka Uema (doc. 5) e do Chefe de Gabinete do Diretor de Regulação Ricardo Eyer Harris (doc. 6).

<sup>2</sup> De autoria do Secretário Eugênio Pacceli Ribeiro.

A Comissão Técnica da Moeda e do Crédito (Comoc) foi criada pelo art. 9º da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995 (conversão da MP nº 1.027, de 1995), como órgão de assessoramento técnico para o Conselho Monetário Nacional (CMN), na formulação da política da moeda e do crédito do País, e teve sua primeira reunião realizada em 26 de julho de 1994.

Atualmente, a Comoc é integrada pelos seguintes membros:

- I - Presidente do Banco Central do Brasil (BCB), na qualidade de Coordenador;
- II - Presidente da Comissão de Valores Mobiliários (CVM);
- III - Secretário-Executivo do Ministério da Economia;
- IV - Secretário de Política Econômica do Ministério da Economia;
- V - Secretário do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda;
- VI - quatro Diretores do Banco Central do Brasil, indicados pelo seu Presidente.

Os suplentes são indicados pelo Ministro da Economia e pelos Presidentes do BCB e da CVM, com direito a voz e voto nas sessões da Comissão, em caso de ausência dos titulares, sendo que as funções de membro da Comoc são próprias do cargo, inclusive quando exercido em caráter de substituição ou interinidade.

A Secretaria-Executiva da Comoc é exercida pelo Banco Central do Brasil.

A proposição de regulamentação das matérias de competência do CMN é feita basicamente por seus membros, notadamente o Ministério da Economia, por meio de suas Secretarias, e o Banco Central. Os assuntos são apreciados pela Comoc, como órgão de assessoramento técnico, que se manifesta previamente pelo encaminhamento desses assuntos ao CMN, a quem cabe deliberar, decidir. As decisões do CMN são estabelecidas por meio de Resoluções que podem ser acessadas na página do Banco Central na Internet: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/buscanormas>

Feitas essas considerações iniciais sobre a Comoc, passo a analisar a solicitação da Procuradora da República no Ofício nº 8178/2021/MPF/PRSP/KLJK-gab.

A execução do Plano Real exigiu esforços de planejamento e inovação significativos por parte dos gestores da política econômica, em especial das equipes do Ministério da Fazenda e do Banco Central. A execução foi dividida em três fases: (i) esforço de ajuste fiscal; (ii) utilização de uma moeda escritural, a Unidade Real de Valor (URV), como unidade de conta; e (iii) introdução do novo padrão monetário, o real, a partir de 1º de julho de 1994. É mister esclarecer que o processo de conversão iniciou-se quatro meses antes do início da vigência do Real, com a criação da URV. Em 1º de março de 1994, a primeira cotação da URV era CR\$647,50. As correções diárias da URV terminaram em 30 de junho de 1994, quando o BCB estabeleceu que CR\$2.750 equivaliam a uma URV.

No dia 1º de julho de 1994, uma URV foi convertida em R\$1,00 (um real) e deixou de existir, ou seja, CR\$2.750 passaram a valer R\$1,00 e todos os preços da economia passaram a ser denominados exclusivamente em reais.

O arcabouço legal do Plano Real está expresso na Lei 8.880, de 27/05/1994 (conversão da MP 482, de 28/04/1994), que dispôs sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional, instituiu a Unidade Real de Valor (URV) e deu competência ao Banco Central para disciplinar a forma, prazo e as condições de substituição da moeda, dentre outros dispositivos.

A Circular nº 2.427, de 22/06/1994, do Banco Central, estabeleceu as normas e procedimentos que seriam observados por ocasião da troca de cruzeiros reais por reais. A Circular nº 2.427 foi posteriormente atualizada por novas Circulares, como, por exemplo, as Circulares 2.431, de 27/06/1994; 2.433, de 29/06/1994; 2.446, de 13/07/1994; 2.453, de 27/07/1994; 2.471, de 24/08/1994 (Circulares anexadas ao PE).

Assim, a regra de conversão de obrigações de cruzeiros reais em reais, estabelecida no Art. 21 da Lei 9.069/95 já tinha precedentes, e foram efetuados pelo Banco Central no âmbito da sua competência estabelecida pela Lei 8.880, conforme as Circulares mencionadas acima.

No entanto, com a instituição da Comoc, assuntos relacionados ao Plano Real foram levados à apreciação da Comissão para manifestação de eventual recomendação de encaminhamento ao CMN, quando o assunto era de competência daquele Conselho, como demonstram as atas da primeira reunião da Comoc e de outras reuniões, apensadas a este PE.

Desta forma, fica demonstrada a criação da Comoc e que foram levadas para a sua apreciação, posteriormente, assuntos relacionados ao Plano de Estabilização Econômica (Plano Real). Informo, ainda, que a Comoc permanece até o presente momento como órgão assessor do Conselho Monetário Nacional, analisando pleitos encaminhados pelo Ministério da Economia e Banco Central para posterior deliberação do CMN.

5. A Secre/Sucon juntou aos autos cópias das Atas da Comoc nº 1, 5, 7, 10 e 12, bem como das Circulares mencionadas em suas informações (docs. 12 a 23). Os autos retornaram então à PGBC para apreciação.

## APRECIÇÃO

6. O Ministério Público Federal (MPF) solicita ao BCB que informe se foi efetivamente criada a Comoc e, em caso afirmativo, se a referida Comissão propôs regulamentação das matérias tratadas na Medida Provisória nº 542, de 30 de junho de 1994, em especial sobre regra de conversão de obrigações de Cruzeiros Novos em Reais. Preliminarmente, devo salientar que a referência a Cruzeiros Novos parece se tratar de erro material, tendo em vista que a solicitante menciona a conversão disciplinada pelo art. 21 da Lei nº 9.096, de 1995, que se dá entre Cruzeiros Reais e Reais.

7. Quanto à criação da Comoc, as informações prestadas pela Secre/Sucon são bastante elucidativas e atendem adequadamente ao questionamento formulado no Ofício.

8. Já em relação à regulamentação proposta pela Comoc para as matérias tratadas na Medida Provisória nº 542, de 1994, alguns esclarecimentos jurídicos adicionais são necessários.

9. A disciplina legal do Programa de Estabilização Econômica teve início com a edição, em 1994, da Medida Provisória nº 434, de 27 de fevereiro de 1994, sucessivamente reeditada e finalmente convertida na Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994. Esse diploma legal instituiu a Unidade Real de Valor (URV) que, a partir da sua primeira emissão pelo BCB a ser realizada em 1º de julho de 1994, passaria a ser denominada Real. O art. 3º da Lei previu as etapas da transição de Cruzeiros Reais a Reais e atribuiu ao BCB a competência de disciplinar a substituição de uma moeda por outra no meio circulante:

Art. 2º A URV será dotada de poder liberatório, a partir de sua emissão pelo Banco Central do Brasil, quando passará a denominar-se Real.

Art. 3º Por ocasião da primeira emissão do Real tratada no caput do art. 2º, o Cruzeiro Real não mais integrará o Sistema Monetário Nacional, deixando de ter curso legal e poder liberatório.

§ 1º A primeira emissão do Real ocorrerá no dia 1º de julho de 1994.

§ 2º As regras e condições de emissão do Real serão estabelecidas em lei.

§ 3º A partir da primeira emissão do Real, as atuais cédulas e moedas representativas do Cruzeiro Real continuarão em circulação como meios de pagamento, até que sejam substituídas pela nova moeda no meio circulante, observada a paridade entre o Cruzeiro Real e o Real fixado pelo Banco Central do Brasil naquela data.

§ 4º O Banco Central do Brasil disciplinará a forma, prazo e condições da substituição prevista no parágrafo anterior.

10. Como se depreende do § 2º do art. 3º da Lei nº 8.880, de 1994, as regras e condições de emissão do Real seriam estabelecidas em lei. Para tanto, foi editada a Medida Provisória nº 542, de 30 junho de 1994, que também foi objeto de sucessivas reedições e, finalmente, foi convertida na Lei nº 9.069, de 1995, que dispõe sobre o Plano Real.

II. O art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.069, de 1995, ao remeter aos citados §§ 3º e 4º da Lei nº 8.880, de 1994, manteve a competência do BCB para disciplinar a substituição do Cruzeiro Real pela nova moeda no meio circulante, seguindo a paridade entre a URV e o Cruzeiro Real existente em 30 de junho de 1994. Além disso, a Lei deu ao Conselho Monetário Nacional (CMN) a competência para regulamentar questões como o lastreamento do Real, a paridade ao dólar dos Estados Unidos da América, o conceito ampliado de emissão e a autorização para emissão além dos limites legais:

Art. 1º A partir de 1º de julho de 1994, a unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o REAL (Art. 2º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994), que terá curso legal em todo o território nacional.

(...)

**§ 3º A paridade entre o REAL e o Cruzeiro Real, a partir de 1º de julho de 1994, será igual à paridade entre a Unidade Real de Valor - URV e o Cruzeiro Real fixada pelo Banco Central do Brasil para o dia 30 de junho de 1994.**

Art. 2º O Cruzeiro Real, a partir de 1º de julho de 1994, deixa de integrar o Sistema Monetário Nacional, permanecendo em circulação como meio de pagamento as cédulas e moedas dele representativas, pelo prazo de 30 (trinta) dias, **na forma prevista nos §§ 3º e 4º do art. 3º da Lei nº 8.880, de 1994.**

§ 1º Até o último dia útil de julho de 1994, os cheques ainda emitidos com indicação de valor em Cruzeiros Reais serão acolhidos pelas instituições financeiras e pelos serviços de compensação, sem prejuízo do direito ao crédito, nos termos da legislação pertinente.

§ 2º Os prazos previstos neste artigo poderão ser prorrogados pelo Banco Central do Brasil.

§ 3º Os documentos de que trata o § 1º serão acolhidos e contabilizados com a paridade fixada, na forma do § 3º do art. 1º, para o dia 1º de julho de 1994.

Art. 3º O Banco Central do Brasil emitirá o REAL mediante a prévia vinculação de reservas internacionais em valor equivalente, observado o disposto no art. 4º desta Lei.

(...)

§ 2º A paridade a ser obedecida, para fins da equivalência a que se refere o caput deste artigo, será de um dólar dos Estados Unidos da América para cada REAL emitido.

(...)

§ 4º **O Conselho Monetário Nacional, segundo critérios aprovados pelo Presidente da República:**

**I - regulamentará o lastreamento do REAL;**

**II - definirá a forma como o Banco Central do Brasil administrará as reservas internacionais vinculadas;**

**III - poderá modificar a paridade a que se refere o § 2º deste artigo.**

§ 5º O Ministro da Fazenda submeterá ao Presidente da República os critérios de que trata o parágrafo anterior.

Art. 4º Observado o disposto nos artigos anteriores, o Banco Central do Brasil deverá obedecer, no tocante às **emissões** de REAL, o seguinte:

(...)

§ 1º Para os propósitos do contido no caput deste artigo, **o Conselho Monetário Nacional, tendo presente o objetivo de assegurar a estabilidade da moeda, definirá os componentes do conceito ampliado de emissão**, nele incluídas as emissões lastreadas de que trata o art. 3º desta Lei.

§ 2º **O Conselho Monetário Nacional**, para atender a situações extraordinárias, poderá **autorizar o Banco Central do Brasil** a exceder em até 20% (vinte por cento) os valores resultantes dos percentuais previstos no caput deste artigo.

§ 3º O Conselho Monetário Nacional, por intermédio do Ministro de Estado da Fazenda, submeterá ao Presidente da República os critérios referentes a alteração de que trata o § 2º deste artigo.

§ 4º **O Conselho Monetário Nacional**, de acordo com diretrizes do Presidente da República, **regulamentará o disposto neste artigo**, inclusive no que diz respeito à apuração dos valores das emissões autorizadas e em circulação e **à definição de emissões no conceito ampliado**.

(Destaque nosso.)

12. A Lei nº 9.069, de 1995, também alterou a composição do CMN em seu art. 8º e criou a Comoc no art. 9º, com as seguintes atribuições:

Art. 10. Compete à Comissão Técnica da Moeda e do Crédito:

I - propor a regulamentação das matérias tratadas na presente Lei, de competência do Conselho Monetário Nacional;

II - manifestar-se, na forma prevista em seu regimento interno, previamente, sobre as matérias de competência do Conselho Monetário Nacional, especialmente aquelas constantes da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964;

III - outras atribuições que lhe forem cometidas pelo Conselho Monetário Nacional.

13. Cumpriria à Comoc, portanto, duas funções principais: propor a regulamentação da Lei nº 9.069, de 1995, **no que diz respeito às matérias de competência do CMN**, e manifestar-se tecnicamente sobre as **matérias de competência do CMN previstas em outros diplomas legais**.

14. Veja-se que as atribuições da Comoc estão atreladas às competências do CMN, órgão para o qual presta assessoramento técnico<sup>3</sup>, seja na propositura de regulamentação – no caso das matérias tratadas na Lei nº 9.069, de 1995 –, seja na manifestação prévia sobre propostas apresentadas pelos membros do CMN<sup>4</sup> com base na Lei nº 4.595, de 1964, e outras leis, atribuição que a Comissão exerce até hoje.

15. No entanto, a Lei nº 9.069, de 1995, não deu ao CMN a competência genérica para regulamentar todos os seus dispositivos, mas apenas aspectos específicos, como o mencionado lastreamento ou a emissão do Real. No exercício dessa competência, foi editada a Resolução CMN nº 2.082, de 30 de junho de 1994, que “dispõe sobre os limites de emissão e a forma de lastreamento da nova unidade do Sistema Monetário Brasileiro – Real”, objeto de efetiva apreciação pela Comoc na 1ª Ata de reunião (doc. 12)<sup>5</sup>.

16. Podemos citar outros exemplos de Resoluções CMN e Votos CMN relacionados à disciplina da Lei nº 9.069, de 1995, todos devidamente apreciados pela Comoc para encaminhamento ao CMN e fundados em competências expressas na Lei para o Conselho:

- a) Resolução CMN nº 2.087, de 30 de junho de 1994 - Fixa a taxa de câmbio a ser praticada pelo Banco Central do Brasil – paridade Real/Dólar (aprovada na 1ª Ata da Comoc – Voto CMN nº 089/94) – conforme art. 3º, §§ 2º e 4º, inciso III, da Lei;
- b) Resolução CMN nº 2.090, de 6 de julho de 1994 – Dispõe sobre a obrigatoriedade de identificação do beneficiário de cheque de valor superior a R\$ 100,00 (cem reais) (aprovada na 1ª Ata da Comoc – Voto CMN nº 094/94) – exercício da competência prevista no art. 69, parágrafo único, da Lei;
- c) Voto CMN nº 193/94 – define o conceito ampliado de emissão e seus componentes (aprovado na 10ª Ata da Comoc – doc. 15) – exercício da competência prevista no art. 4º, § 1º da Lei;
- d) Voto CMN nº 215/94 – autorização para elevação do limite de emissão nos conceitos restrito e ampliado (aprovado na 12ª Ata da Comoc – doc. 16) – exercício da competência prevista no art. 4º, § 2º, da Lei.

3 Conforme art. 1º do seu Regimento Interno, aprovado pelo Decreto nº 1.304, de 9 de novembro de 1994:

Art. 1º A Comissão Técnica da Moeda e do Crédito (COMOC), criada pelo art. 9º da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, funcionará como órgão de assessoramento técnico para o Conselho Monetário Nacional (CMN), na formulação da política da moeda e do crédito do País

4 A competência para apresentar propostas ao CMN, na forma de Voto, é de seus conselheiros, nos termos do art. 9º, inciso I, do seu Regimento Interno, aprovado pelo Decreto nº 1.307, de 9 de novembro de 1994. Ressalvado o caso da regulamentação da Lei nº 9.096, de 1995, a Comoc apenas pode apresentar propostas por intermédio de um dos conselheiros (art. 17 do Regimento anexo ao Decreto nº 1.304, de 1994).

