

Revista da **PGBC**

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 17 • Número 1 • Junho 2023

Revista da **PGBC**

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 17 • Número 1 • Junho 2023

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do Banco Central do Brasil

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. / Banco Central do Brasil.
Procuradoria-Geral. Vol. 17, n. 1, jun. 2023. Brasília: BC, 2023.

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 17. Número 1. Junho 2023

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 Getulio 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. Ana Rachel Freitas da Silva – Centro Universitário de Brasília, DF
Dr. Clayton Vinicius Pegoraro de Araújo – Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP
Me. Daniela Oliveira Rodrigues – Universidade de São Paulo, SP
Me. Danilo Takasaki Carvalho – Banco Central, RJ
Dr. Diogo de Almeida Viana dos Santos – Universidade Federal do Maranhão, MA
Dr. Fabio Ramazzini Bechara – Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP
Dr. Fernando Quadros da Silva – Tribunal Regional Federal da 4ª Região, RS
Me. Filipe Mendes Cavalcanti Leite – Universidade Federal da Paraíba e União de Ensino Superior de Campina Grande, PB
Dr. Flávio Couto Bernardes – Universidade Federal de Minas Gerais, MG
Me. Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado – Banco Central, RJ
Dr. João Marcelo Rego Magalhães – Banco Central, CE
Me. Juliana Carolina Frutuoso Bizarria – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP
Dr. Leandro Maciel do Nascimento – 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
Dr. Marcos Galileu Lorena Dutra – Fundação Getulio Vargas, SP
Dra. Maria da Glória Ferraz de Almeida Prado – Universidade de São Paulo, SP
Me. Marina Demaria Venâncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Dra. Michelle Asato Junqueira – Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP
Dr. Pedro Lima Marcheri – Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium, SP
Me. Rafael Cavalcanti Garcia de Castro – Banco Central, DF
Dr. Rangel Oliveira Trindade – Universidade Federal do Paraná, PR
Dr. Rodrigo Cardoso Silva – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP
Me. Rodrigo da Silva Brandalise – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, RS
Me. Rogério Telles Correia das Neves – Advocacia-Geral da União, DF
Me. Thiago Álvares Feital – Universidade Federal de Minas Gerais e Faculdade Milton Campos, MG
Dr. Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior – Universidade de Fortaleza, CE
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

Erasto Villa Verde de Carvalho Filho

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

Procurador-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

Subprocuradora-Geral da Câmara de Consultoria Administrativa

Chiarely Moura de Oliveira

Procurador-Chefe da Procuradoria Especializada de Consultoria Administrativa

Luiz Eduardo Galvão Machado Cardoso

Subprocurador-Geral da Câmara de Contencioso Judicial e Dívida Ativa

Lucas Farias Moura Maia

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

Marcus Vinícius Saraiva Matos

Procuradora-Chefe da Procuradoria Especializada de Processos Judiciais Relevantes

Luciana Lima Rocha

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

Procurador-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central no Rio de Janeiro
Adir Gonçalves Junior

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
Rodrigo Guerra Peres Cespes

Gerente da Gerência de Registros Jurídicos e Controles Financeiros
Ana Paula Mendes Lobo Paes Lima

Gerente da Gerência de Documentação
Roberto Rossi Steffens

Sumário

Editorial

Nota da Edição

Guilherme Centenaro Hellwig, 10

A Vulnerabilidade do Superendividado no Empréstimo Consignado e o Papel das *Fintechs* na Democratização do Crédito

Valdmar Pessanha Bello, 12

Finanças Sustentáveis e Litigância Climática: caminhos para uma economia de baixo carbono

Erick Sobral Diniz, 30

Bases Institucionais da Formação do Sistema Bancário Brasileiro

Karen Daniele de Araújo Pimentel, 45

Instituições Financeiras Enquanto Litigantes Habituais: uma análise crítica sobre suas vantagens competitivas no atual cenário de grande litigiosidade bancária

Vitor Gonçalves Machado e Ricardo Goretti Santos, 56

Busca e Apreensão e a Súmula 72 do STJ: seria a comprovação da mora um pressuposto processual para ajuizamento de ação?

Daniel Soares de Jesus Pinheiro e Naiane Mota Tavares, 80

Moedas Digitais dos Bancos Centrais: comentários sobre o Projeto de Lei Complementar 9, de 2022

Luiz Felipe Horowitz Lopes, 102

A Relação entre o Banco Central do Brasil e o Tesouro Nacional em Perspectiva Jurídica: da conta-movimento e do orçamento monetário ao regime de autonomia

Leandro Maciel do Nascimento, 126

Regulação por Princípios e Mercado de Seguros: considerações sobre a constitucionalidade da Resolução 407/2021 do Conselho Nacional de Seguros Privados

Luiz Guilherme Pessoa Cantarelli e Péricles Gonçalves Filho, 150

Acessoriedade Administrativa e Dúvida sobre a Proibição nos Crimes contra o Mercado de Capitais

Thiago Cochenski Borba, 171

Parecer 416/2022-BCB/PGBC

Parecer, apresentado pelo Banco Central perante o Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de *amicus curiae*, no qual se examina a validade (ou não) da contratação de empréstimo consignado por pessoa analfabeta, mediante instrumento particular assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas.

Felipe de Vasconcelos Pedrosa, Lucas Farias Moura Maia, Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho e Flavio José Roman, 194

Parecer 13/2023-BCB/PGBC

Parecer que examina consulta a respeito do nível de detalhamento permitido para o compartilhamento de informações de terceiros recebidas no âmbito do Open Finance.

José de Lima Couto Neto, Diana Loureiro Maciel de Moura, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, Lucas Alves Freire e Cristiano Cozer, 203

Parecer 19/2023-BCB/PGBC

Parecer que analisa a forma do ato administrativo que impõe medida coercitiva cujo descumprimento é passível de acarretar a incidência de multa cominatória, conforme previsto na Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, e o procedimento que deve ser observado pelas autoridades responsáveis por sua aplicação para fins de posterior cobrança da multa porventura incidente.