5 “LIMITES DE EMISSÃO E FORMA DE LASTREAMENTO DA NOVA UNIDADE DO SISTEMA MONETÁRIO BRASILEIRO – REAL (CMN Nº 084/94, do Exmo. Presidente do Banco Central, aprovado “ad referendum”, em 30.06.94).”

17. Já o art. 21, referido pelo MPF no Ofício, trata da conversão do Cruzeiro Real em Real nas obrigações pecuniárias, **sem estabelecer competência regulatória para o CMN** – até porque os parâmetros dessa conversão estão suficientemente disciplinados na própria Lei. Como não cumpriria ao CMN regulamentar esse dispositivo, tampouco caberia à Comoc propor essa regulamentação.

18. Vale mencionar que as competências atribuídas ao CMN pela Lei nº 9.069, de 1995, guardam pertinência com as competências já previstas para esse Conselho em outros diplomas legais, como a Lei nº 4.595, de 1964. Trata-se, assim, de matérias concernentes à política monetária (emissão de moeda, lastreamento, títulos do BCB), a operações praticadas no sistema financeiro (como emissão de cheques) e à política cambial (paridade com o dólar, ingresso e saída de capital). As obrigações tratadas no art. 21, contudo, englobam aquelas contratadas fora do sistema financeiro, de maneira que não faria sentido atribuir ao CMN a competência para regulamentá-lo. Se esse artigo fosse objeto de regulamentação, deveria sê-lo pelo Presidente da República, na forma do art. 84, inciso IV, da Constituição.

19. Por outro lado, como já mencionamos, a Lei atribuiu também ao BCB algumas competências regulatórias, em especial a disciplina da substituição dos Cruzeiros Reais por Reais no meio circulante (art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.069, de 1995, combinado com os §§ 3º e 4º da Lei nº 8.880, de 1994), em conformidade com a competência já estabelecida no art. 10, incisos I e II, da Lei nº 4.595, de 1964. Essa competência foi exercida com a edição das Circulares indicadas pela Secre/Sucon e juntadas aos autos do presente PE. Como se trata de competência própria do BCB e não do CMN, não há que se falar em propositura ou manifestação prévia da Comoc para a edição desses atos normativos.

## CONCLUSÃO

20. Por todo o exposto, com base nos subsídios fornecidos pela Secre/Sucon e nos esclarecimentos feitos neste parecer, ofereço a anexa minuta de ofício de resposta ao MPF, como sugestão. Ressalto que o anexo traz apenas o conteúdo da minuta de resposta, ficando a formatação e endereçamento a cargo do departamento respondente.

21. A propósito, sugiro que a resposta seja acompanhada de cópia das resoluções e votos mencionados nos parágrafos 15 e 16 deste parecer, juntados como docs. 24 a 28 deste PE, além dos documentos já colacionados pela Secre/Sucon.

22. Em cumprimento à Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018, registro que a presente manifestação tem grau de acesso público ou ostensivo, por não conter informações protegidas por sigilo legal ou outra hipótese de restrição de acesso.

À sua consideração.

**MARIA BEATRIZ DE OLIVEIRA FONSECA**  
Procuradora do Banco Central  
Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR)  
OAB/DF 45.891

(Segue despacho.)

De acordo.

Ao Deati.

**ALEXANDRE FORTE MAIA**  
Procurador-Chefe do Banco Central  
Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR)  
OAB/DF 20.935

**Para avaliar esta resposta a sua consulta, clique no link abaixo:**

<https://home.intranet.bcb.gov.br/colab/pesquisapbc/Lists/PesquisaPGBCB/newform.aspx>

**Anexo: minuta de conteúdo para a resposta ao Ofício:**

“Senhora Procuradora da República,

Referimo-nos ao Ofício nº 8178/2021/MPF/PRSP/KLJK-gab, de 2 de agosto de 2021, por meio do qual Vossa Excelência solicita ao Banco Central do Brasil (BCB) que informe, à luz da Medida Provisória nº 542, de 30 de junho de 1994, depois convertida na Lei 9.069, de 29 de junho de 1995, seus artigos 9º, 10, alínea “a” e 21, “se foi criada Comissão Técnica da Moeda e do Crédito” e, em caso afirmativo, “se a referida comissão propôs regulamentação das matérias tratadas na referida MP em especial sobre regra de conversão de obrigações de cruzeiros novos<sup>6</sup> em reais, devendo citar e encaminhar os atos normativos e posteriores alterações e/ou adequações.”

2. A propósito, informamos que a Comissão Técnica da Moeda e do Crédito (Comoc) foi criada pelo art. 9º da Lei nº 9.069, de 1995 (conversão da Medida Provisória nº 1.027, de 20 de junho de 1995), como órgão de assessoramento técnico para o Conselho Monetário Nacional (CMN)<sup>7</sup>, na formulação da política da moeda e do crédito do País, e teve sua primeira reunião realizada em 26 de julho de 1994. A composição da Comissão está prevista no referido artigo e o seu regimento interno se encontra no Decreto nº 1.304, de 9 de novembro de 1994.

3. A proposição de regulamentação das matérias de competência do CMN é feita basicamente por seus membros, notadamente o Ministério da Economia, por meio de suas Secretarias, e o Banco Central, por meio de seus diretores. Os assuntos são apreciados pela Comoc, que se manifesta previamente pelo encaminhamento desses assuntos ao CMN, a quem cabe decidir. As decisões do CMN são estabelecidas por meio de Resoluções que podem ser acessadas na página do Banco Central na Internet: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/buscanormas>

4. No que diz respeito à Lei nº 9.069, de 1995, ressaltamos que a execução do Plano Real exigiu esforços de planejamento e inovação significativos por parte dos gestores da política econômica, em especial das equipes do Ministério da Fazenda e do Banco Central. A execução foi dividida em três fases: (i) esforço de ajuste fiscal; (ii) utilização de uma moeda escritural, a Unidade Real de Valor (URV), como unidade de conta; e (iii) introdução do novo padrão monetário, o Real, a partir de 1º de julho de 1994.

5. O processo de conversão dos Cruzeiros Reais em Reais iniciou-se quatro meses antes do início da vigência do Real, com a criação da URV. Em 1º de março de 1994, a primeira cotação da URV era CR\$ 647,50. As correções diárias da URV terminaram em 30 de junho de 1994, quando o BCB estabeleceu que CR\$2.750 equivaliam a uma URV. No dia 1º de julho de 1994, uma URV foi convertida em R\$ 1,00 (um real) e deixou de existir, ou seja, CR\$ 2.750 passaram a valer R\$ 1,00 e todos os preços da economia passaram a ser denominados exclusivamente em reais.

---

6 Consideramos que a referência a “Cruzeiros Novos” se deu em virtude de erro material, já que a mencionada Lei tratou da conversão de Cruzeiros Reais em reais.

7 Conforme art. 1º do seu Regimento Interno, aprovado pelo Decreto nº 1.304, de 9 de novembro de 1994:

Art. 1º A Comissão Técnica da Moeda e do Crédito (COMOC), criada pelo art. 9º da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, funcionará como órgão de assessoramento técnico para o Conselho Monetário Nacional (CMN), na formulação da política da moeda e do crédito do País.

6. Juridicamente, a disciplina do Programa de Estabilização Econômica teve início com a edição da Medida Provisória nº 434, de 27 de fevereiro de 1994, sucessivamente reeditada e finalmente convertida na Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994. Esse diploma legal instituiu a citada URV que, a partir da sua primeira emissão pelo BCB a ser realizada em 1º de julho de 1994, passaria a ser denominada Real. O art. 3º da Lei previu as etapas da transição de Cruzeiros Reais a Reais e seus §§ 3º e 4º atribuíram ao BCB a competência de disciplinar a substituição de uma moeda por outra no meio circulante, ou seja, a troca de numerário<sup>8</sup>.

7. O § 2º do art. 3º da Lei nº 8.880, de 1994, determinou, ainda, que as regras e condições de emissão do Real seriam estabelecidas em lei. Para tanto, foi editada a Medida Provisória nº 542, de 30 junho de 1994, que também foi objeto de sucessivas reedições e, finalmente, foi convertida na Lei nº 9.069, de 1995, que dispõe sobre o Plano Real.

8. Note-se que o art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.069, de 1995, faz remissão aos citados §§ 3º e 4º do art. 3º da Lei nº 8.880, de 1994. Com isso, manteve-se a competência do BCB para disciplinar a substituição do Cruzeiro Real pela nova moeda no meio circulante, seguindo a paridade entre a URV e o Cruzeiro Real existente em 30 de junho de 1994 (art. 1º, § 3º)<sup>10</sup>. Além disso, a Lei nº 9.069, de 1995, deu ao CMN a competência para regulamentar questões como o lastreamento do Real, a paridade ao dólar dos Estados Unidos da América, o conceito ampliado de emissão e a autorização para emissão além dos limites legais<sup>11</sup>.

- 8 Art. 2º A URV será dotada de poder liberatório, a partir de sua emissão pelo Banco Central do Brasil, quando passará a denominar-se Real.  
Art. 3º Por ocasião da primeira emissão do Real tratada no caput do art. 2º, o Cruzeiro Real não mais integrará o Sistema Monetário Nacional, deixando de ter curso legal e poder liberatório.  
§ 1º A primeira emissão do Real ocorrerá no dia 1º de julho de 1994.  
§ 2º As regras e condições de emissão do Real serão estabelecidas em lei.  
§ 3º A partir da primeira emissão do Real, as atuais cédulas e moedas representativas do Cruzeiro Real continuarão em circulação como meios de pagamento, até que sejam substituídas pela nova moeda no meio circulante, observada a paridade entre o Cruzeiro Real e o Real fixado pelo Banco Central do Brasil naquela data.  
§ 4º O Banco Central do Brasil disciplinará a forma, prazo e condições da substituição prevista no parágrafo anterior.
- 9 Art. 2º O Cruzeiro Real, a partir de 1º de julho de 1994, deixa de integrar o Sistema Monetário Nacional, permanecendo em circulação como meio de pagamento as cédulas e moedas dele representativas, pelo prazo de 30 (trinta) dias, na forma prevista nos §§ 3º e 4º do art. 3º da Lei nº 8.880, de 1994.  
§ 1º Até o último dia útil de julho de 1994, os cheques ainda emitidos com indicação de valor em Cruzeiros Reais serão acolhidos pelas instituições financeiras e pelos serviços de compensação, sem prejuízo do direito ao crédito, nos termos da legislação pertinente.  
§ 2º Os prazos previstos neste artigo poderão ser prorrogados pelo Banco Central do Brasil.  
§ 3º Os documentos de que trata o § 1º serão acolhidos e contabilizados com a paridade fixada, na forma do § 3º do art. 1º, para o dia 1º de julho de 1994.
- 10 Art. 1º A partir de 1º de julho de 1994, a unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o REAL (Art. 2º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994), que terá curso legal em todo o território nacional. (...)  
§ 3º A paridade entre o REAL e o Cruzeiro Real, a partir de 1º de julho de 1994, será igual à paridade entre a Unidade Real de Valor - URV e o Cruzeiro Real fixada pelo Banco Central do Brasil para o dia 30 de junho de 1994.
- 11 Art. 3º O Banco Central do Brasil emitirá o REAL mediante a prévia vinculação de reservas internacionais em valor equivalente, observado o disposto no art. 4º desta Lei. (...)  
§ 2º A paridade a ser obedecida, para fins da equivalência a que se refere o caput deste artigo, será de um dólar dos Estados Unidos da América para cada REAL emitido. (...)  
§ 4º O Conselho Monetário Nacional, segundo critérios aprovados pelo Presidente da República:  
I - regulamentará o lastreamento do REAL;  
II - definirá a forma como o Banco Central do Brasil administrará as reservas internacionais vinculadas;  
III - poderá modificar a paridade a que se refere o § 2º deste artigo.  
§ 5º O Ministro da Fazenda submeterá ao Presidente da República os critérios de que trata o parágrafo anterior.  
Art. 4º Observado o disposto nos artigos anteriores, o Banco Central do Brasil deverá obedecer, no tocante às emissões de REAL, o seguinte:  
(...)  
§ 1º Para os propósitos do contido no caput deste artigo, o Conselho Monetário Nacional, tendo presente o objetivo de assegurar a estabilidade da moeda, definirá os componentes do conceito ampliado de emissão, nele incluídas as emissões lastreadas de que trata o art. 3º desta Lei.  
§ 2º O Conselho Monetário Nacional, para atender a situações extraordinárias, poderá autorizar o Banco Central do Brasil a exceder em até 20% (vinte por cento) os valores resultantes dos percentuais previstos no caput deste artigo.  
§ 3º O Conselho Monetário Nacional, por intermédio do Ministro de Estado da Fazenda, submeterá ao Presidente da República os critérios referentes a alteração de que trata o § 2º deste artigo.  
§ 4º O Conselho Monetário Nacional, de acordo com diretrizes do Presidente da República, regulamentará o disposto neste artigo, inclusive no que diz respeito à apuração dos valores das emissões autorizadas e em circulação e à definição de emissões no conceito ampliado.

9. A Lei nº 9.069, de 1995, também alterou a composição do CMN em seu art. 8º e criou a Comoc no art. 9º, já mencionado, com as seguintes atribuições:

Art. 10. Compete à Comissão Técnica da Moeda e do Crédito:

I - propor a regulamentação das matérias tratadas na presente Lei, de competência do Conselho Monetário Nacional;

II - manifestar-se, na forma prevista em seu regimento interno, previamente, sobre as matérias de competência do Conselho Monetário Nacional, especialmente aquelas constantes da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964;

III - outras atribuições que lhe forem cometidas pelo Conselho Monetário Nacional.

10. Cumpriria à Comoc, portanto, duas funções principais: propor a regulamentação da Lei nº 9.069, de 1995, no que diz respeito às matérias de competência do CMN, e manifestar-se tecnicamente sobre as matérias de competência do CMN previstas em outros diplomas legais.

11. Veja-se que as atribuições da Comoc estão atreladas às competências do CMN, órgão para o qual presta assessoramento técnico, seja na propositura de regulamentação – no caso das matérias tratadas na Lei nº 9.069, de 1995 –, seja na manifestação prévia sobre propostas apresentadas pelos membros do CMN com base na Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e outras Leis, atribuição que a Comissão exerce regularmente até hoje<sup>12</sup>.

12. No entanto, a Lei nº 9.069, de 1995, não deu ao CMN a competência genérica para regulamentar todos os seus dispositivos, mas apenas aspectos específicos, como o lastreamento ou a emissão do Real, a que nos referimos. No exercício dessa competência, foi editada a Resolução CMN nº 2.082, de 30 de junho de 1994, que “dispõe sobre os limites de emissão e a forma de lastreamento da nova unidade do Sistema Monetário Brasileiro – Real”, objeto de efetiva apreciação pela Comoc na 1ª Ata de reunião<sup>13</sup>.

13. Podemos citar outros exemplos de Resoluções CMN e Votos CMN relacionados à disciplina da Lei nº 9.069, de 1995, todos devidamente apreciados pela Comoc e fundados em competências expressamente atribuídas ao Conselho pela Lei:

- a) Resolução CMN nº 2.087, de 30 de junho de 1994 - Fixa a taxa de câmbio a ser praticada pelo Banco Central do Brasil – paridade Real/Dólar (aprovada na 1ª Ata da Comoc – Voto CMN nº 089/94) – conforme art. 3º, §§ 2º e 4º, inciso III, da Lei;
- b) Resolução CMN nº 2.090, de 6 de julho de 1994 – Dispõe sobre a obrigatoriedade de identificação do beneficiário de cheque de valor superior a R\$ 100,00 (cem reais) (aprovada na 1ª Ata da Comoc – Voto CMN nº 094/94) – exercício da competência prevista no art. 69, parágrafo único, da Lei;

---

<sup>12</sup> A título de conhecimento, informamos que a mais recente reunião da Comoc, realizada em 20 de outubro de 2021, foi a 342ª Sessão da Comissão.

<sup>13</sup> A proposta de resolução consta da Ata da Comoc com a seguinte descrição: “LIMITES DE EMISSÃO E FORMA DE LASTREAMENTO DA NOVA UNIDADE DO SISTEMA MONETÁRIO BRASILEIRO – REAL (CMN Nº 084/94, do Exmo. Presidente do Banco Central, aprovado “ad referendum”, em 30.06.94).”

- c) Voto CMN nº 193/94 – define o conceito ampliado de emissão e seus componentes (aprovado na 10ª Ata da Comoc – doc. 15) – exercício da competência prevista no art. 4º, § 1º, da Lei;
- d) Voto CMN nº 215/94 – autorização para elevação do limite de emissão nos conceitos restrito e ampliado (aprovado na 12ª Ata da Comoc – doc. 16) – exercício da competência prevista no art. 4º, § 2º, da Lei.

14. Já o art. 21, referido pela solicitante em seu Ofício, trata da conversão do Cruzeiro Real em Real nas obrigações pecuniárias, **sem estabelecer competência regulatória para o CMN** – até porque os parâmetros dessa conversão estão suficientemente disciplinados na própria Lei. Como não cumpriria ao CMN regulamentar esse dispositivo, tampouco caberia à Comoc propor essa regulamentação.

15. É interessante observar que as competências atribuídas ao CMN pela Lei nº 9.069, de 1995, guardam pertinência com as competências já previstas para esse Conselho em outros diplomas legais, como a Lei nº 4.595, de 1964. Trata-se, assim, de matérias concernentes à política monetária (emissão de moeda, lastreamento), a operações praticadas no sistema financeiro (como emissão de cheques) e à política cambial (paridade com o dólar, ingresso e saída de capital). As obrigações tratadas no art. 21, contudo, englobam aquelas contratadas fora do sistema financeiro, de maneira que não faria sentido atribuir ao CMN a competência para regulamentá-lo. Se esse artigo fosse objeto de regulamentação, deveria sê-lo pelo Presidente da República, na forma do art. 84, inciso IV, da Constituição.

16. Por outro lado, como já salientamos, a Lei atribuiu também ao BCB algumas competências regulatórias, em especial a disciplina da substituição dos Cruzeiros Reais por Reais no meio circulante (art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.069, de 1995, combinado com os §§ 3º e 4º da Lei nº 8.880, de 1994), em consonância com a competência já estabelecida no art. 10, incisos I e II, da Lei nº 4.595, de 1964<sup>14</sup>. Essa competência foi exercida com a edição da Circular nº 2.427, de 22 de junho de 1994, do BCB, que estabeleceu as normas e procedimentos que seriam observados por ocasião da troca de Cruzeiros Reais por Reais. A Circular nº 2.427, de 1994, foi posteriormente atualizada por novas Circulares, como as Circulares nº 2.431, de 27 de junho de 1994, e 2.433, de 29 de junho de 1994, sendo revogada pela Circular nº 2.446, de 13 de julho de 1994, que, por sua vez, foi alterada pela Circular nº 2.453, de 27 de julho de 1994, e revogada pela Circular nº 2.471, de 24 de agosto de 1994. Como se trata de competência própria do BCB e não do CMN, não há que se falar em propositura ou manifestação prévia da Comoc para a edição desses atos normativos.”

---

14 Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:  
I - Emitir moeda-papel e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional;  
II - Executar os serviços do meio-circulante; (...).

# Petição 1.584/2022-BCB/PGBC

Petição apresentada pelo Banco Central em ação popular na qual se discute a regularidade da iniciativa LIFT (Laboratório de Inovações Financeiras – <https://lifflab.com.br/>).

**Pablo Bezerra Luciano**

Procurador do Banco Central

**Lucas Farias Moura Maia**

Procurador-Chefe do Banco Central

**Flavio José Roman**

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

**Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho**

Subprocurador-Geral do Banco Central

AO JUÍZO DA 14ª VARA FEDERAL CÍVEL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

PROCESSO Nº 1013368-10.2022.4.01.3400 (PJE)  
AUTOR: ELMER COELHO VICENZI  
RÉU: BANCO CENTRAL DO BRASIL

**BANCO CENTRAL DO BRASIL**, autarquia federal especial criada pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e Lei Complementar nº 179, de 24 de fevereiro de 2021, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 00.038.166/0001-05, com sede no SBS, Quadra 3, Bloco “B”, em Brasília-DF e endereço eletrônico indicado ao rodapé, pelos procuradores adiante firmados (art. 17, I, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, c/c art. 4º, I², da Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, art. 9º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e art. 182<sup>4</sup> do Código de Processo Civil - CPC), à vista da intimação via mandado id 207764560, com registro de ciência no PJE em 16 de março de 2022, às 17h59min, vem se manifestar a propósito do despacho id 972203222, de 11 de março de 2022, nos termos que seguem.

### I. Síntese

2. Em petição inicial truncada e bastante confusa, protocolizada em 10 de março de 2022, o autor, Sr. Elmer Coelho Vicenzi, que se qualifica como “*delegado da polícia federal*”<sup>5</sup> e que ao final a subscreve, sustenta que o Lift (Laboratório de Inovações Financeiras - <https://liftlab.com.br/>) seria um “*site de submissão de projetos a partir de uma lista de temas e de tecnologias*”, que conta com um Comitê de Gestão do qual participam a Fenasbac e o Banco Central.

3. Argumentando que o objeto do Lift seria “*público*”, pois destinado a pesquisar mecanismos de aprimoramento e inovação pertinentes “*às atividades de supervisão e regulação exercidas pelo Banco Central do Brasil*” (cf. art. 9º do Edital correspondente), o autor questiona a regularidade de o site ser administrado por um ente privado, a Diferente Educação Corporativa Ltda. (CNPJ 04.979.082/0001-19).

4. Segundo o autor, a Diferente Educação Corporativa Ltda. encontrar-se-ia “*inapta*” no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), em razão de “*omissões de declarações*”, sendo ainda

1 “Art. 17. Aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas compete: I - a sua representação judicial e extrajudicial”.

2 “Art. 4º São atribuições dos titulares do cargo de Procurador do Banco Central do Brasil: I - a representação judicial e extrajudicial do Banco Central do Brasil”.

3 “Art. 9º A representação judicial das autarquias e fundações públicas por seus procuradores ou advogados, ocupantes de cargos efetivos dos respectivos quadros, independe da apresentação do instrumento de mandato”.

4 “Art. 182. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta.”

5 Vale observar que o protocolo da petição inicial e dos documentos que a instruíram no PJE foi diligenciado por “ELMER COELHO VICENZI – POLO ATIVO – POLÍCIA FEDERAL NO DISTRITO FEDERAL (PROCESSOS CRIMINAIS) – Representante processual”.

sediada em um prédio de natureza residencial situado na Rua Pires de Almeida, 66, 302, CEP 22240-150, Rio de Janeiro/RJ.

5. O autor também questiona o fato de não ter localizado convênio ou licitação entre o Banco Central e o ente empresarial em pesquisas no Google, Diário Oficial da União (DOU) e Portal da Transparência. Para ele, não se poderia dizer que o arranjo com a empresa seria exclusivamente com a Fenabac, na medida em que “o edital do concurso deixa claro” que o “Banco Central” e “a Associação dos Servidores estão em pé de igualdade como coordenadores do projeto”, além de constar logo do Banco Central em artes da iniciativa.

6. Aspectos do procedimento do Lift também são questionados como a falta de: a) previsão no edital da publicação dos participantes desde a 1ª fase; b) motivação dos excluídos; c) recurso de exclusão da 1ª fase; d) indicação de quem é a autoridade responsável no Banco Central “em proceder a tal concurso”, e sua assinatura no edital; e) indicação do número do processo que “regulamente o ato”.

7. Ao final, num esforço de decodificação da linguagem confusa da petição inicial, é possível concluir que o autor pediu:

- a) a declaração de nulidade do que chama de “concurso”, de modo que o Banco Central seja obrigado a “promover o devido processo administrativo em observância aos ditames legais para promover o referido concurso LIFT com sua participação”;
- b) expedição de ordem para que “seja aberto processo administrativo disciplinar para que apure as irregularidades e quem a deu causa”;
- c) expedição de ordem para a “polícia federal de abertura de inquérito policial para que apure eventual crime de prevaricação, caso a escolha da empresa privada e de seu site não esteja de acordo com a legislação”;
- d) a remoção do Lift da Internet até que sobrevenha regularização do “processo administrativo”

8. Considerando que o autor-cidadão se qualificou como “delegado da polícia federal” e que a petição inicial não foi subscrita por advogado, o juízo despachou em 10 de março de 2022 para que houvesse regularização da representação processual (id 969755179).

9. Subseqüentemente, em 11 de março de 2022, pela petição interlocutória de id 971526660, embora sustentando a desnecessidade de representação por advogado para a propositura de ação popular, o autor apresentou procuração (id 971526662), constituindo a advogada Nayara da Silva de Mesquita, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Seção do Distrito Federal, sob o número de inscrição nº 65.115.

10. Por oportuno, vale observar que, na parte final da procuração subscrita pelo Sr. Elmer Coelho Vicenzi (id 971526662) na qualidade de outorgante, diz-se: “dão [sic] ainda por ratificados todos os atos porventura já praticados em seus nomes [sic] pelo outorgante”.

11. Por sua vez, ainda em 11 de março de 2022, explicando o motivo pelo qual se fazia necessária a subscrição de ação popular por advogado, o juízo deu por sanado o vício processual, e determinou a

intimação do Banco Central “para manifestação prévia, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, oportunidade em que deverá esclarecer ao Juízo eventual demanda judicial com o mesmo objeto dos autos” (id 972203222).

12. Contudo, antes que houvesse notícia da intimação do Banco Central, o autor voltou aos autos apresentando o que chamou de “aditamento à inicial” em 14 de março de 2022 (id 974454174). Na oportunidade indicou que o “novo site do concurso público” seria <https://www.bcb.gov.br/site/liftchallenge>, e que agora estaria mais claro o prêmio, qual seja, publicação dos relatórios finais na revista *Lift Papers*, que constaria do site <https://www.revista.liftlab.com.br/lift/about>, mantido por empresa privada. Além disso, trouxe aos autos breve notícia publicada no veículo de imprensa “Estadão” dando conta de que:

*“EXPOSTOS. Teve polêmica na seleção do Santander para o desenvolvimento do real digital pelo Banco Central, no Lift Challenge. Questões como a segurança nacional e a exposição do sistema financeiro a agentes privados causaram desconforto no mercado.*

*CONFLITO. Instituições que ficaram de fora alegam que a entrada de bancos privados no processo coloca em xeque os interesses públicos e privados nas decisões. Procurado o Banco Central disse que o desafio buscou dar transparência aos debates sobre o real digital e obteve uma ampla variedade de experiências entre os proponentes selecionados.”*

13. Aproveitando a matéria acima, o autor fez a seguinte ilação “aponta-se que o Banco Santander é o ex-empregador do atual presidente do Banco Central do Brasil”.

14. Por fim, aditou o pedido para que o site <https://www.bcb.gov.br/site/liftchallenge> seja “removido até a regularização junto ao BANCO CENTRAL DO BRASIL de todo o processo administrativo de utilização do site e empresa privada e processo administrativo de participação da autarquia de sua coordenação no concurso público [...]”.

15. Sobrevindo intimação do Banco Central para que em 72h apresente manifestação quanto à liminar postulada, demonstrar-se-á abaixo que o autor não tem razão.

## ***II. Ressalva sobre o direito de alegar e renovar em contestação toda a matéria de defesa***

16. Por meio dessa manifestação, composta no prazo exíguo de 72h, o Banco Central não pretende nem tem condições de esgotar toda a matéria de defesa que tem a opor ao indeferimento da inicial ou rejeição dos pedidos autorais, ainda mais considerando que, segundo o sistema PJe (Processo Judicial eletrônico), o termo final do prazo para manifestação é 17h59min desse sábado, 19 de março de 2022 (sábado).

17. O sistema PJe não prorrogou o prazo de 72h para a segunda-feira, não obstante não haja dispositivo de lei processual que determine a fluência e o término de prazo fixado em horas em dia considerado não útil.

18. Essa circunstância, por si só, já prejudica o exercício do direito de defesa por parte do Banco Central, na medida em que foi feito um esforço extraordinário para protocolizar essa manifestação

até 17h59min do dia 19 de março de 2022 (sábado), sobretudo porque: a) a petição inicial é eivada de gravíssimos defeitos redacionais e de técnica advocatícia que tornam sua inteligência particularmente difícil; b) essa é a primeira demanda judicial envolvendo o Lift de que a Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) em todo o Brasil tem notícia.

19. A oportunidade para que o réu se manifeste previamente à análise de pedido liminar em prazo exíguo de algumas horas não pode ser encarada como medida tendente a apenar-lhe a defesa. Para que não seja vulnerada a ampla defesa, deve-se dar curso desimpedido a toda a matéria que vier a ser articulada na contestação, sem que se cogite de preclusões. Com suporte no disposto nos arts. 336 e 337 do CPC, o exercício pelo Banco Central da ampla defesa será diligenciado sobretudo por meio de sua contestação, caso venha a ser citado.

20. Diz-se isso para que não sejam dadas por preclusas as matérias de defesa suscitadas nesta manifestação. Mesmo que eventualmente o juízo não se convença acerca da substância desta defesa, isso não deve ser motivo para impedir ou bloquear o direito do Banco Central de renovar e robustecer na contestação os temas suscitados nessa petição interlocutória.

### ***III. Impossibilidade de ratificação de ato praticado por quem não é advogado***

21. Não obstante o juízo haja dado por sanada a representação processual do autor na decisão de id 972203222, haja vista a inclusão aos autos da procuração de id 971526662, há que se considerar que uma coisa é se reconhecer que o autor popular, agora, está regularmente assistido por advogada; outra coisa é dar por sanado o fato de a petição inicial ter sido subscrita por quem não está – nem pode estar – inscrito na OAB<sup>6</sup>.

22. O ordenamento jurídico-processual brasileiro não permite o aproveitamento de atos privativos de advogado por quem não está inscrito na OAB. Vão nesse sentido as disposições do art. 4º do Estatuto da Advocacia e da OAB:

*“Art. 4º São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas.*

*Parágrafo único. São também nulos os atos praticados por advogado impedido - no âmbito do impedimento - suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia.”*

23. Não estamos diante de uma mera irregularidade processual. Não se trata de apego irrefletido a formalidades. A petição inicial do autor popular não configura ato anulável. Tratando-se de nulidade, não há espaço para convalidação (arts. 168, parágrafo único, e 169 do Código Civil). A advogada constituída por ele após o ajuizamento da ação não pode sanar o defeito inicial, encampando a petição inicial subscrita apenas pelo autor como se fosse sua.

24. Não estamos diante da situação até certo ponto relativamente corriqueira de advogado que, por algum lapso, haja esquecido de juntar aos autos procuração após subscrever uma petição inicial.

---

<sup>6</sup> Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB), art. 28, inciso V: “A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: (...) V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza”.