Amanda Marcos Favre, Eliane Coelho Mendonça, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira e Lucas Alves Freire, 213

Parecer 56/2023-BCB/PGBC

Parecer que dirime controvérsia sobre a possibilidade sobre de responsabilização, em sede de processos administrativos sancionadores, de pessoas jurídicas sucessoras de instituições que tenham praticado infrações administrativas.

Fernanda Quintas Vasconcelos, Márcio Rafael Silva Laeber, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, Lucas Alves Freire e Cristiano Cozer, 225

Parecer 79/2023-BCB/PGBC

Parecer que analisa a competência do Banco Central do Brasil (BCB) sobre o ouro, exclusivamente sob a ótica da Lei nº 7.766, de 11 de maio de 1989.

Danilo Takasaki Carvalho, Diana Loureiro Maciel de Moura, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, Lucas Alves Freire e Cristiano Cozer, 240

Parecer 385/2023-BCB/PGBC

Parecer que examina juridicamente a atuação do usualmente denominado “administrador de fato” de instituição supervisionada pelo Banco Central do Brasil (BCB), com o escopo de traçar orientações gerais para a consequente persecução sancionatória, no âmbito administrativo.

Humberto Cestaro Teixeira Mendes, Eliane Coelho Mendonça e Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, 256

Nota da Edição

É com satisfação que apresento o primeiro número do volume 17 da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC). Mais uma vez, a edição é marcada por grande diversidade temática, tendo como eixo comum a habitual vinculação entre o direito e o sistema financeiro.

O primeiro artigo desta edição, intitulado *A Vulnerabilidade do Superendividado no Empréstimo Consignado e o Papel das Fintechs na Democratização do Crédito*, escrito por Valdmir Pessanha Bello, investiga como as *fintechs* podem contribuir para a democratização do crédito e a redução do superendividamento nos empréstimos consignados no Brasil.

No artigo seguinte, *Finanças Sustentáveis e Litigância Climática: caminhos para uma economia de baixo carbono*, Erick Sobral Diniz aborda o modo como o mercado financeiro começou a desenvolver metodologias para lidar com os riscos climáticos, analisando a utilização de instrumentos societários como a governança corporativa e o *compliance* como indutores do adimplemento de metas climáticas no mercado financeiro.

No terceiro artigo desta edição, intitulado *Bases Institucionais da Formação do Sistema Bancário Brasileiro*, Karen Daniele de Araújo Pimentel examina as bases institucionais da consolidação de um sistema bancário nacional no Brasil, desenvolvendo a hipótese de que, antes dos anos 1920, o país não teria um sistema bancário propriamente dito, mas tão somente uma atividade bancária esparsa, instável e pouco organizada.

Em *Instituições Financeiras Enquanto Litigantes Habituais: uma análise crítica sobre suas vantagens competitivas no atual cenário de grande litigiosidade bancária*, Vitor Gonçalves Machado e Ricardo Goretti Santos buscam identificar as causas e os efeitos produzidos pelas vantagens competitivas das instituições financeiras enquanto litigantes habituais, com o propósito de verificar se tais vantagens podem ser consideradas como obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça de consumidores dos serviços bancários.

No artigo seguinte, intitulado *Busca e Apreensão e a Súmula 72 do STJ: seria a comprovação da mora um pressuposto processual para ajuizamento de ação?*, Daniel Soares de Jesus Pinheiro e Naiane Mota Tavares investigam a comprovação da mora de consumidores em contratos de alienação fiduciária, buscando responder se, à luz da Súmula 72 do Superior Tribunal de Justiça, a comprovação da mora seria um pressuposto processual da ação de busca e apreensão ou um requisito para o deferimento da liminar de busca e apreensão.

Luiz Felipe Horowitz, no artigo *Moedas Digitais dos Bancos Centrais: comentários sobre o Projeto de Lei Complementar 9, de 2022*, analisa a conformação jurídica dos desenhos das moedas digitais dos bancos centrais no ordenamento jurídico.

O artigo de Leandro Maciel do Nascimento, *A Relação entre o Banco Central do Brasil e o Tesouro Nacional em Perspectiva Jurídica: da conta-movimento e do orçamento monetário ao regime de autonomia*, apresenta, em perspectiva jurídica, um panorama do relacionamento entre autoridades fiscais e monetárias no Brasil.

Em *Regulação por princípios e mercado de seguros: considerações sobre a constitucionalidade da Resolução 407/2021 do Conselho Nacional de Seguros Privados*, Luiz Guilherme Pessoa Cantarelli e Péricles Gonçalves Filho analisam a constitucionalidade material do modelo de regulação por princípios adotado pelo Conselho Nacional de Seguros Privados em relação aos contratos de seguro de dano para cobertura de grandes riscos.

Por fim, no artigo intitulado *Acessoriedade Administrativa e Dúvida sobre a Proibição nos Crimes contra o Mercado de Capitais*, Thiago Cochenski Borba analisa como os processos criminais que envolvem os crimes da Lei 6.385, de 1976, são impactados pela regulação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), bem como se a relação entre as esferas penal e administrativa tem criado dificuldades para a definição do risco permitido aos intérpretes.

Abrindo a seção de pronunciamentos da PGBC, o Parecer Jurídico 416/2022-BCB/PGBC, de 8 de julho de 2022, veicula a manifestação oferecida pelo Banco Central do Brasil como *amicus curiae* nos autos do Recurso Especial 1.943.178/CE, apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos recursos especiais repetitivos e tendo como questão de fundo a discussão acerca da “validade da contratação de empréstimo consignado por pessoa analfabeta, mediante instrumento particular assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas”.

O Parecer Jurídico 13/2023-BCB/PGBC, de 6 de janeiro de 2023, aborda o nível de granularidade das informações de terceiros recebidas por meio do compartilhamento de dados no âmbito do Open Finance. A discussão diz respeito especificamente ao tratamento que deve ser dispensado às informações referentes à contraparte, isto é, o terceiro que figura como pagador nas transações em que o cliente autor do consentimento é recebedor, ou que figura como recebedor naquelas em que o cliente é pagador.

O Parecer Jurídico 19/2023-BCB/PGBC, de 10 de janeiro de 2023, analisa a forma que deve ter o ato administrativo que impõe a adoção da medida coercitiva cujo descumprimento é passível de acarretar a incidência de multa cominatória, conforme previsto na Lei 13.506, de 13 de novembro de 2017, bem como o procedimento que deve ser observado pelas autoridades responsáveis por sua aplicação para fins de posterior cobrança da multa.

O pronunciamento seguinte, Parecer Jurídico 56/2023-BCB/PGBC, de 24 de janeiro de 2023, aborda a possibilidade de responsabilização, em sede de processos administrativos sancionadores, de pessoas jurídicas sucessoras de instituições que tenham praticado infrações administrativas, fixando orientação uniforme sobre a matéria no âmbito da Procuradoria-Geral do Banco Central.

O Parecer Jurídico 79/2023-BCB/PGBC, de 31 de janeiro de 2023, analisa a competência do Banco Central do Brasil sobre o ouro, sob a ótica da Lei 7.766, de 11 de maio de 1989.

Encerrando, finalmente, a seção de pronunciamentos desta edição da Revista, o Parecer Jurídico 385/2023-BCB/PGBC, de 3 de abril de 2023, examina juridicamente a atuação do chamado “administrador de fato” de instituição supervisionada pelo Banco Central do Brasil, de modo a traçar orientações gerais para a consequente persecução sancionatória no âmbito administrativo.

Como se vê, há grande amplitude e variação temática na presente edição, a qual, sem descolar-se da diretriz editorial que associa direito e sistema financeiro, traz artigos e pronunciamentos que abordam, entre outros, tópicos como inovação tecnológica, sustentabilidade ambiental, regulação financeira, processo civil, direito penal e processo sancionador administrativo.

Que tenham todos uma boa leitura!

Guilherme Centenaro Hellwig
Editor-Chefe

A Vulnerabilidade do Superendividado no Empréstimo Consignado e o Papel das *Fintechs* na Democratização do Crédito

Valdmar Pessanha Bello*

Introdução. 1 O superendividamento no Brasil. 1.1 A prevenção do superendividamento. 2 O empréstimo consignado. 2.1 A publicidade abusiva e outras irregularidades no consignado. 3 A tecnologia disruptiva das fintechs. 3.1 A regulamentação das fintechs e a possibilidade de crédito mais barato. 3.2 Os benefícios e ameaças das fintechs. 4 Critérios de aferição do relacionamento entre a fintech e o consumidor. 4.1 Oferta de crédito responsável. 4.2 Promoção de ações de educação financeira. 4.3 Existência de nudge: arquitetura de escolha. 5 Identificação da contribuição da fintech para a redução do superendividamento no consignado. 5.1 Avaliação do relacionamento entre a fintech e o consumidor. Conclusão. Referências.

Resumo

O trabalho investiga como as *fintechs* podem contribuir para a democratização do crédito e redução do superendividamento nos empréstimos consignados no Brasil. O objetivo geral é analisar a contribuição das *fintechs* para a ampliação do crédito com práticas responsáveis, reduzindo o superendividamento nos consignados. Os objetivos específicos são: (i) compreender a positivação do conceito de superendividamento, sua extensão e seus efeitos na legislação com base na doutrina, e a prevenção ao superendividamento; (ii) descrever as características do consignado e as situações de vulnerabilidade do consumidor financeiro, a publicidade abusiva e outras irregularidades na oferta do crédito, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor; (iii) examinar o papel da *fintech* no acesso ao crédito, abordando potenciais benefícios e ameaças em função de sua tecnologia disruptiva; e (iv) identificar se as *fintechs* de crédito podem efetivamente contribuir para redução do superendividamento, considerando as características dos consignados ofertados. Por meio de pesquisa empírica, com base no raciocínio dedutivo, utilizando-se tabelas e matrizes, serão analisadas as abordagens do consignado oferecido pelas *fintechs* ao consumidor, e verificadas se tais ofertas estão em conformidade com o Código de Defesa do Consumidor e com as melhores práticas de crédito responsável, avaliando-se o grau de satisfação no relacionamento entre a *fintech* e o consumidor. O estudo permite concluir que as *fintechs* têm o potencial de democratizar o crédito, mas a avaliação de treze *fintechs* que concedem o consignado constatou que três não oferecem crédito responsável e apenas uma delas tem o relacionamento plenamente satisfatório.

Palavras-chave: Superendividamento. Consignado. *Fintech*. Democratização do crédito. Consumidor.

* Especialista em Direito Digital pela UERJ (2022). Bacharel em Direito pela UFRJ (2007).