Nesse caso, obviamente, é possível que o advogado que compôs a petição inicial e a protocolizou venha a sanar o vício, juntando aos autos a procuração. Situação bem diferente é a que consta desses autos: a petição inicial não foi subscrita por advogado inscrito na OAB, não havendo espaço para que uma procuração juntada *a posteriori* venha a, por passe de mágica, atribuir a autoria dos atos pretéritos ao profissional de advocacia.<sup>7</sup>

25. Vale inclusive lembrar que é infração disciplinar “*assinar qualquer escrito destinado a processo judicial ou para fim extrajudicial que não tenha feito, que não tenha colaborado*” (art. 34, V, da Lei nº 8.906, de 1994). Ou seja: se advogados não podem assinar escritos para os quais não concorreram de nenhuma forma, também não podem assumi-los para si posteriormente. A propósito, nem existe nos autos uma manifestação clara da causídica do autor no sentido de ratificar os atos anteriormente praticados por seu agora constituinte. O que há, como se viu, é um texto truncado e sem sentido lógico lançado na parte final da procuração, na qual o outorgante diz que “*dão [sic] ainda por ratificados todos os atos porventura já praticados em seus nomes [sic] pelo outorgante*”. Além de usar illogicamente o verbo no plural “*dão*”, nesse trecho o autor sugere que a petição inicial teria sido subscrita pela outorgada, o que não é verdade.

26. A situação concreta é até mais grave porque o subscritor da petição inicial é profissional da área policial, que desempenha atividade incompatível com a advocacia nos termos do já referido art. 28, inciso V, do Estatuto da Advocacia e da OAB.

27. Definitivamente, o ajuizamento de demanda por petição inicial subscrita por quem não é nem pode estar inscrito na OAB não é um detalhe que se possa simplesmente ignorar. Ainda se fosse possível sanar a petição inicial, seria necessário verificar se, por acaso, alcançou a finalidade, o que, como se verá adiante, não é o caso. Longe disso até. A petição inicial tem defeitos tão graves que, por si, prejudicam por demais a ampla defesa do Banco Central.

#### ***IV. Indevido manejo de ação popular para veicular pretensão investigativa: inadequação do procedimento e falta de interesse de agir***

28. O fato de a petição inicial ter sido composta por um delegado, e não por um advogado devidamente inscrito na OAB, explica bastante os descaminhos técnico-processuais da pretensão autoral. Aliás, esse caso é até exemplar no sentido de que não basta ser bacharel em Direito para se dominar a técnica advocatícia.

29. O que se extrai da petição inicial e de seu aditamento é uma coleção de suposições e especulações que poderiam em tese apontar para ilegalidades ou intuitos supostamente cavilosos por parte do Banco Central e de seus agentes no contexto da iniciativa Lift. O autor popular não é assertivo. Vislumbra ilegalidades potenciais. Não tem segurança sobre o que alega. O que ele pretende, em rigor, é investigar se as suas suspeitas se confirmam na prática.

---

7 Em boa verdade, a situação descrita pode, em tese, configurar o tipo descrito no art. 47 da Lei de Contravenções Penais, art. 47, *caput*, segundo o qual “[e] xercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício” está sujeito a pena de “*prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.*”

30. Contudo, quando se propõe uma demanda judicial espera-se que o autor tenha firmeza sobre o que alega. Espera-se que o autor indique que o fato ilícito X ocorreu, que a pessoa Y é a responsável, e que a conclusão jurídica é a sanção Z. Essa é a boa técnica de peticionamento. O autor não pode trabalhar com hipóteses, mas com assertivas. O autor não pode titubear ou colocar em dúvida as suas próprias alegações, pois o processo judicial contencioso não é uma técnica especulativa ou investigativa. Produzem-se, claro, provas durante a instrução processual. Mas a atividade probatória só faz sentido no contencioso judicial se autor e réu controvertem a respeito da existência de determinados fatos. A prova incide sobre alegações, e não sobre formulações hipotéticas. O Poder Judiciário não pode ser utilizado como órgão de consulta do autor ou servir para atividades puramente investigativas.

31. Como procedeu o autor popular no caso concreto? Em poucas palavras, supôs que ação popular seria instrumento para investigações próprias de inquérito civil ou de outros procedimentos preliminares.

32. Na petição inicial o autor trabalhou argumentando em torno de sua própria ignorância sobre o assunto, ao dizer, por exemplo: “*não foi localizado qualquer convênio ou licitação do Banco Central do Brasil com tal empresa para que [...]*” (id 969507157, p. 6); fez especulações do tipo “*por que tal empresa foi escolhida pelo Banco Central?*” (969507157, p. 8); pediu a intimação da Casa da Moeda do Brasil para que esclareça se “*participou do referido concurso [...]*” (id 969507157, p. 13), em vez de afirmar se houve participação ou não da entidade; pediu a intimação de representante da empresa Diferente Educação Corporativa Ltda. para prestar “*informações sobre como se deu processo de escolha no referido concurso público e como é remunerado para manter o site*”, a demonstrar que não tem segurança quanto às suas alegações (id 969507157, p. 13).

33. O caráter especulativo da demanda é ainda mais acentuado no “*aditamento à inicial*”, dessa vez subscrito tanto pelo autor popular como por sua advogada, mas cujo estilo não difere muito da petição inicial.<sup>8</sup> Não tem firmeza em suas alegações quem diz: “*daquela empresa que ainda não se sabe porque foi escolhida*” (id 974454181, p. 1); “*e agora fica mais claro o PRÊMIO DO CONCURSO PÚBLICO*” (*ibidem*); “*como que um [sic] revista do Banco Central do Brasil está num site privado e com empresas privado dando apoio?*” (*ibidem*); “*qual o tipo de apoio que essas empresas estão dando?*” (*ibidem*). E pior ainda é a especulação/ilação feita sobre as relações empregatícias pretéritas do presidente do Banco Central (*ibidem*, p. 3).

34. Em rigor, todas as questões suscitadas pelo autor na petição inicial e no aditamento poderiam ter sido objeto de regular pedido de acesso à informação de que trata a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, a Lei de Acesso à Informação (LAI). O que se busca com essa ação popular, antes de tudo, são esclarecimentos sobre um projeto do Banco Central cujos contornos e funcionamento o autor não tem senão uma noção muito difusa e confusa. Porém, para tanto, um processo judicial contencioso é inteiramente desnecessário. A via administrativa é mais do que suficiente.

35. Claro que, uma vez de posse de esclarecimentos e documentos obtidos a partir do exercício do direito regulamentado pela LAI, pode firmar o interessado convicção acerca do desacerto ou da ilegalidade da postura da Administração. Essa convicção, contudo, não será baseada em

---

<sup>8</sup> Nota-se, aliás, a ausência da arte que consta da procuração de id 971526662.

meras dúvidas, especulações ou ilações. Será uma convicção informada por dados e documentos fornecidos pela própria Administração.

36. É preciso superar a cultura do litígio judicial como remédio para todos os problemas da vida em sociedade. É preciso rechaçar imediatamente, desde o nascedouro, pretensões como essa deduzida pelo autor popular, pois se distanciam da técnica advocatícia e não atendem ao chamado “*interesse de agir*”. Demandas como essa partem do princípio de que tudo precisa passar por processo judicial contencioso.

37. Muito se fala academicamente em desjudicialização de conflitos, em consensualismo e em apoio a formas de resolução extrajudicial de controvérsias. Não faltam discursos que ressaltam as vantagens das soluções de conflitos que não passam pelo Judiciário.<sup>9</sup> Destacam normalmente maior celeridade, maior satisfação entre contendores e maior eficiência, em contraste com o processo judicial, sempre tido como lento, dispendioso e fonte de insatisfação. A propósito, em seu art. 3º, o CPC em vigor, ao tempo em que reitera a inafastabilidade da jurisdição (*caput*), determina que o “*Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*” (§ 2º). Mas não é só, pois o legislador emitiu recomendação especificamente a juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público para que estimulem a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos (§ 3º).

38. Contudo, há muitas formas de se desestimular a solução extrajudicial e consensual de controvérsias, indo, portanto, contra as disposições do art. 3º do CPC. Uma delas decorre da forma excessivamente flexível com que os requisitos para a apreciação do mérito das demandas (antiga “*condição da ação*”) são avaliados. Essa é a situação desses autos.

39. No âmbito do direito internacional público, após muitos conflitos, sofrimentos e desgraças humanitárias, hoje há consenso mundialmente de que o recurso à guerra deve ser excepcional. A guerra é o último método a ser buscado pelos Estados para solucionar suas divergências. Antes da guerra, exige-se e espera-se que potenciais contendores se esmerem a buscar uma solução por meio diplomático. O diálogo e negociações pacíficas precisam estimulados e ser exauridos antes da guerra. É o que se extrai dos termos do art. 33 da Carta das Nações Unidas de 1945, promulgada no Brasil na forma do Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.<sup>10</sup>

40. Se é assim no direito internacional público, por que, no direito processual deveríamos pensar o processo como primeira ou preferencial alternativa para a instauração e solução de controvérsias com o Poder Público a pretexto de bem aplicar o amplo acesso ao Judiciário?

41. O caso em discussão é emblemático. Sobretudo em demandas de cunho coletivo como a presente, é preciso ser mais criteriosos com o interesse de agir. Permitir que sindicatos, associações e outros legitimados instaurem judicialmente, do nada, um conflito coletivo, sem antes buscar um diálogo com a Administração ou simplesmente formular um pedido de informações à

<sup>9</sup> Remete-se, nesse ponto, à Resolução nº 125, de 29 de dezembro de 2010, que “[d]ispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”, do Conselho Nacional de Justiça, expedida em consideração à “necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de litígios”.

<sup>10</sup> “Artigo 33. 1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha. 2. O Conselho de Segurança convidará, quando julgar necessário, as referidas partes a resolver, por tais meios, suas controvérsias.”

Administração, significa menoscabar o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 3º CPC, e dar indevidamente à garantia da inafastabilidade da jurisdição amplitude sem nenhum limite.

42. Esse entendimento, inclusive, já foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na sessão plenária de julgamento de 3 de setembro de 2014, quando se apreciou o Recurso Extraordinário (RE) nº 631.240, sob a relatoria do Min. Roberto Barroso. Discutia-se na oportunidade se o prévio requerimento administrativo perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) seria requisito à configuração do interesse de agir por parte do segurado que pretende obter algum benefício previdenciário. Em boa hora, rejeitando a tese de que a inafastabilidade da jurisdição não teria limites, à unanimidade, o STF decidiu que não se poderia ir a juízo pedir um benefício previdenciário sem antes se acionar administrativamente o INSS, pois sem isso não seria possível falar em lesão ou ameaça a direito.<sup>11</sup>

43. Em contexto semelhante, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também tem entendido que a falta de requerimento extrajudicial prévio pode configurar ausência de interesse de agir, a exemplo do que se registrou no âmbito de sua Segunda Seção, por ocasião do julgamento em 10 de dezembro de 2014, do Recurso Especial (REsp) repetitivo nº 1.349.453/MS, sob a relatoria do Min. Luis Felipe Salomão (Tema 648).<sup>12</sup>

44. Nas demandas de exibição de documentos (pretensão mais assemelhada à do autor popular), o prévio requerimento administrativo tem sido também considerado indispensável pelo STJ para configuração do interesse de agir, a exemplo do que consta do julgamento do Agravo Interno (AgInt) no Agravo em Recurso Especial (AREsp) nº 1.403.993/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, na sessão de 29 de março de 2019, conforme se extrai da correspondente ementa:

*“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DO AUTOR.*

- 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, nas ações de exibição de documentos, a ausência de prévio requerimento administrativo denota a ausência de interesse de agir. Precedentes.*
- 2. Entende este Tribunal Superior, à luz dos princípios da sucumbência e causalidade, que, em ações de exibição de documentos, a parte requerida somente será condenada ao pagamento da sucumbência caso se repute indevida a resistência à apresentação da documentação pleiteada. Precedentes.*

<sup>11</sup> “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.

2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esaurimento das vias administrativas.

3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. [...]” Trechos da ementa do RE(RG) nº 631.240, Tema 1105.

<sup>12</sup> Eis o teor da tese firmada: “A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária”.

3. No caso em tela, restou consignado pelas instâncias ordinárias, com base no acervo fático-probatório, que o manejo da presente ação não foi precedido de requisição administrativa dos documentos pleiteados e que não houve pretensão resistida por parte da requerida. A revisão de tais premissas esbarra no óbice contido na Súmula 7/STJ. Precedentes.

4. Agravo interno desprovido.”

45. Os mesmos fundamentos de decidir devem ser aplicados ao caso em discussão com razão ainda maior. Demandas coletivas demandam maior seriedade e responsabilidade no que tange à técnica de peticionamento e à satisfação das chamadas “condições da ação”. Se um particular, para defender judicialmente direito seu, precisa antes ter pedido junto ao INSS o benefício almejado, por que deveríamos admitir que um cidadão promova ação popular lançando ilações e pleiteando o esclarecimento de questões e situações que poderiam ser prestadas administrativamente segundo o procedimento da LAI?

46. Não existindo, portanto, necessidade de se instaurar um contencioso judicial para obtenção de informações e esclarecimentos sobre o Lift, não há, por consequência, interesse de agir do autor, de modo que o processo deve ser extinto sem resolução do mérito nos termos do art. 485, VI, do CPC.

#### *V. Justificativa e histórico regulatório do Lift*

47. Uma crítica muito comum à Administração Pública é o seu caráter excessivamente reativo. Diz-se que a Administração é lenta para se adaptar aos novos tempos e novas tecnologias; que é formalista e burocrática; que é pouco inventiva; que é imprevidente; que não se prepara para solucionar problemas em potencial; que tende à estática, ao passo que o mercado tenderia para um maior dinamismo; e por aí vai.

48. A crítica pode ser ou não considerada pertinente. Não se discute isso nos autos. Porém, convém reconhecer que temos observado grande avanço das ciências e das tecnologias, a diversificação cada vez mais rápida das relações interpessoais e econômicas, e a construção de um mundo cada dia mais interconectado, globalizado e interdependente. Nunca o futuro foi tão imponderável. Nesse quadro, não é possível que a Administração siga presa a um paradigma pensado para uma época analógica, estática e previsível, com mecanismos de autoridade e controle.<sup>13</sup>

49. Mas o que é o Lift a não ser uma tentativa de a Administração acompanhar o desenvolvimento de projetos do mundo financeiro, antecipando-se a eventuais problemas, buscando, desde sempre, soluções?

50. Como se verá amiudadamente, o Lift representa um esforço de modernização da Administração. É, de fato, uma iniciativa inovadora, que não se utiliza de instrumentos administrativos tradicionais, e talvez por isso cause alguma perplexidade. Mas, com disposição para superar visões concebidas à época do paradigma formal-burocrático de Administração, não será difícil entender sua aderência ao ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>13</sup> Sobre o tema, cf. APOLINÁRIO DE ALENCAR, Leandro Zannoni. *O novo direito administrativo e governança pública: responsabilidade, metas e diálogos aplicados à Administração Pública do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, e REZENDO DE OLIVEIRA, Rafael Carvalho. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

51. Antecedente importante do Lift foi a celebração do anexo Acordo de Cooperação nas áreas Ambiental, Cultural, Social, Técnica, de Comunicação e de Educação Financeira, em 27 de junho de 2017, pelo Banco Central e a Federação Nacional de Associações dos Servidores do Banco Central (Fenasbac), tornado possível em função de convergência de interesses entre as partes (doc. 1).

52. Publicado em extrato na edição de 29 de junho de 2017 (doc. 2), o objeto da avença é “a realização de cooperação nas áreas ambiental, cultural, social, técnica, de comunicação e de educação financeira [...], visando, dentre outros, ao intercâmbio de conhecimento, de informações e de experiências, e à colaboração para a promoção, a organização e a realização de eventos, tais como congressos, cursos, debates, palestras, seminários, simpósios, workshops, sobre temas de interesse comum.”