The Vulnerability of the Overindebted in Salary Loan and the Role of Fintechs in the Democratization of Credit

Abstract

The essay investigates how the fintechs may contribute to making financial services more democratic and reducing the over-indebtedness in salary loans in Brazil. The general goal is to analyze the contribution of fintechs to the expansion of credit with responsible practices, reducing over-indebtedness in salary loans. The specific purposes are: (i) to understand the concept of over-indebtedness, its extension and effects according to the law based on the doctrine, and the prevention of over-indebtedness; (ii) to describe the characteristics of the salary loan and the situations of the vulnerability of the financial consumer, abusive in advertising and other irregular situations on loans, from the perspective of the Consumer Law; (iii) to examine the role of fintech to access credit, addressing potential benefits and threats due to its disruptive technology; (iv) to identify whether credit fintechs can effectively contribute to reducing the over-indebtedness, considering the characteristics of the salary loans. Through empirical research and deductive reasoning, using tables and matrices, the salary loan dealt by these entities to the consumer will be analyzed, and verified if such dealing complies with the Consumer Law and with equitable and fair treatment of consumers, assessing the relationship between fintech and consumer. The study allows to conclude that fintechs have the potential to make financial services more democratic, but the assessment of thirteen fintechs that offer salary loan found that three of them do not have responsible practices and only one of them has the relationship fully satisfactory.

Keywords: *Over-indebtedness. Salary loan. Fintechs. Democratization of credit provision. Consumer.*

Introdução

Estima-se que quase 62 milhões de brasileiros enfrentam a situação de inadimplência, e aproximadamente 31 milhões têm a renda inteiramente comprometida e são considerados superendividados, conforme o Serasa (LUCA, 2021).

Uma das alternativas ao referido problema foi o advento do empréstimo consignado (consignado). Contudo, diversas anormalidades nessa relação creditícia ainda são observadas.

Nesse contexto, surgem as *fintechs*.

Este trabalho tem como objetivo geral analisar a contribuição das *fintechs* de crédito para a ampliação do crédito com práticas responsáveis, reduzindo o superendividamento nos consignados no Brasil. Para solucionar tal questão, será preciso desenvolver os seguintes objetivos específicos: (i) compreender a positivação do conceito de superendividamento, sua extensão e seus efeitos no Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078 (BRASIL, 1990), e a prevenção ao superendividamento, ressaltando o advento da Lei 14.181 (BRASIL, 2021); (ii) descrever as características do consignado e as situações de vulnerabilidade do consumidor, a publicidade abusiva e outras irregularidades, sob a ótica do CDC; (iii) examinar o papel da *fintech* na democratização do crédito, abordando potenciais benefícios e ameaças; e (iv) identificar se as *fintechs* podem efetivamente contribuir para redução do superendividamento, considerando as características dos consignados ofertados.

Para atingir tais objetivos, será feita revisão bibliográfica sobre o assunto, utilizando-se o CDC, a regulamentação do setor financeiro, relatórios e estudos do Banco Central do Brasil (BC). Além disso, será feita pesquisa empírica associada ao método dedutivo, com emprego de tabelas, matrizes e sistema de pontuação, em que será avaliado o relacionamento entre cada *fintech* de crédito e o consumidor, considerando a proposta do consignado no respectivo *site* e aplicativo de celular, em que serão consideradas as práticas do crédito responsável e de educação financeira, asseguradas pela Lei 14.181, de 2021, e a existência de eventual *nudge*, conforme o referencial desenvolvido por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein.

1 O superendividamento no Brasil

O BC (2020a, p. 25) entende que “superendividamento é o resultado de um processo no qual indivíduos e famílias se encontram em dificuldade de pagar suas dívidas a ponto de afetar de maneira relevante e duradoura seu padrão de vida”.

De acordo com o parágrafo 1º do art. 54-A do CDC, incluído pela Lei 14.181, de 2021, “entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”. O parágrafo 2º do referido artigo dispõe que as operações de crédito estão incluídas nas dívidas de consumo do superendividado.

Nesse sentido, o superendividado é aquele que não consegue pagar a totalidade de suas dívidas de consumo que englobam as operações de crédito, e, com isso, tem seu padrão de vida afetado, comprometendo seu mínimo existencial.

1.1 A prevenção do superendividamento

Com a finalidade de aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor, a Lei 14.181, de 2021, incluiu no CDC vários dispositivos, como a garantia de prática de crédito responsável, educação financeira e prevenção ao superendividamento, assegurando-se o mínimo existencial, nos termos do inc. XI do art. 6º do CDC.

Na oferta do crédito ao consumidor, o CDC i) relacionou as informações obrigatórias, referentes ao seu custo efetivo total (CET);¹ taxa efetiva mensal de juros, juros moratórios, encargos e montante das prestações; ii) consignou as práticas vedadas; e iii) estabeleceu algumas condutas do fornecedor/ofertante.

Dentre os esclarecimentos mandatórios a serem prestados, vale destacar o prazo de validade mínimo de dois dias da oferta, conforme a parte final do inc. III do art. 54-B do CDC.

Em relação às vedações, previstas no art. 54-C do CDC, cabe ressaltar as proibições de: (i) “indicar que a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor” (no inciso II); e (ii) assediado o consumidor para contratar o crédito, mormente quando se tratar de idoso, analfabeto, doente ou em estado de agravada vulnerabilidade (no inciso IV).

¹ O CET representa todos os encargos e despesas que incidem nas operações de crédito, incluindo a taxa de juros, as tarifas, os impostos e outras despesas.

No entanto, as regras incluídas são tímidas e insuficientes para prevenir o superendividamento. Tal situação se agrava na concessão do consignado, cujas parcelas são descontadas diretamente na fonte de renda do devedor.

2 O empréstimo consignado

Conforme o BC (2022a), o consignado é a modalidade de empréstimo pessoal cujas prestações são descontadas diretamente da folha de pagamento ou do benefício previdenciário, e que há menor risco de inadimplência, já que a garantia do empréstimo é uma parcela do salário ou do benefício, o que possibilita a cobrança de taxa de juros mais baixa.

No entanto, a garantia de pagamento e os juros mais baixos têm o potencial de estimular práticas irresponsáveis tanto pelas instituições financeiras, na oferta e renovação de crédito, como pelo consumidor, na contratação do empréstimo sem planejamento, sendo inclusive comum empréstimos em benefício de terceiros, especialmente familiares, segundo o BC (2018, p. 117-118).

Outra ameaça frequente são as práticas abusivas cometidas pelas instituições financeiras na oferta dessa modalidade de crédito.

2.1 A publicidade abusiva e outras irregularidades no consignado

De janeiro de 2017 a julho de 2019, foram registradas quase 150 mil reclamações de aposentados e pensionistas do INSS sobre casos de fraude e ofertas abusivas de instituições financeiras relacionadas ao consignado (LARGHI, 2019), que tiveram como origem o vazamento de dados pessoais e a prática de assédio, resultando em dívidas indesejadas e perdas financeiras (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2019).

Diante disso, em 2019, foi firmado o Acordo de Cooperação Técnica (Acordo de Cooperação) entre a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), órgão do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o INSS e a Ouvidoria do Ministério da Economia para aumentar a fiscalização dos consignados a idosos, e tornar o sítio “Consumidor.gov.br” o canal de atendimento para tais reclamações (CONSUMIDOR.GOV.BR, 2019, p. 4).

O consumidor também se depara com outras publicidades abusivas, tais como: (i) consignado sem consulta aos serviços de proteção ao crédito, conforme a proposta do Banco Agibank S.A. (2022); e (ii) empréstimo pessoal para aposentados, pensionistas do INSS e servidores públicos, em até 24 horas, mesmo para aqueles que já usaram a margem do consignado, oferecido pela Help! Loja de Crédito (2022).

Ocorre que tais práticas são expressamente vedadas pelo inc. II do art. 54-C do CDC, que proíbe a oferta de crédito com a indicação de que a operação poderá ser efetivada sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira.

Essas irregularidades não podem ser cometidas pelas *fintechs* se a intenção for a inovação e desburocratização associadas à prática de políticas responsáveis.

3 A tecnologia disruptiva das *fintechs*

Segundo o BC (2022b), as *fintechs*

são empresas que introduzem inovações nos mercados financeiros por meio do uso intenso de tecnologia, com potencial para criar novos modelos de negócios. Atuam por meio de plataformas *online* e oferecem serviços digitais inovadores relacionados ao setor.

De acordo com a Associação Brasileira de Fintechs (2021), tais empresas “[...] usam tecnologia de forma intensiva para oferecer produtos na área de serviços financeiros de uma forma inovadora, sempre focada na experiência e necessidade do usuário”.

Nesse sentido, as *fintechs* são empresas inovadoras que operam por meio de plataformas *online* e utilizam intensamente a tecnologia, criando novos modelos de negócio, com a finalidade de oferecer produtos inovadores no mercado financeiro, com foco na experiência e necessidade do cliente. De acordo com o BC (2021, p. 166), sob o enfoque financeiro, as *fintechs* oferecem as seguintes operações aos consumidores finais (B2C): pagamentos, empréstimos, depósitos, seguros, investimento, consultoria, planejamento financeiro e *crowdfunding*.²

Assim, com o emprego de sofisticadas tecnologias e utilização de algoritmos que mineram uma base de dados robusta (BIONI, 2020, p. 33), as *fintechs* podem identificar os padrões comportamentais e de consumo de seus clientes, avaliando seus desejos e necessidades, com potencial de oferecer uma miríade de serviços e alterar significativamente o cenário competitivo no mercado financeiro.

Com a finalidade de legitimar as atividades dessas empresas, foi necessária a criação de um arcabouço normativo.

3.1 A regulamentação das *fintechs* e a possibilidade de crédito mais barato

A Resolução CMN 4.656 (BRASIL, 2018) criou as *fintechs* de crédito, sob a forma de Sociedade de Crédito Direto (SCD) e Sociedade de Empréstimo entre Pessoas (SEP),³ e estabeleceu que tais entidades representam instituições financeiras, cujo objeto é a realização de empréstimo e financiamento, exclusivamente por meio de plataforma eletrônica.

Nas atividades da SCD e da SEP, não há captação de recursos do público. Para a SCD realizar suas operações, além da utilização de capital próprio, podem ser feitas cessões de crédito para obtenção de recursos. Em relação à SEP, é realizada a intermediação financeira entre o investidor (credor) e o tomador de recursos (devedor), sem o uso do capital da *fintech*.

Cabe esclarecer que os créditos da SCD e da SEP não contam com a garantia do Fundo Garantidor de Créditos (FGC).⁴

Ademais, segundo o BC (2020b, p. 2), tais *fintechs* têm a “[...] opção pelo enquadramento no segmento S5, que possui regime de regulação mais simplificado e menos oneroso dentre os cinco níveis admitidos às instituições financeiras[...]”, com menores custos de observância.

² Do ponto de vista tecnológico, essas empresas prestam aos provedores finais os serviços financeiros a seguir (B2B): gestão da informação, análise de crédito, biometria, *Application Programming Interface* (API), *Distributed Ledger Technology* (DLT), RegTech e computação em nuvem.

³ Internacionalmente, a SCD é conhecida como *balance sheet lending*, e a SEP, *peer-to-peer lending* (P2P).

⁴ No caso da SEP, há vedação expressa no inc. III do parágrafo único do art. 17 da Resolução 4.656. Relativamente à SCD, os créditos de titularidade de instituições financeiras não são cobertos pela garantia ordinária proporcionada pelo FGC (BC, 2022c).

Nesse diapasão, comparando-se os bancos e financeiras com as *fintechs*, depreende-se que as últimas têm o potencial de oferecer crédito mais barato.