53. Vale ressaltar que antes da celebração do Acordo de Cooperação entre o Banco Central e a Fenasbac, a PGBC produziu em 29 de maio de 2017 a Nota Jurídica 1600/2017-BCB/PGBC<sup>14</sup> (doc. 3), a qual concluiu pela possibilidade de aprovação, sem necessidade de procedimento licitatório. Na ocasião enquadrado-se o arranjo dentro do conceito de convênio administrativo, extremado-o da ideia de contrato administrativo.

54. O Acordo se tornou possível também porque, nos termos do art. 1º de seu Estatuto<sup>15</sup>, a Fenasbac qualifica-se como uma “sociedade civil sem fins lucrativos com patrimônio e personalidade jurídica de suas filiadas, com sede e foro em Brasília, constituída pelas Associações dos Servidores do Banco Central – ASBAC”. Trata-se de sociedade civil formada por entidades associativas, com objetivos delineados no art. 2º de seu Estatuto confluem em parte com os objetivos do Banco Central, *verbis*:

“Art. 2º - A FENASBAC tem por objetivos:

I - orientar, estimular, propagar, promover e patrocinar o aprimoramento das atividades de natureza sócio-cultural-recreativa e esportiva, desenvolvidas por suas filiadas, visando ao bem-estar e ao conagraamento dos seus associados; (\*\*)

II - elaborar, promover, patrocinar e realizar eventos de natureza técnica, cultural ou social voltados a comunidade, estudos, pesquisas, consultoria, assessoria e treinamento, relacionados com suas atividades, com as do Banco Central do Brasil ou de relevante interesse para a sociedade, como inovação e tecnologia; (\*\*)

III - representar junto ao Banco Central do Brasil, entidades congêneres, poderes públicos constituídos e quaisquer outras entidades, com o objetivo de defender os legítimos interesses e prerrogativas das filiadas;

IV - incentivar, promover e celebrar, via suas filiadas ou diretamente, convênios, acordos, intercâmbio de atividades, operações de compra, venda e intermediação de produtos, com instituições ou empresas em geral; (\*\*)

V - administrar, centralizadamente, ou por delegação, as atividades de consórcios, seguros de vida, PGAFI - Programa Geral de Assistência Financeira, inovação, tecnologia e outras que o Conselho Gestor vier a estabelecer. (\*) (\*\*)

(\*) Redação alterada consoante Ata da AGE de 29.01.2000;

(\*\*) Redação alterada consoante Ata da AGE de 14.11.2019.”

14 De autoria do Procurador do Banco Central Sérgio Murta Machado Filho, com despachos de aprovação do Subprocurador-Chefe, substituto, Eneilson Adriane de Lima Santos, e do Subprocurador-Geral Leonardo de Oliveira Gonçalves.

15 Disponível em <https://www.fenasbac.com.br/institucional/estatuto-social>. Acesso em 19 de março de 2022.

55. Inicialmente, contudo, o Acordo de Cooperação não contemplava a ideia que viria a se configurar como o Lift. Isso só começou a se desenhar claramente a partir do 1º Aditivo, firmado em 9 de maio de 2018 (doc. 4), cujo extrato foi divulgado na edição de 14 de maio de 2018 do Diário Oficial da União (DOU) (doc. 5).

56. Como de praxe, previamente, a PGBC foi instada a se manifestar sobre a regularidade jurídica da minuta do 1º aditivo, tendo sido produzida a Nota-Jurídica 1349/2018-BCB/PGBC, de 24 de abril de 2018<sup>16</sup> (doc. 6), a qual concluiu pela aprovação, com ressalvas redacionais. Para melhor contextualização da análise empreendida pela PGBC, e a demonstrar que o Lift, diversamente das ilações constantes da petição inicial, está escorado em séria análise jurídico-administrativa, transcrevem-se abaixo fragmentos pertinentes da manifestação consultiva:

*“Trata-se do primeiro aditivo ao Acordo de Cooperação (doc. 5) firmado entre o Banco Central do Brasil (BCB) e a Federação Nacional de Associações dos Servidores do Banco Central (Fenasbac), cujo objeto consiste na ‘(...) realização de cooperação nas áreas ambiental, cultural, social, técnica, de comunicação e de educação financeira (...), visando, dentre outros, ao intercâmbio de conhecimento, de informações e de experiências, e à colaboração para a promoção, a organização e a realização de eventos, tais como congressos, cursos, debates, palestras, seminários, simpósios, workshops, sobre temas de interesse comum.’*

*2. O aditivo tem por objeto a inclusão de plano de trabalho anexo ao Acordo de Cooperação (AC), com vistas a viabilizar o Laboratório de Inovação Financeira e Tecnológica (LIFT), voltado à pesquisa aplicada.*

*3. A descrição da ferramenta, os possíveis participantes e os objetivos a serem alcançados constam do plano de trabalho nos seguintes termos:*

#### **1. OBJETIVO**

*(...) O LIFT terá a configuração de ambiente colaborativo virtual no qual poderão participar: fornecedores de tecnologias, agentes da academia e membros da sociedade com vistas à proposição, ao desenvolvimento e à análise de projetos de inovação tecnológica especialmente aplicados à indústria financeira. De forma resumida, o LIFT promoverá um espaço virtual para o encontro de fornecedores de tecnologia com os proponentes de projetos de inovação interessados em assuntos ligados ao sistema financeiro.*

*O LIFT se materializará como um site de submissão de projetos a partir de uma lista de temas e tecnologias definidas em conjunto entre a FENASBAC e o BCB.*

#### **2. METAS**

*a) Criar ambiente colaborativo para o incentivo da inovação no âmbito da indústria financeira e para troca de experiências entre a academia, a indústria financeira e a sociedade civil.*

*b) Identificar as tendências tecnológicas e as ideias potencialmente disruptivas na indústria financeira.*

*c) Fortalecer institucionalmente a FENASBAC e o BCB com a vinculação a iniciativas de inovação.’*

*4. O mesmo instrumento encerra ainda as obrigações dos partícipes, as etapas do acordo e a previsão de execução. Além disso, o plano de trabalho prevê a ausência de transferência de recursos.*

<sup>16</sup> De autoria do Procurador do Banco Central do Brasil José Henrique Reis Rodrigues, com despacho de aprovação da Subprocuradora-Chefe de Juliana Marques França.

5. *A propósito, importa salientar que a cláusula oitava do acordo original preceitua a possibilidade de sua alteração, a qualquer tempo, ‘a critério dos partícipes’.*
6. *Além disso, o objeto do aditivo se insere dentro do escopo do AC, não havendo alteração de sua natureza, tampouco recursos financeiros a serem despendidos pelos partícipes.*
7. *Cumpra mencionar ainda que a proposta está justificada pelo Departamento de Tecnologia da Informação (Deinf) no despacho a que se refere o doc. 9:*
- ‘A academia, o mercado e o próprio Banco Central vem desenvolvendo estudos acerca do tema inovação tecnológica voltado ao sistema financeiro, notadamente por se utilizar de tecnologia de vanguarda, sendo oportuno fomentar a pesquisa aplicada aos negócios financeiros. Neste contexto, a Fenabac indicou interesse no debate do citado assunto, inclusive objeto do objeto do seu Acordo de Cooperação com Banco Central. Dessa forma, após reuniões com a Fenabac, houve entendimentos que se consubstanciou no Plano de Trabalho, anexo à minuta de aditivo, doc. 8.’*
8. *Portanto, o aditivo em tela não encerra óbices de natureza legal, podendo ser celebrado na forma em que minutado (doc. 8), com a única ressalva de que a cláusula primeira agregue, ainda que de forma resumida, a indicação da ferramenta a ser instituída pelos partícipes, a fim de possibilitar uma pronta identificação do teor do respectivo plano de trabalho. Para tanto, pode ser adotada a seguinte redação sugestiva:*
- ‘CLÁUSULA PRIMEIRA – Pelo presente instrumento, o BCB e a FENASBAC acordam em estabelecer o anexo Plano de Trabalho, com o objetivo de criar e definir o Laboratório de Inovação Financeira e Tecnológica (LIFT), voltado à pesquisa aplicada.’*
9. *Ante o exposto, e considerando o disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, tenho que o primeiro aditivo ao AC goza de respaldo jurídico para a sua celebração, na forma da correspondente minuta, ressalvado o disposto no parágrafo anterior desta manifestação.”*

57. Como se nota da exposição acima, o Lift não se assemelha a um concurso público, como sem acuro técnico o autor popular se referiu na petição inicial. Por meio do Lift não são selecionadas pessoas a preencher cargos públicos de provimento efetivo, em desatendimento ao disposto no art. 37, inciso II, da Constituição. O Lift também não tem por objetivo escolher trabalho técnico, científico ou artístico, mediante instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores (art. 22, § 4º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e art. 6º, XXXIX, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021). Não há nenhum sentido técnico-jurídico da expressão “concurso público” que sirva para enquadrar o Lift.

58. Cabe destacar também que marco importante para o Lift é o 3º Aditivo ao Acordo de Cooperação entre o Banco Central e a Fenabac, firmado em 26 de novembro de 2019 (doc. 7), e publicado por extrato na edição do DOU de 28 de novembro de 2019 (doc. 8), que veio a estabelecer um novo plano de trabalho para o Lift, ampliando-lhe o escopo para abarcar maior aproximação com o ambiente acadêmico. Referido aditivo foi igualmente objeto de apreciação prévia por parte da PGBC, na forma da Nota Jurídica 3613/2019-BCB/PGBC<sup>17</sup>, de 23 de outubro de 2019, da qual se extraem as seguintes considerações:

*“Tratam estes autos eletrônicos da celebração e subsequente execução de acordo de cooperação técnica (doc. 5) entre o Banco Central do Brasil (BCB) e a Federação Nacional de Associações dos Servidores do Banco Central (FENASBAC), tendo por objeto, nos termos constantes da Cláusula Primeira, a*

<sup>17</sup> De autoria do Procurador do Banco Central Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos, com despachos de aprovação da Subprocuradora-Chefe Juliana Marques França.

‘realização de cooperação nas áreas ambiental, cultural, social, técnica, de comunicação e de educação financeira entre o BCB e a FENASBAC, visando, dentre outros, ao intercâmbio de conhecimento, de informações e de experiências, e à colaboração para a promoção, a organização e a realização de eventos, tais como congressos, cursos, debates, palestras, seminários, simpósios e workshops sobre temas de interesse comum.’

2. O acordo em questão foi aditado por duas vezes, sendo a primeira delas (doc. 13) para estabelecer um novo plano de trabalho – criando o Laboratório de Inovação Financeira e Tecnológica (LIFT), voltado à pesquisa aplicada – e a segunda (doc. 32) para prorrogar a sua vigência, estendendo-a até o dia 28 de junho de 2021.

3. Posteriormente, o Departamento de Tecnologia da Informação (Deinf) propôs, por meio do Despacho 31781/2019-BCB/DEINF (doc. 39), celebrar um terceiro aditivo ao mesmo acordo de cooperação, estabelecendo um novo plano de trabalho a ser executado. Nas palavras usadas pela unidade técnica proponente,

‘trata-se de aditivo ao Acordo de Cooperação com a Fenasbac para a realização conjunta do módulo Learning no Laboratório de Inovação Financeira e Tecnológica (LIFT), voltado à pesquisa aplicada. O êxito no desenvolvimento do projeto do LIFT ensejou a sua ampliação com o desenvolvimento de uma iniciativa voltada especificamente para a interação da academia com o SFN, a ser coordenada pela FENASBAC dentro do presente acordo de cooperação. Após reuniões com a Fenasbac, houve entendimentos que se consubstanciou no Plano de Trabalho, anexo à minuta de aditivo. Propomos, assim, encaminhar o assunto e, se de acordo, submeter a minuta à Procuradoria para análise.’

4. A leitura da minuta de aditivo proposta (doc. 38) revela a intenção de estabelecer um novo plano de trabalho para ser executado no âmbito do Acordo de Cooperação em questão, chamado ‘Lift Learning’, pelo qual se busca ‘aproximar universidades ao ecossistema colaborativo de inovação do LIFT – Laboratório de Inovações Financeiras e Tecnológicas.’

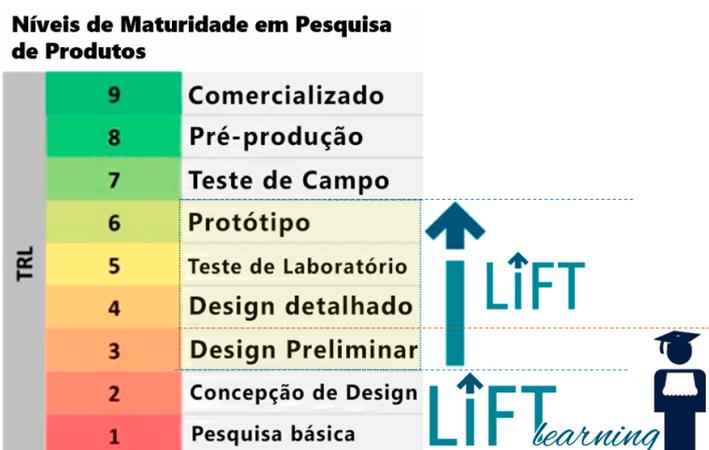
5. Não há, tanto no texto da minuta quanto no do plano de trabalho a ela anexo, qualquer dispositivo ou proposta que contrarie os princípios e as regras administrativas vigentes, razão pela qual não se vislumbra óbices jurídicos à celebração do aditivo de que se cuida. É de salientar, aliás, que a implantação do plano de trabalho em questão se adequa aos objetivos do acordo, que abrangem o ‘intercâmbio de conhecimento, de informações e de experiências’.

[...]

8. Deve ser ressaltado, por fim, que a minuta em exame não obriga o BCB a assumir novos compromissos financeiros em função do ajuste, e que há previsão de cláusula (a segunda) ratificando os demais termos do acordo originalmente celebrado.

7. Ante todo o exposto, pode-se concluir que não há óbices jurídicos à celebração do aditivo de que se cuida nem à minuta oferecida pelo Deinf, com a recomendação de efetuar ajustes de caráter meramente formal, na linha do contido no item 6 desta manifestação jurídica.”

59. Com relação aos níveis de maturidade de pesquisa de produtos até sua comercialização, com base no 3º Aditivo, o Lift passou então a compreender os níveis 1 e 2 de pesquisa básica e concepção de design (Lift Learning), e 3 a 6, de design preliminar, design detalhado, teste de laboratório, protótipo (Lift Lab), conforme figura abaixo extraída do correspondente Plano de Trabalho:



60. Subsequentemente, o Lift ganhou mais corpo, para passar a alcançar ações na área de sustentabilidade, por ocasião da publicação do 4º Aditivo ao Acordo de Cooperação entre o Banco Central e a Fenabac, que veiculou novo Plano de Trabalho(doc. 9), cujo extrato foi publicado na edição de 28 de junho de 2021 do DOU (doc. 10), mais uma vez antecedido por apreciação jurídica por parte da PGBC, dessa vez na forma do Parecer Jurídico 345/2021-BCB/PGBC<sup>18</sup>, de 8 de junho de 2021 (doc. 11), e da Nota Jurídica 2305/2021-BCB/PGBC<sup>19</sup>, de 18 de junho de 2021 (doc. 12).