No Relatório de Economia Bancária do BC (2021, p. 81-85), foi realizado estudo sobre os componentes do *spread* das operações de crédito, sob a ótica do tomador, no período de 2018 a 2020, em que foram obtidos os seguintes índices médios no triênio: (i) inadimplência: 31,90%; (ii) despesas administrativas: 29,58%; (iii) tributos e FGC: 19,59%; e (iv) margem financeira: 18,94%.⁵ Nesse diapasão, as *fintechs* de crédito podem apresentar menor *spread*⁶ e oferecer crédito mais barato, em função da redução nos componentes inadimplência,⁷ despesas administrativas⁸ e FGC, além da possibilidade de enquadramento no segmento S5.

No entanto, a decisão automatizada da *fintech* pode estar enviesada e prejudicar o consumidor superendividado.

3.2 Os benefícios e ameaças das *fintechs*

De acordo com o BC (2022b), as *fintechs* proporcionam os seguintes benefícios:

aumento da eficiência e concorrência no mercado de crédito; rapidez e celeridade nas transações; diminuição da burocracia no acesso ao crédito; criação de condições para redução do custo do crédito; inovação; acesso ao Sistema Financeiro Nacional.

Conforme relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (2020, p. 37), sobre a disrupção digital bancária e seu impacto na competição, o emprego do *big data*, da inteligência artificial e da tecnologia de *blockchain* aumenta a eficiência dos serviços financeiros e elimina a indesejada assimetria de informações.⁹ Assim, a eliminação da assimetria de informações pode reduzir a margem de lucro e baratear o crédito, ou seja, o consignado a ser oferecido pela *fintech* pode ter juros menores em relação aos cobrados pelas instituições financeiras tradicionais.¹⁰ As *fintechs* também têm a característica de realizar transação mais rápida e simples, além de sua praticidade, uma vez que a operação pode ser feita em qualquer lugar, por meio do aplicativo do celular, e em qualquer horário, vinte e quatro horas por dia, sete dias na semana.

A experiência do tomador pode ser melhorada com propostas que consideram sua efetiva capacidade financeira, em relação à taxa de juros e ao adequado prazo de amortização, de modo que a dívida não se prolongue demasiadamente ou comprometa seu mínimo existencial. Portanto, há expectativa de impacto positivo na relação *fintech*-consumidor.

5 Conforme o Relatório de Economia, o *spread* do crédito tem a seguinte composição: 1) inadimplência, que representa as perdas decorrentes do não pagamento de dívidas ou juros, além dos descontos concedidos; 2) despesas administrativas, que são os gastos com pessoal e *marketing* nas operações de crédito; 3) tributos e FGC, que são os tributos sobre as operações de crédito pagos pelos tomadores e pelas entidades. Além disso, todas as instituições financeiras filiadas ao FGC devem contribuir para o fundo mensalmente; e 4) margem financeira, que é a parcela que remunera o capital dos acionistas e outros fatores não mapeados (erros e omissões).

6 Pelo fato de as *fintechs* terem sido criadas há pouco tempo (desde 2018), ainda não há estudo sobre seus efetivos custos de *spread* de crédito.

7 As SEPs realizam operações sem retenção de risco de crédito, com fulcro no *caput* do art. 10 da Resolução 4.656.

8 As *fintechs* operam em ambiente digital, não incorrendo em gastos para manutenção de agências e postos de atendimento físicos.

9 O texto em língua estrangeira é: “*the digital disruption of banking promises to lead to a general increase in efficiency and service by helping to overcome information asymmetries (using big data and AI/ML techniques and blockchain technology) [...]*”. Em tradução livre: “a disrupção digital do sistema bancário promete aumentar a eficiência e a oferta de serviços, ajudando a superar as assimetrias de informação (usando *big data*, técnicas de inteligência artificial/aprendizado de máquina e tecnologia de *blockchain* [...])”.

10 As taxas de juros cobradas pelas *fintechs* no consignado ainda não estão disponíveis no Relatório de Taxa de Juros no site do BC (2022d), motivo pelo qual não é possível compará-las com as taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras tradicionais.

A *fintech* tem o potencial de melhorar ainda mais a experiência do cliente com o emprego de plataforma e aplicativo que tenham adequadas arquiteturas de escolha. Além disso, a *fintech* pode estimular o cliente na busca de informações para aprimorar sua educação digital e financeira por meio de artigos, vídeos e tutoriais, cujas fontes sejam idôneas, tais como os órgãos públicos de defesa do consumidor.

Assim, as *fintechs* passariam a ter papel de relevância na democratização do crédito ao consumidor.

Todavia, a vantagem de realizar operações financeiras com celeridade deve ser vista com cautela, porque é importante que o tomador verifique se as condições do empréstimo estão adequadas a suas necessidades e capacidade de pagamento.

Assim, ao receber alguma proposta de consignado, é recomendável que o consumidor não faça a contratação de imediato, mas sim considere a real necessidade e adequação do empréstimo. Ademais, a oferta de crédito deve ter o prazo mínimo de validade de dois dias para que o tomador de recursos não contrate o crédito no “calor do momento” ou sob pressão.

Além disso, de acordo com a OCDE (2020, p. 29),¹¹ a capacidade de mirar consumidores com o objetivo de discriminação de preços pode intensificar os vieses comportamentais dos clientes, principalmente em relação aos mais vulneráveis.

Portanto, caso haja uma discriminação algorítmica, a *fintech* pode “eternizar” o tratamento discriminativo do cliente que já está superendividado ou na sua iminência.

Frazão (2021) alerta sobre a discriminação estatística, em que o indivíduo é enquadrado no perfil do grupo a que pertence, sem haver qualquer forma de individualização, e enfatiza que, se não houver sistemática para desconsideração de dados desatualizados e uso apenas de informações fidedignas, os indivíduos serão mantidos ou incluídos em certos grupos que levam em conta os dados ultrapassados.

Além disso, Frazão (2021) esclarece que a apreciação do perfil personalíssimo por sistemas algoritmos pode resultar em discriminações com extrema individualização e sofisticação, com risco de explorar as fraquezas e vulnerabilidades dos indivíduos.

Portanto, ao parametrizar o perfil de tomadores superendividados, considerando seus dados históricos, desatualizados e ultrapassados, ou ainda explorando suas fragilidades e vulnerabilidades, os algoritmos podem propagar ou replicar vieses em decisões automatizadas, resultando em cobrança de juros mais altos, prazos inadequados, exigência de mais garantias e outras condições desfavoráveis no consignado, configurando-se discriminação e prática abusiva, com fulcro nos incs. IV, V e X do art. 39 do CDC, e violação ao direito à informação e aos princípios da transparência e da boa-fé.

Diante de tal complexidade e potenciais ameaças ao consumidor, é necessário verificar se as *fintechs* de crédito estão ofertando crédito responsável, disponibilizando educação financeira e ferramentas para prevenção de situações de superendividamento.

Nesse sentido, urge avaliar as *fintechs* de crédito segundo critérios e paradigmas com a finalidade de verificar se: (i) a sua oferta de crédito é responsável; (ii) as ações mínimas de educação financeira estão disponíveis; e (iii) os instrumentos que evitam e revertam casos de superendividamento estão presentes, sob a perspectiva do *nudge* – arquitetura de escolhas.

¹¹ O texto em língua estrangeira é: “the enhanced ability to target customers for price discrimination purposes may exacerbate behavioural biases of the consumers who are more easily exploitable[...]”. Em tradução livre: “a capacidade aprimorada de mirar clientes para fins de discriminação de preços pode exacerbar os vieses comportamentais dos consumidores que são mais facilmente exploráveis [...]”.

4 Critérios de aferição do relacionamento entre a *fintech* e o consumidor

A relação entre a *fintech* e o consumidor é pautada pela assimetria informacional, uma vez que este último, ao tomar decisões sobre o crédito, utiliza informações insuficientes e imperfeitas. Por outro lado, a entidade financeira detém uma infinidade de dados sobre o cliente, tecnologia robusta (inteligência artificial e *machine learning*) e *expertise* econômico-financeira que desequilibra sobremaneira tal relacionamento.

Com objetivo de buscar o equilíbrio nessa relação, a OCDE estabeleceu dez princípios para proteger o consumidor financeiro, dentre os quais merecem destaque:

[...] tratamento equitativo e justo dos consumidores; deveres de informação e de transparência das instituições; formação e sensibilização financeiras dos consumidores; conduta empresarial responsável dos prestadores de serviços financeiros e agentes autorizados; proteção dos ativos dos consumidores contra fraudes e abusos; proteção de dados e da privacidade dos consumidores; tratamento de reclamações e de resolução alternativa de litígios; concorrência entre as instituições (BANCO DE PORTUGAL, 2019).

Nesse sentido, a exigência de oferta e concessão do crédito responsável se alinha às orientações da OCDE (2011, p. 7), de modo que “as instituições financeiras e agentes autorizados tenham como objetivo trabalhar pelo melhor interesse dos clientes e ser responsáveis pela defesa e proteção do consumidor financeiro”.¹² Assim, no relacionamento entre a *fintech* de crédito e o consumidor, são estabelecidos os critérios a seguir.

4.1 Oferta de crédito responsável

Marques e Bergstein (2021) observam que a Lei 14.181, de 2021, destacou o direito à informação clara e adequada, levando-se em conta a idade do contratante. Além disso, as autoras entendem que a atualização do CDC segue as orientações da OCDE, do Banco Mundial e de outras organizações internacionais.

Nesse sentido, na avaliação de práticas de crédito responsável, devem ser consideradas as seguintes premissas proibitivas nas propostas:

- 1) indicar que não há consulta aos serviços de proteção ao crédito;
- 2) informar que não há avaliação da situação financeira do consumidor;
- 3) ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e riscos da contratação do crédito;
- 4) fixar prazo de validade da proposta de crédito inferior a dois dias; e
- 5) assediar ou pressionar o consumidor para contratar o crédito, principalmente se for idoso, analfabeto, doente ou apresentar estado de vulnerabilidade agravada.

Portanto, na análise do crédito responsável, será examinada eventual presença das aludidas vedações na oferta.

¹² O texto em língua estrangeira é: “*financial services providers and authorised agents should have as an objective, to work in the best interest of their customers and be responsible for upholding financial consumer protection*”.

4.2 Promoção de ações de educação financeira

Segundo a OCDE (2005, p. 4), educação financeira é o processo que aperfeiçoa o entendimento financeiro do consumidor, por meio de informações e conselhos objetivos, com a finalidade de desenvolver suas habilidades e torná-lo mais consciente das ameaças e oportunidades dos produtos financeiros, de modo a capacitá-lo a fazer escolhas informadas e tomar outras ações para melhorar seu bem-estar financeiro.¹³

O Comunicado 34.201 do BCB (BRASIL, 2019), orientação não obrigatória, estabeleceu princípios para nortear as ações financeiras promovidas pelas instituições financeiras, dentre os quais vale destacar:

- 1) “valor para o cliente”, para levar aos consumidores informações e ações úteis e relevantes para sua vida financeira;
- 2) “adequação e personalização”, para disponibilizar conteúdo, linguagem, momento e canal mais adequados para as ações em função do perfil e demandas dos clientes, considerando a complexidade e risco dos produtos financeiros; e
- 3) “avaliação e aprimoramento”, para mensurar a efetividade das ações conforme seus objetivos, aperfeiçoando a abordagem na interação com o usuário.

Nesse sentido, na avaliação de existência de promoção de ação de educação financeira (ação de EF), este estudo se remeterá a tais parâmetros.

4.3 Existência de *nudge*: arquitetura de escolha

Na concepção de Thaler e Sunstein (2008, p. 11-12), *nudge*

[...] é um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão; é qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos. Para ser considerada um *nudge*, a intervenção deve ser barata e fácil de evitar. Um *nudge* não é uma ordem.