61. Mais recentemente, em 15 de outubro de 2021, o Lift veio a ganhar novo marco a partir de consulta de dirigida à PGBC pela área técnica (doc. 13), ocasião em que se indagou se o arranjo já existente era “viável para a realização de provas de conceito e experimentos relacionados a possível emissão de um Real Digital”. Ao se manifestar sobre a questão sob a forma do Parecer Jurídico 777/2021-BCB/PGBC (doc. 14)<sup>20</sup>, de 22 de novembro de 2021, a PGBC concluiu positivamente pela viabilidade. Entre as considerações lançadas pela PGBC na ocasião, destacam-se:

“6. A propósito, entendo que a realização de provas de conceito e experimentos voltada à eventual emissão de um Real Digital, nos moldes relatados pelo Deinf, insere-se no escopo do Acordo de Cooperação Técnica (ACT) de que ora se trata, o qual compreende, como visto, a (...) realização de cooperação nas áreas ambiental, cultural, social, técnica, de comunicação e de educação financeira (...), visando, dentre outros, ao intercâmbio de conhecimento, de informações e de experiências, e à colaboração para a promoção, a organização e a realização de eventos, tais como congressos, cursos, debates, palestras, seminários, simpósios, workshops, sobre temas de interesse comum”.

7. A iniciativa também guarda conformidade com o plano de trabalho anexo ao quarto aditivo do referido acordo (doc. 73), que tem como metas ‘criar ambiente colaborativo para o incentivo da inovação no âmbito da indústria financeira e para troca de experiências entre a academia, a indústria financeira e a sociedade civil’ (item 2.a) e ‘identificar as tendências tecnológicas e as ideias potencialmente disruptivas na indústria financeira’ (item 2.b).

8. Portanto, é inequívoca a pertinência temática da proposta em apreço com os documentos nos quais se baseia e que lhe conferem respaldo jurídico. Nesse sentido, ratifico o entendimento da área técnica quanto

18 De autoria da Procuradora do Banco Central Fátima Regina Máximo Martins Gurgel, com sucessivos despachos de aprovação da Subprocuradora-Chefe Juliana Marques Franca e do Subprocurador-Geral Leonardo de Oliveira Gonçalves.

19 De autoria do Procurador do Banco Central Fabrício Torres Nogueira, com despacho de aprovação da Subprocuradora-Chefe Juliana Marques Franca.

20 De autoria do Procurador do Banco Central do Brasil José Henrique Reis Rodrigues, com despacho de aprovação da Subprocuradora-Chefe Juliana Marques França.

à existência de amparo no aludido ACT e no seu respectivo plano de trabalho, para que se promova, dentro do prazo de vigência do acordo e **sem ônus para o BCB**, a realização de provas de conceito e experimentos com o objetivo de avaliar casos de uso de moeda digital emitida por esta Autarquia (Real Digital), bem como sua viabilidade tecnológica.

9. Quanto à materialização da iniciativa, a área técnica apresentou minuta de regulamento (doc. 77) da 'Edição Especial Real Digital do Laboratório de Inovações Financeiras e Tecnológicas (Lift Rd)', em linha de coerência com a orientação fornecida pela PGBC ao examinar a forma de inclusão de regulamento no âmbito deste mesmo ACT. Confira-se:

'O Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre o Banco Central do Brasil e o Instituto Lemann tem por um dos objetivos 'unir esforços para a realização de atividades e projetos em conjunto na área de cidadania financeira', e estimular a criação de 'aplicativos de uso social e prático para o dia-a-dia das pessoas, e dessa forma se ampliar a divulgação e uso das bases de dados abertas do Banco Central (...)' (Cláusula Primeira – 1.2).

Por sua vez o Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre o Banco Central do Brasil e a Fenasbac tem por um dos objetos a realização de cooperação nas áreas de educação financeira, por meio de quaisquer atividades de interesse comum (Cláusula Primeira e parágrafo único).

O concurso 'Ampliando a Cidadania Financeira no Brasil' pretende promover o desenvolvimento e a aplicação de soluções inovadoras de modo a reforçar a cidadania financeira no Brasil, com o desenvolvimento de 'aplicativos para dispositivos móveis que utilizem pelo menos uma base de dados do Portal de Dados Abertos do BCB', nos termos do seu regulamento.

Dessa forma, tem-se que o concurso 'Ampliando a Cidadania Financeira no Brasil' se ajusta tanto ao objeto do Acordo de Cooperação Técnica com a Instituição Lemann quanto ao celebrado com a Fenasbac, razão pela qual não há óbice jurídico que o certame seja realizado pelo Banco Central do Brasil em parceria com a Fundação Lemann e com a Fenasbac.

**Para tanto, o regulamento do concurso, a critério da área técnica, deve constar como anexo dos dois acordos de cooperação técnica por meio de termo aditivo, ou somente fazer menção aos referidos acordos e ser anexado aos PEs respectivos.'**(doc. 18, grifos acrescidos).

10. Compulsando a minuta da Lift Rd juntada aos autos, não identifiquei óbice de natureza legal. Sem embargo, recomendo que a formatação do instrumento siga o mesmo modelo empregado no regulamento anterior (doc. 19), em homenagem ao princípio da simetria das formas, com expressa referência em seu corpo ao ACT celebrado entre esta Autarquia e a Fenasbac, conforme preconizado pela PGBC."

62. Por último, calha destacar a superveniência da Resolução-BCB nº 185, de 15 de fevereiro de 2022<sup>21</sup>, que instituiu Comitê Executivo de Gestão (CEG) da edição Lift Challenge Real Digital, de natureza deliberativa (doc. 15), cujas competências encontram-se descritas em seu art. 2º, *verbis*:

"Art. 2º O CEG do LIFT CHALLENGE REAL DIGITAL será o responsável:

I – Pela definição da ênfase relacionada ao REAL DIGITAL;

21 Todos os normativos do Banco Central estão disponíveis no site da Autarquia: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/buscanormas>.

- II – Pela indicação, em comum acordo com as áreas do BCB, dos membros participantes do Grupo de Acompanhamento de Projetos, GAP
- III – Pelo recebimento, durante um período definido, das propostas de projetos de inovação tecnológica dentro dos padrões estabelecidos na chamada específica;
- IV – Pela avaliação e seleção das propostas de projetos, conforme os critérios previamente definidos pelo próprio CEG;
- V – Pela aprovação do relatório técnico do GAP, quando for o caso; e
- VI – Pela resolução de assuntos não previstos.”

63. Atualmente esses são os marcos mais relevantes para a compreensão do Lift em suas várias propostas, **valendo destacar ausência de previsão de transferência de recursos financeiros por parte do Banco Central.**

## VI. Noção geral e funcionamento básico do Lift

64. No artigo “LIFT – Laboratório de Inovação Financeira e Tecnológica”, publicado em março de 2019 na primeira edição da revista Lift Papers<sup>22</sup>, os autores André Henrique de Siqueira, Marcus Vinícius Cursino Soares, Rafael Sarres de Almeida, Ricardo Fernandes Paixão, José Deodoro de Oliveira Filho, Aristides Andrade Cavalcante Neto explicam que o Lift foi concebido originalmente como *sandbox* setorial, com o propósito de “apresentação de protótipos de soluções tecnológicas para o Sistema Financeiro Nacional”.<sup>23</sup> Os autores acentuam que o Lift está compreendido na percepção de que as constantes inovações tecnológicas no setor financeiro, ao tempo em que tendem a proporcionar maior comodidade e diminuir custos para os usuários/consumidores, têm a propriedade também de causar impactos e riscos à estabilidade dos mercados. Nesse contexto, faz-se necessário que a autoridade regulatória acompanhe de perto os processos de inovação por meio dos chamados “facilitadores de inovação”, assim explicados pelos autores do artigo:

“Os facilitadores de inovação, em geral, tomam a forma de centros de informação (innovation hubs) e sandboxes. Innovation hubs são um ponto de contato para empresas esclarecem dúvidas sobre assuntos relacionados à fintechs, assim como orientação sobre expectativas regulatórias e processos de licenciamento. Sandboxes, por outro lado, são arranjos que permitem às empresas desenvolver e testar de forma controlada. Quando o objetivo do arranjo é testar a ideia, dentro de um ambiente segregado, sem contato com consumidores, é denominado *sandbox* setorial. Em geral eles se realizam sob a forma de provas de conceito e prototipações. Quando o objetivo do arranjo é realizar um teste no mercado, de forma limitada, é denominado *sandbox* regulatória. Nessa *sandbox*, a realização do teste está sujeito a um plano de teste acordado e monitorado pela autoridade competente (EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES, 2019).”

<sup>22</sup> Disponível em <https://revista.liftlab.com.br/lift/article/view/2/23>.

<sup>23</sup> “O termo *sandbox* como já falamos significa literalmente ‘caixa de areia’. Remete-se, pois, às caixas de areia presentes em parques e praças onde crianças brincam e podem experimentar certa liberdade de criação em um ambiente controlado, isto é, sob a vigilância dos pais. Advém daí a ideia de criar espaços onde novas tecnologias e produtos podem ser testados de forma a respeitar as inovações que introduzem, mas limitando sua abrangência de modo a manter a segurança geral sob controle. Os chamados ‘ambientes de testes’, ‘áreas de testes’ ou ‘banco de testes’, traduções comuns para o termo *sandbox*, são conceitos bem estabelecidos em áreas de pesquisa clínica, farmacêutica, segurança computacional, desenvolvimento de software, além da hoje robusta indústria de games. (...) Nesse sentido, o *Sandbox* não seria nada mais do que uma nova abordagem para os poderes reguladores e supervisores, segundo o qual se permitiria a experimentação dentro do ecossistema para testar produtos num quadro bem restrito e limitado.” FEIGELSON, Bruno e LEITE, Luiza. **Sandbox**: experimentalismo no direito exponencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 113 e 114. O termo *sandbox* setorial refere-se ao objetivo de criar um espaço para empresas estabelecidas e regulador possam colaborar na criação de produtos, geralmente sem isenção regulatória. Cf. PAIXÃO, Ricardo Fernandes. **Banco Central ganha prêmio de melhor iniciativa de sandbox do mundo**. Jota. INOVA&AÇÃO. Julho de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3wisprZ>. Acesso em: 19 mar. 2022.

65. Uma comparação interessante que facilita a compreensão dos *sandboxes* setoriais dá-se com os chamados “*ambientes de homologação*” de *softwares* próprios da ciência da computação. Nesse ambiente, a ideia é verificar a ocorrência de erros e a segurança do sistema, testar como está funcionando o aplicativo, avaliar a experiência do usuário e corrigir eventuais falhas antes do lançamento do “*ambiente de produção*”. Antes da entrada em funcionamento efetivo (produção), os *softwares* passam por uma fase prudencial de simulação (homologação). Almeja-se, com isso, que todos os problemas e defeitos sejam identificados antes mesmo do lançamento da versão definitiva do *software*. A situação assemelha-se também à pesquisa e desenvolvimento de fármacos, os quais não são lançados ao mercado sem passar por uma longa trajetória voltada a minimizar riscos à saúde e a verificar a eficiência do produto.

66. Os *sandboxes* setoriais, aplicados atualmente ao sistema financeiro e a outros setores da economia, por assim dizer, são uma extrapolação dessa técnica prudencial da ciência da computação, proporcionando posteriormente a submissão de um produto à *sandbox* regulatória. Vai nesse sentido o seguinte excerto do artigo “*LIFT – Laboratório de Inovação Financeira e Tecnológica*”:

*“A sandbox setorial tem como objetivo criar um espaço para fintechs e empresas financeiras colaborarem em novos produtos e provas de conceito num ambiente fora do mercado e sem consumidores. Não há implicações regulatórias em testar fora do mercado. Dessa forma, a criação de um ambiente regulatório customizado, como nas sandboxes regulatórias, não é necessário. O ambiente de sandbox setorial pode ser usado para simular comportamento de consumidores para testar aplicações e, até mesmo, para preparar um novo produto para submissão à sandbox regulatória.”*

67. Maiores detalhamentos sobre as diferenças entre *sandbox* setorial e regulatória serão exploradas oportunamente em sede de contestação, caso haja citação do Banco Central. Para o propósito dessa manifestação, cabe acentuar que o Lift é um ambiente seguro para o desenvolvimento de ideias que podem se tornar produtos e serviços capazes de impactar em tese o mercado financeiro. Nos termos do anexo Plano de Trabalho ao 1º Aditivo do Acordo de Cooperação entre o Banco Central e a Fenasbac (doc. 4), o LIFT “*terá a configuração de ambiente colaborativo virtual no qual poderão participar: fornecedores de tecnologias, agentes da academia e membros da sociedade com vistas à proposição, ao desenvolvimento e à análise de projetos de inovação tecnológica especialmente aplicados à indústria financeira.*”

68. As edições do Lift ocorrem usualmente em uma base anual, já tendo ocorrido quatro edições no período de 2018 a 2021, sendo que o autor popular volta-se a impugnar o chamado Lift Challenge, que é uma edição especial do Lift Lab focada no Real Digital, na esteira do 4º Aditivo ao Acordo de Cooperação.

69. Seja como for, por todo o exposto, bem diversamente do que sugerido na petição inicial, o Lift configura instrumento tendente a promover maior transparência e diálogo entre o Banco Central, seus entes regulados, a academia e a sociedade em geral, sendo reconhecido e premiado<sup>24</sup>. As comunicações do Lift são realizadas por meio dos canais de comunicação do Banco Central e da Fenasbac, o que envolve comunicações em seus websites e mídias sociais. Trata-se de esforço

---

<sup>24</sup> PAIXÃO, Ricardo Fernandes. **Banco Central ganha prêmio de melhor iniciativa de sandbox do mundo**. Jota. INOVA&AÇÃO. Julho de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3wisprZ>. Acesso em: 19 mar. 2022.

necessário para que o Banco Central possa cumprir, sem sobressaltos, suas missões em meio a um ambiente cada vez mais dinâmico.

70. Não existe plausibilidade do direito, tampouco há risco de dano capaz de justificar uma decisão concessiva de tutela de urgência nesta ação popular.

## VII. Outras questões

### VII. a) Inexistência de relação jurídica entre o Banco Central e a Difzrente Educação Corporativa Ltda. (CNPJ 04.979.082/0001-19)

71. Em meio ao arranjo regulatório que propiciou o Lift, coube à Fenasbac montar um ambiente virtual para o desenvolvimento da iniciativa, conforme item 3.3. do Plano de Trabalho. Nesse contexto, foi a Fenasbac quem travou relação jurídica com a Difzrente Educação Corporativa Ltda. (CNPJ 04.979.082/0001-19) a fim de viabilizar o sítio [www.liftlab.com.br](http://www.liftlab.com.br). Diversamente das ilações lançadas na petição inicial, não há relação jurídica entre o Banco Central e a Difzrente Educação Corporativa Ltda., de modo que sentido nenhum faz reclamar de falta de licitação.

72. De todo modo, conforme se nota em consulta realizada no registro.br<sup>25</sup> já se verifica que os domínios liftchallenge.com.br e liftlab.com.br pertencem à Fenasbac:

#### Domínio liftchallenge.com.br

TITULAR	Fenasbac Fed. Nacional de Assoc Serv Banco Central
DOCUMENTO	33.350.620/0001-00
RESPONSÁVEL	Jamil Fenasbac
ENDEREÇO*	SBS QDA. 02 BLA ED. CASA DE SÃO PAULO, 1º, 7º
ENDEREÇO*	70078-900 - Brasília - DF
PAIS	BR
TELEFONE*	(61) 33231055 [212]
CONTATO DO TITULAR	HEDAN4
CONTATO TÉCNICO	MVCSU
SERVIDOR DNS	a.auto.dns.br v
SERVIDOR DNS	b.auto.dns.br v
REGISTRO DS	33150 ECDSA-SHA-256 75E4BA8953FB47E1FD841E3EBCD43D91123C2F614C4BC3A6AB5C6A663034E7E0 v
SACI	Sim
CRIADO	29/10/2021 #23625799
EXPIRAÇÃO	29/10/2022
ALTERADO	25/11/2021
STATUS	Publicado

#### Domínio liftlab.com.br

TITULAR	Fenasbac Fed. Nacional de Assoc Serv Banco Central
DOCUMENTO	33.350.620/0001-00
RESPONSÁVEL	Jamil Fenasbac
PAIS	BR
CONTATO DO TITULAR	HEDAN4
CONTATO TÉCNICO	SETIN16
SERVIDOR DNS	ns1.locaweb.com.br v
SERVIDOR DNS	ns2.locaweb.com.br v
SERVIDOR DNS	ns3.locaweb.com.br v
SACI	Sim
CRIADO	14/02/2018 #18019707
EXPIRAÇÃO	14/02/2024
ALTERADO	18/03/2022
STATUS	Publicado

<sup>25</sup> <https://registro.br/tecnologia/ferramentas/whois/?search=>.

## VII. b) Regularidade do Acordo de Cooperação entre o Banco Central e a Fenabac

73. Apesar dos defeitos da petição inicial, com alguma boa vontade é possível entender que um dos fundamentos utilizados pelo autor para sustentar seus pedidos seria a falta de licitação. Contudo, não tem razão o autor nesse particular.

74. A respeito da figura do convênio (em sentido amplo) e da sua diferenciação dos contratos, vale lembrar os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho<sup>26</sup>, *verbis*:

*“Consideram-se convênios administrativos (ou convênios de cooperação) os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público.*

*Como bem registra a clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES, convênio e contrato não se confundem, embora tenham em comum a existência de vínculo jurídico fundado na manifestação de vontade dos participantes. A rigor, pode admitir-se que ambos os ajustes se enquadram na categoria dos contratos lato sensu, vez que neles estão presentes os elementos essenciais dos negócios consensuais. Para a distinção entre eles, contudo, os contratos serão considerados stricto sensu, vale dizer, como uma das espécies da categoria genérica dos contratos.*

*No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Neste tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro, que é almejado pelas partes no contrato. De fato, num contrato de obra, o interesse da Administração é realizar a obra, e o do particular, o recebimento do preço. Num convênio de assistência a menores, porém, esse objetivo tanto é do interesse da Administração como também do particular. Por isso, pode-se dizer que as vontades não se compõem, mas se adicionam. [...]”*

75. No âmbito dos convênios, sejam firmados apenas por entes públicos ou entre entes públicos e particulares, *não há falar de benefício pessoal ou cunho egoístico a que se refere Marçal Justen Filho, não sendo lógico cogitar, por consequência, de necessidade de prévio procedimento licitatório:*

*“Quando o convênio é praticado entre pessoas integrantes da Administração Pública, existe uma conjugação de esforços e recursos estatais para o cumprimento de funções comuns.*

*Mesmo quando algum particular participa do convênio, a licitação não se faz necessária porque as partes do convênio não visam a extrair algum benefício pessoal a partir da execução da avença. Logo, a natureza não interessada e destituída de cunho egoístico conduz à possibilidade, teórica, de todos os possíveis interessados comprometerem seus esforços e recursos para a satisfação de necessidades administrativas.”<sup>27</sup>*

76. O mesmo caminho é trilhado por Lucas Rocha Furtado:

*“Tratando-se de interesses comuns e atendimento das expectativas individuais, não há que se falar em melhor proposta, mas apenas em rateio de custos e benefícios entre todos os partícipes. Daí porque não se faz licitação para a celebração de convênios.”<sup>28</sup>*

26 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 35ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, pp. 276 e 277.

27 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 662.

28 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 412-413.

77. A celebração do acordo/convênio não necessita de realização de licitação. A esse respeito, assim se manifesta Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *verbis*:

“Quanto à exigência de licitação, não se aplica aos convênios, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição”.<sup>29</sup>

78. Sendo assim, não há substância nenhuma nas ilações da parte autora de que o Banco Central indevidamente teria deixado de promover licitação no contexto do LIFT.

#### VII. c) Inexistência de demandas judiciais com o mesmo objeto

79. Em resposta ao questionamento do juízo lançado na parte final do despacho de id 972203222, reitera-se que não existe até o momento notícia de demandas judiciais com o mesmo objeto dessa ação popular.

#### V. Conclusão e requerimento

80. Ao longo dessa manifestação argumentou-se que:

- a) por ocasião de eventual contestação, o Banco Central apresentará toda a matéria de defesa, de modo que não devem ser dadas por preclusas as questões suscitadas nesta ocasião (v. item II acima);
- b) não é possível ratificação da petição inicial, haja vista que é ato nulo, pois não praticada por advogado regularmente inscrito na OAB, não representando a decisão de id 972203222 análise sobre essa questão específica (v. item III acima);
- c) essa ação popular foi manejada para veicular pretensão de natureza investigativa, configurando inadequação de procedimento e falta de interesse de agir (v. item IV acima);
- d) o Lift tem justificativa robusta e seu histórico regulatório não revela ilegalidades, ao revés, revela reconhecimento e premiação pela sociedade civil (v. item V acima);
- e) o Lift é um recurso que se conforma ao conceito de *sandbox* setorial, representando adaptação da Administração Pública a um ambiente de constantes inovações tecnológicas, buscando minimizar riscos que o lançamento de produtos e serviços novos no mercado podem acarretar para o Sistema Financeiro Nacional (v. item VI acima);
- f) não existe relação jurídica entre o Banco Central e a Diferente Educação Corporativa Ltda. (v. item VII.a acima);
- g) não há ilegalidades no Acordo de Cooperação entre o Banco Central e a Fenabac que veio a viabilizar o Lift (v. item VII.b acima).

---

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 382, destaques acrescentados.

81. Ante o exposto, o Banco Central vem requerer:

- I) que seja indeferido o pedido de liminar formulado pelo autor para a suspensão do Lift, uma vez ausentes os requisitos legais para a sua concessão;
- II) que seja desde já obstado o prosseguimento do processo, tendo em vista as graves irregularidades da petição inicial, mediante sentença terminativa, nos termos do art. 485, I, IV e VI, do CPC;
- III) caso não se entenda por uma sentença terminativa, seja então assegurado ao Banco Central oportunidade de apresentar toda a matéria de defesa por ocasião de sua contestação.

Brasília, 19 de março de 2022, sábado.

**PABLO BEZERRA LUCIANO**  
Procurador do Banco Central do Brasil  
Procuradoria-Regional do Banco Central no  
Distrito Federal (PREDF)  
OAB/DF 35.603 - Matrícula 8.020.600-x

**LUCAS FARIAS MOURA MAIA**  
Procurador-Chefe do Banco Central  
Procuradoria Especializada de Processos  
Judiciais Relevantes (PRJUD)  
OAB/GO 24.625 – Matrícula 6.323.167-0

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

**ERASTO VILLA-VERDE FILHO**  
Subprocurador-Geral do Banco Central  
Câmara de Contencioso Judicial e Dívida Ativa  
(CJIPG)  
OAB/DF 9.393 – Matrícula 2.959.197-X

“DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE”  
(Ordem de Serviço n.º 4.474, de 1º de julho de 2009, da PGBCB/CC2PG)

## **Nota Jurídica 2.289/2022-BCB/PGBC**

Manifestação jurídica que examina rol de atividades listadas pelo Juízo de Ananindeua/PA para indicar aquelas que são privativas de instituições financeiras.

**André Ubaldo Roldão**

Procurador do Banco Central

**Márcio Rafael Silva Laeber**

Subprocurador-Chefe do Banco Central

Nota Jurídica 2289/2022-BCB/PGBC  
PE 211509

Belo Horizonte, 1º de setembro de 2022.

*Ementa: Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP). Departamento de Atendimento Institucional (Deati). Departamento de Regulação do Sistema Financeiro (Denor). Ofício - PJE 0000674-27.2021.5.08.0120, de 1º de abril de 2022, oriundo da 2ª Vara do Trabalho de Ananindeua/PA. Requerimento de informações sobre instituições de pagamento. Solicitação da área técnica de manifestação da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) sobre quais das atividades listadas no ofício judicial são privativas de instituições financeiras. Art. 17 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Parecer Jurídico 589/2016-BCB/PGBC. Parecer Jurídico 60/2014-BCB/PGBC. Considerações. Pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso.*

Senhor Subprocurador-Chefe,

Trata-se do Ofício – PJE 0000674-27.2021.5.08.0120, de 1º de abril de 2022, oriundo da 2ª Vara do Trabalho de Ananindeua/PA, por meio do qual aquele juízo solicita do Banco Central as seguintes informações (doc. 1):

1. Considerando, hipoteticamente, que uma pessoa jurídica esteja regularmente constituída para atuar como INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO, nos termos da Lei 12.865/2013 e normas correlatas, estará autorizada a realizar as atividades abaixo, sem desvirtuamento de sua atuação?
2. Algumas das atividades descritas abaixo podem ser caracterizadas como atividade exclusiva de BANCOS e/ou FINANCEIRAS?
3. As atividades/produtos descritos abaixo podem ser ofertados pela instituição de pagamento a seus clientes, em virtude de parceria firmadas entre as IP e outras empresas? (a) venda das máquinas de cartão; (b) conciliação bancária; (c) venda de cartão pré-pago; (d) abertura de contas de pagamento, que possibilitem operações como TED, PIX e depósitos; (e) leasing; (f) empréstimos; (g) financiamentos; (h) oferta e venda de seguros; (i) antecipação de recebíveis, considerada como tal a prática da instituição de pagamento antecipar as parcelas vincendas do cliente, decorrente da venda à crédito de determinado produto, mediante o pagamento de uma taxa por tal adimplemento; (j) descontos de duplicatas; (l) emissão de moeda eletrônica; (m) conversão de moeda física ou escritural em moeda eletrônica, ou vice-versa, credenciar a aceitação ou gerir o uso de moeda eletrônica; (n) executar remessa de fundos; (o) abertura de conta que permite o recebimento de valores não vinculados à máquina de cartão de crédito.
4. Antecipação de recebíveis pode ser considerada empréstimo, tal qual o realizado por bancos/financeiras?
5. Caso as instituições de pagamento façam parte de grupos ou conglomerados em que existam instituições financeiras, o cliente da IP pode ter acesso às operações de crédito oferecidas pela instituição financeira do grupo através de sua conta de pagamento da IP?

6. Instituições de pagamento podem exercer, concomitantemente, a atividade de correspondente bancário, no mesmo espaço físico, e utilizando a mesma equipe de trabalhadores?

2. O Departamento de Regulação do Sistema Financeiro (Denor), por meio do Parecer 1408/2022-Denor/Coban, de 25 de julho de 2022 (doc. 7), prestou subsídios para apresentação de resposta aos referidos questionamentos por parte do Departamento de Atendimento Institucional (Deati), exceto quanto ao segundo, sob o argumento de que a resposta a essa pergunta específica demandaria interpretação legal, de competência privativa da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC).

3. Em 27 de julho de 2022, quando a consulta já estava sob análise da PGBC, recebi o documento de ordenação nº 10 deste PE e o acostei aos autos. Trata-se de cópia de despacho do juízo solicitante, datado de 19 de maio de 2022, por meio do qual reitera o pedido de informações e concede o prazo de dez dias para resposta<sup>1</sup>.

4. É o relatório. Passo à apreciação jurídica.

5. A presente manifestação jurídica, conforme os termos da consulta, cuidará exclusivamente do segundo questionamento do juízo, por meio do qual indaga quais das atividades listadas no ofício seriam privativas de instituições financeiras.

6. Para o deslinde da questão, é preciso ter em vista que as atividades típicas de instituições financeiras são aquelas previstas no art. 17, *caput*, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, a seguir transcrito:

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

7. Consoante esclarecido no Parecer Jurídico 589/2016-BCB/PGBC, de 5 de outubro de 2016<sup>2</sup>, ao longo dos anos, a PGBC vem defendendo que o dispositivo acima não deve ser lido de forma literal, mas abordado a partir de uma visão finalística e lógico-sistêmica, que permita desvendar os objetivos perseguidos pela norma e compatibilizar seu conteúdo com o restante do sistema legal em que está inserido. Desse modo, atualmente, com base no entendimento fixado no Parecer Dejur-151, de 11 de junho de 1999<sup>3</sup>, este órgão de assessoramento jurídico afirma que a atividade praticada por instituições financeiras deve preencher as seguintes características: a) finalidade de lucro; b) exploração profissional do dinheiro mediante a coleta, a intermediação ou a aplicação de recursos; c) utilização de recursos próprios ou de terceiros no exercício da atividade; d) oferta pública dos valores captados ou disponíveis<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Do conteúdo do documento, infere-se que o novo ofício judicial foi recebido no Banco Central em 25 de maio de 2022.

<sup>2</sup> De autoria do Procurador Lucas Alves Freire, com despachos do Procurador-Chefe Igor Arruda Aragão e da Subprocuradora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira.

<sup>3</sup> De autoria do Procurador Nelson Alves de Aguiar Junior, com despachos do Procurador-Chefe César Cardoso e do Subprocurador-Geral Ailton César dos Santos.

<sup>4</sup> A sistematização do conceito funcional de instituição financeira pode ser encontrada no Parecer PGBC-12, de 12 de janeiro de 2010, de autoria da Procuradora Eliane Coelho Mendonça, com despachos do Subprocurador-Geral Ailton César dos Santos e do Procurador-Geral Francisco José de Siqueira.

8. Deve-se ressaltar, contudo, na linha do Parecer Jurídico 60/2014-BCB/PGBC, de 26 de fevereiro de 2014<sup>5</sup>, que é passível de sanção pelo Banco Central, com base na Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, qualquer pessoa natural ou jurídica que realize alguma das atividades previstas no referido dispositivo legal, com o volume e a frequência que caracterizem o atuar próprio de instituições financeiras, sem que se enquadre formal e materialmente no conceito dessas instituições.

9. Importante destacar, ademais, que, em razão do disposto no art. 6º, § 2º<sup>6</sup>, da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, é vedada às instituições de pagamento a realização de atividades privativas de instituições financeiras, sem prejuízo do desempenho das atividades previstas no inciso III<sup>7</sup> do *caput* do referido dispositivo legal.

10. Feitos esses esclarecimentos, pode-se afirmar, segundo os elementos constantes nos autos, que, das atividades listadas no ofício judicial e não previstas no art. 6º, inciso III, da Lei nº 12.865, de 2013, são exclusivas de instituições financeiras apenas as atividades de **(f) empréstimos e (g) financiamentos**, desde que observadas as características e ressalvas consignadas no Parecer Jurídico 589/2016-BCB/PGBC e no Parecer Jurídico 60/2014-BCB/PGBC.

11. A atividade de **(j) desconto de duplicata**, por sua vez, somente será privativa de instituições financeiras caso o desenho da operação amolde-se ao denominado **desconto bancário**, assim conceituado por Bruno Miragem<sup>8</sup>:

O desconto bancário é operação bancária de larga utilização, consistente na concessão de crédito ao cliente que, em vista disso, oferta como contraprestação a transferência de títulos de crédito de terceiros, dos quais originalmente é credor. A remuneração do banco decorre da diferença entre o valor dos títulos entregues pelo tomador de crédito, a cujo valor terá direito de exigir do devedor no vencimento, e o crédito que ele concede ao cliente. Eis o desconto, que se caracteriza pela diferença a menor entre o valor entregue ao tomador de crédito e aquele indicado nos títulos que passam à titularidade do banco e lhe devem ser pagos no vencimento.

[...] No tocante aos riscos de inadimplemento do terceiro devedor do título, como regra assume o tomador de crédito, titular originário do título, a obrigação de responder pela dívida, garantindo a satisfação da obrigação perante o banco.

5 De autoria do Assessor Jurídico Márcio Rafael Silva Laeber, com despacho da Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça.

6 Art. 6º Para os efeitos das normas aplicáveis aos arranjos e às instituições de pagamento que passam a integrar o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), nos termos desta Lei, considera-se:  
[...]

§ 2º É vedada às instituições de pagamento a realização de atividades privativas de instituições financeiras, sem prejuízo do desempenho das atividades previstas no inciso III do *caput*.

7 Art. 6º [...] III - instituição de pagamento - pessoa jurídica que, aderindo a um ou mais arranjos de pagamento, tenha como atividade principal ou acessória, alternativa ou cumulativamente:

a) disponibilizar serviço de aporte ou saque de recursos mantidos em conta de pagamento;

b) executar ou facilitar a instrução de pagamento relacionada a determinado serviço de pagamento, inclusive transferência originada de ou destinada a conta de pagamento;

c) gerir conta de pagamento;

d) emitir instrumento de pagamento;

e) credenciar a aceitação de instrumento de pagamento;

f) executar remessa de fundos;

g) converter moeda física ou escritural em moeda eletrônica, ou vice-versa, credenciar a aceitação ou gerir o uso de moeda eletrônica; e

h) outras atividades relacionadas à prestação de serviço de pagamento, designadas pelo Banco Central do Brasil;

8 MIRAGEM, Bruno. Direito Bancário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 380 e 381.

12. Ocorre que o desconto de duplicata também pode ser realizado por meio de empresas de fomento mercantil (*factoring*), as quais, segundo os precedentes da PGBC<sup>9</sup>, não integram o sistema financeiro nacional e não praticam atividade típica de instituição financeira. Nesses casos, os títulos de créditos originados do faturamento de uma empresa (a exemplo das duplicatas) são cedidos onerosamente para o chamado faturizador, com deságio, que se torna o novo credor e encarrega-se da cobrança do título, assumindo os riscos de inadimplemento.

13. A Nota-Jurídica PGBC-2485/2011, de 7 de abril de 2011<sup>10</sup>, bem demonstrou a distinção entre o desconto bancário (atividade privativa de instituição financeira) e as operações realizadas por empresas de fomento mercantil:

ii. Ademais, de acordo com Fábio Ulhoa Coelho, a faturizadora assume, com a faturização, as seguintes obrigações: “a) *gerir os créditos do faturizado, procedendo ao controle dos vencimentos, providenciando os avisos e protestos assecuratórios do direito creditício, bem como cobrando os devedores das faturas*; **b) assumir os riscos do inadimplemento dos devedores do faturizado**; c) *garantir o pagamento das faturas objeto de faturização*”<sup>11</sup> (grifou-se). Em relação a esse contrato, César Fiúza leciona, *verbis*:

“No *factoring*, uma pessoa, o faturizado, entrega à outra, o faturizador, um título emitido por terceiro. Este título pode ser, por exemplo, uma duplicata, representativa de uma venda a prazo feita pelo faturizado. Este, necessitando de capital de giro e não podendo esperar o vencimento da duplicata para receber do comprador, entrega-a ao faturizador. O faturizador, por sua vez, torna-se o novo credor do título, pagando ao faturizado, com uma comissão, é óbvio, para depois receber do comprador (devedor do título), na data do vencimento.

(...) na faturização opera-se verdadeira cessão de crédito. Por outros termos, se o devedor não pagá-lo, tanto pior para o faturizador, que não poderá regressar contra o faturizado, a não ser que este, expressamente, tenha assumido tal responsabilidade, seja endossando o título, seja avalizando-o. Em poucas palavras, o faturizado só se responsabiliza pela existência do crédito, não pela solvabilidade do devedor.”<sup>12</sup>

12. Assim, o *factoring* é um contrato essencialmente *pro soluto*, ou seja, o título de crédito é cedido à faturizadora, não remanescendo qualquer obrigação do faturizado após a cessão. Conforme o entendimento de César Fiúza, citado acima, o faturizado só se responsabiliza pela existência do crédito, não pela solvabilidade do devedor.

[...]

14. Assim, verifica-se que o *factoring* restou descaracterizado, tendo em vista que faturizado, ao assumir a obrigação de recompra dos títulos, bem como por firmar nota promissória em garantia do pagamento dos títulos faturizados, continuará respondendo pela solvabilidade do devedor, em exercício de direito de regresso, transformando o contrato em “desconto bancário”.

9 Podem ser citados, por exemplo, os seguintes precedentes: Parecer PGBC-47, de 2004, de José Henrique Reis Rodrigues, aprovado por Luciana Marques Bombino e João Correia de Magalhães; Nota Jurídica PGBC-447, de 2009, de Daniel Osti Coscrato, aprovada por Cassiomar Garcia Silva; Nota Jurídica PGBC-1624, de 2011, de Josué Arão de Oliveira, aprovada por Cassiomar Garcia Silva; Nota Jurídica PGBC-8770, de 2011, de Tatiana Onias de Carvalho Carneiro; Parecer PGBC-155, de 2012, de Alexandre Forte Maia, aprovado por Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e Isaac Sidney Menezes Ferreira; e Nota Jurídica 3220/2019, de 2 de outubro de 2019, de Fernanda Quintas Vasconcelos, aprovada por Eliane Coelho Mendonça.

10 De autoria do Procurador Ricardo Ferreira Balota, com despacho do Coordenador-Geral Cassiomar Garcia Silva.

11 COELHO, Fábio Ulhoa. MANUAL DE DIREITO COMERCIAL. São Paulo: Saraiva: 2003. P. 468.

12 FIUZA, César. DIREITO CIVIL – CURSO COMPLETO. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 575.

15. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, o desconto bancário “é o contrato em que o banco (descontador) antecipa ao cliente (descontário) o valor de crédito deste contra terceiro, mesmo não vencido, recebendo tal crédito em cessão”<sup>13</sup>. Nesse contrato, ao contrário do factoring, há um verdadeiro pagamento pro solvendo de um mútuo celebrado entre o banco e o cliente.

16. Com isso, “o descontário transfere ao banco o seu crédito e recebe deste uma importância correspondente ao seu valor deduzido de despesas, juros, comissões e outras parcelas contratualmente pactuadas”<sup>14</sup>, sendo que, caso o débito não seja honrado no vencimento, a instituição financeira poderá optar por uma das seguintes alternativas:

“a) cobrança judicial do devedor do título descontado, fundamentando-se na transferência da titularidade de crédito; b) cobrança judicial do endossante (descontário), com fundamento no direito cambiário, sendo nesta hipótese indispensável o protesto do título dentro do prazo legal para a conservação do direito creditício; c) cobrança judicial do descontário, com fundamento no contrato de desconto, caso em que o protesto do título descontado é facultativo”<sup>15</sup> (grifou-se)

17. Assim, no desconto bancário, ao contrário do factoring, “o banco pode cobrar do descontário o crédito não pago pelo terceiro devedor, fundando-se apenas nos direitos emergentes da relação contratual nascida com o desconto”<sup>16</sup>.

18. Portanto, por ser um contrato que envolve “a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros” (art. 17, caput, da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964) o contrato de desconto bancário é privativo de instituição financeira, que deve ter autorização do Banco Central do Brasil para funcionar. [...].

19. Esta conclusão encontra-se em harmonia com o entendimento que vem sendo manifestado pela Procuradoria-Geral, como se pode verificar nos seguintes precedentes, citados à guisa de exemplo, a Nota-Jurídica PGBC-447/2009<sup>17</sup>, de 23 de janeiro de 2009, e a Nota-Jurídica PGBC-4116/2008<sup>18</sup>, de 2 julho de 2008.”

14. Por outro lado, a atividade de **(e) leasing ou arrendamento mercantil**, disciplinada na Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974, e nas Resoluções CMN nº 4.976 e nº 4.977, ambas de 16 de dezembro de 2021, não constitui atividade privativa de instituição financeira, por não se enquadrar no conceito previsto no art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964. Sobre o tema, o Parecer Jurídico 589/2016-BCB/PGBC assentou o seguinte:

19. Também em relação à natureza jurídica das sociedades de arrendamento mercantil, observo que este órgão legal já teve a oportunidade de se pronunciar. Por meio do Parecer Dejur-191, de 2 de maio de 2002<sup>19</sup>, concluiu-se, com fundamento em manifestações anteriores da PGBC, que essas entidades não se subsumiriam ao conceito funcional previsto no art. 17 da Lei nº 4.595, de

13 COELHO, Fábio Ulhoa. MANUAL DE DIREITO COMERCIAL. São Paulo: Saraiva: 2003. P. 457.

14 *Ibidem*, pág. 458

15 *Ibidem*, págs. 459 e 460.

16 *Ibidem*, pág. 460.

17 Da autoria de Daniel Osti Coscrato, com despacho de Cassiomar Garcia Silva.

18 Da autoria de Chiarely Moura de Oliveira, com despacho de José Henrique Reis Rodrigues.

19 Da lavra do Subprocurador-Chefe Marcus Vinícius Saraiva Matos, com despachos da Procuradora-Chefe Norma do Rego Monteiro Ferreira e do Subprocurador-Geral Ailton Cesar dos Santos.

1964, não merecendo, pois, serem classificadas como instituições financeiras. Veja-se, a seguir, esclarecedor excerto do expediente em questão:

“3. A respeito da natureza jurídica das sociedades de arrendamento mercantil é assente nesta Procuradoria-Geral:

‘- as sociedades de arrendamento não são consideradas instituições financeiras, stricto sensu (art. 17 da lei nº 4.595/64), podendo a elas ser equiparadas unicamente nas hipóteses expressamente previstas na legislação’ (Parecer DEJUR nº 417/95);

‘- de acordo com anteriores pronunciamentos do DEJUR, as sociedades de arrendamento mercantil estão compreendidas no conceito de instituição financeira (lato sensu), para efeito do disposto no art. 52 do ADCT’ (Parecer DEJUR nº 257/95).

4. No tocante ao assunto em tela, importa a conclusão contida no Parecer DEJUR nº 417/95. De fato, o lucro da sociedade de arrendamento mercantil advém da utilização do equipamento pelo arrendatário, tendo este, ao final do contrato, as opções de renovar o arrendamento, de adquirir o equipamento pelo valor residual fixado na avença ou de devolvê-lo ao arrendador.

5. Embora a sociedade de arrendamento mercantil não seja uma instituição financeira, a legislação tributária subordinou, para os fins que lhe são próprios (tratamento tributário específico), as operações de arrendamento mercantil ao controle e fiscalização do Banco Central do Brasil e à regulação do Conselho Monetário Nacional.

[...]

11. As sociedades de arrendamento mercantil não são consideradas instituições financeiras em sentido estrito (art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964).” [Não grifado no original]

20. Como se vê, o parecer se limitou a afastar a aplicação do art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964, às sociedades de arrendamento mercantil. O suporte fático para a incidência do conceito funcional de instituição financeira não estaria presente, pois a prática de operações de arrendamento mercantil não corresponderia a nenhuma das atividades típicas habitualmente realizadas por essa espécie de pessoa jurídica. Apesar de o precedente ter silenciado a respeito do art. 18, § 1º, da referida lei, julgo que uma simples leitura desse dispositivo leva o intérprete a concluir que as entidades em questão também não estariam alcançadas pela norma por ele veiculada. Com efeito, em nenhum momento, o texto faz referência às transações de arrendamento mercantil ou a negócios a elas semelhantes.

15. De igual modo, os precedentes da PGBC, em especial o Parecer Jurídico 267/2015-BCB/PGBC, de 28 de março de 2015<sup>20</sup>, defendem que a operação de **(i) antecipação de recebíveis** não constitui atividade privativa de instituição financeira, consoante se observa do seguinte trecho extraído da mencionada manifestação jurídica:

21. Percebe-se que a operação [de antecipação de recebíveis] realizada pelas credenciadoras de cartões de crédito é essencialmente diferente desse desenho. Nela, o que ocorre é a **liquidação de uma obrigação própria da credenciadora em momento anterior ao contratualmente previsto.**

20 De autora do Procurador-Geral Adjunto Cristiano Cozer, com despacho do Procurador-Geral Isaac Sidney Menezes Ferreira.

Em lugar de um empréstimo concedido com lastro em recebíveis da atividade empresarial conduzida pelo lojista, o que ocorre é que a credenciadora – **que é, ela mesma, a devedora dos recebíveis** – oferece-se para **quitar antecipadamente** suas obrigações, adiantando ao lojista, mediante deságio, o valor a que ele apenas teria direito após o decurso do prazo estipulado no contrato firmado entre as partes.

22. Em termos econômicos, a transação em comento implica, naturalmente, antecipação de liquidez para o estabelecimento empresarial, em contrapartida ao pagamento de remuneração (na forma de deságio aplicado sobre o valor recebido pelo lojista). Não obstante, essa operação, **sob a ótica jurídica**, não se confunde com a intermediação financeira, uma vez que corresponde à extinção de dívida própria da credenciadora, reduzindo sua exposição patrimonial. Não há, na hipótese, constituição de um ativo da credenciadora, com a conseqüente assunção de risco de crédito do lojista, mas, sim, o abatimento antecipado de um **passivo** – possibilidade aberta a qualquer empresa, financeira ou não.

23. Note-se, ademais, que a antecipação de recebíveis praticada por credenciadoras, conforme os elementos contidos nos presentes autos, restringe-se a vendas de bens e serviços **já realizadas** (ou seja, apenas se antecipa ao lojista o recebimento de valores atinentes a pagamentos já efetuados com cartões de crédito). A situação seria diferente no caso de concessão de empréstimo pela credenciadora com lastro na expectativa de fluxos futuros de vendas de bens ou serviços, caso em que não se poderia falar no abatimento de um passivo.

24. Por tais razões, mostra-se necessário rever o entendimento consagrado no Parecer PGBC-149, de 2010. A antecipação de recebíveis realizada por credenciadoras de cartões de crédito, com lastro exclusivo em vendas já realizadas e pagas com cartão de crédito, corresponde à quitação antecipada de um passivo. Trata-se de pagamento antecipado de valores devidos a estabelecimentos credenciados, mediante a aplicação de um deságio, que não se confunde com operações privativas de instituições financeiras. (Grifos originais).

16. Por fim, é certo que as atividades de **(h) oferta e venda de seguros** não são privativas de instituições financeiras, mas típicas de instituições supervisionadas pela Superintendência de Seguros Privados (Susep).

17. Ante o exposto, respondendo objetivamente ao segundo questionamento do ofício judicial, pode-se afirmar que, das atividades listadas na missiva e não previstas no art. 6º, inciso III, da Lei nº 12.865, de 2013, são privativas de instituições financeiras apenas as atividades de **(f) empréstimos** e **(g) financiamentos**, desde que observadas as características e ressalvas consignadas no Parecer Jurídico 589/2016-BCB/PGBC e no Parecer Jurídico 60/2014-BCB/PGBC. A atividade de **(j) desconto de duplicata**, por sua vez, somente será privativa dessas instituições caso o desenho da operação amolde-se ao denominado desconto bancário.

18. Finalmente, em cumprimento à Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018, registro que a presente manifestação possui grau de acesso público ou ostensivo, porquanto não contém 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.

À superior consideração.

**ANDRÉ UBALDO ROLDÃO**  
Procurador do Banco Central  
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)  
OAB/MG 128.386

De acordo.

Ao Deati.

**MARCIO RAFAEL SILVA LAEBER**  
Subprocurador-Chefe do Banco Central  
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)  
OAB/DF 13.413

**Para avaliar esta resposta a sua consulta, clique no link abaixo:**

<https://home.intranet.bcb.gov.br/colab/pesquisapgbcb/Lists/PesquisaPGBCB/newform.aspx>