Thaler e Sunstein (2008, p. 10-11) também apresentam o conceito de “paternalismo libertário”. O lado paternalista é a política por meio da qual o arquiteto de escolha busca influenciar o comportamento das pessoas, para que estas façam escolhas que lhes sejam benéficas. O paternalismo libertário é uma espécie de paternalismo mais brando, que não impõe impedimentos ou obstáculos às escolhas e preserva a liberdade daquele que toma as decisões.

Nesse sentido, o *nudge*, com a adoção da política do paternalismo libertário, é a apresentação de escolhas ou opções que auxiliam as pessoas a tomarem decisões que as beneficiam em diversas circunstâncias da vida.

Thaler e Sunstein (2008, p. 18) ressaltam que as pessoas não fazem boas escolhas em situações complexas, em que lhes falta experiência, informações, *feedback* rápido e cujos efeitos sejam posteriores. Além disso, as influências sociais ou comportamento de manada fazem com que as

¹³ O texto em língua estrangeira é: “financial education can be defined as ‘the process by which financial consumers/investors improve their understanding of financial products, concepts and risks and, through information, instruction and/or objective advice, develop the skills and confidence to become more aware of financial risks and opportunities, to make informed choices, to know where to go for help, and to take other effective actions to improve their financial well-being’”.

pessoas tenham convicções falsas ou tendenciosas (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 81). Nesse sentido, alterações na arquitetura de escolhas podem ajudá-las.

Assim, ao decidir sobre a contratação de algum crédito, momento em que as informações se apresentam insuficientes ou imperfeitas, mesmo que existam necessidades financeiras urgentes ou influências sociais, o tomador pode se beneficiar de um *nudge*.

Thaler e Sunstein (2008, p. 143-144) sugerem uma espécie de intervenção governamental para transparência das informações no “[...] ‘modelo Racap’: registrar, avaliar, comparar alternativas de preços”, com a finalidade de esclarecer todas as tarifas cobradas pelas instituições, facilitando a comparação, aumentando a capacidade dos consumidores para tomada de decisões em diversos serviços contratados, como hipotecas e cartões de crédito.

Relativamente aos cartões de crédito, Thaler e Sunstein (2008, p. 204-205) assinalam que tais instrumentos financeiros inibem o autocontrole do consumidor, exemplificando que as pessoas gastam mais para ganhar pontos nos programas de milhagem.

Nesse sentido, Thaler e Sunstein (2008, p. 204-205) sugerem o paternalismo libertário sob a forma de Racap, obrigando as instituições a encaminhar extrato anual referente a todas as compras e tarifas cobradas. Tal demonstrativo teria duas finalidades: (i) o consumidor poderia lançar mão do relatório para procurar outras entidades que oferecessem mais vantagens; e (ii) o extrato daria a noção clara ao consumidor a respeito das operações e tarifas pagas.

Por fim, Thaler e Sunstein (2008, p. 104-106) esclarecem que não apenas as informações podem ser usadas como *nudges*, mas também o emprego de sinais não verbais, como *emoticons* de sorrisos e carrancas, respectivamente, aprovando e reprovando determinado comportamento do consumidor, são eficientes como uma espécie de *nudge* emocional.

Da mesma forma, é possível considerar que o consignado inibe o autocontrole do tomador pela facilidade e rapidez de contratação, e praticidade de pagamento das parcelas.

Assim, a premissa da existência de um *nudge* na plataforma da *fintech* de crédito, à disposição do tomador de recursos, exemplificadamente, pode levar em conta:

- 1) a emissão anual de relatório, modelo “Racap”, com os seguintes elementos básicos das operações de crédito: montante do empréstimo; prestações pagas, discriminando a amortização e os juros mensais; juros de mora, tarifas e outros encargos; e custo efetivo total; e
- 2) ao analisar a proposta de crédito, a utilização de *emoticons* de sorrisos ou carrancas, indicando que o consumidor tem uma situação financeira, respectivamente, favorável ou desfavorável para contrair aquela dívida.

Portanto, como critério final para o exame da relação entre a *fintech* e o tomador de crédito, é essencial reconhecer eventual presença de *nudge* que influencie positivamente a decisão do consumidor financeiro.

5 Identificação da contribuição da *fintech* para a redução do superendividamento no consignado

Considerando os critérios mencionados no tópico anterior, este estudo identificará se as *fintechs* de crédito criadas pela Resolução 4.656 têm o potencial de contribuir para a prevenção e mitigação do superendividamento no consignado.

Nesse diapasão, será adotada uma avaliação da entidade em duas fases.

Na primeira, será verificada se a oferta de crédito é responsável, em função dos pressupostos proibitivos na proposta, conforme o item “4.1” e Lei 14.181, de 2021. Dessa forma, a entidade será classificada como “apta” ou “inapta” para avaliação na segunda fase.

Se, no resultado da primeira fase, a *fintech* se apresentar “apta”, será analisada a sua relação com o usuário na segunda fase, por meio de uma sistemática de pontos.¹⁴

Na segunda fase da avaliação, será adotada uma sistemática de pontos relativamente aos critérios de ação de EF e de existência de *nudge*, da seguinte maneira:

- 1) promoção de ação de EF: a entidade que promove tal ação receberá nota “1”, caso não promova, “0”; e
- 2) existência de *nudge*: à *fintech* que disponibiliza algum *nudge* para que o tomador tome decisões em seu benefício será dada nota “1”, caso contrário, “0”.

Em seguida, os pontos nos dois critérios serão somados, obtendo-se o total da pontuação da *fintech*, de modo que o seu relacionamento com o consumidor, em relação à oferta do consignado, seja enquadrado na seguinte classificação:

Tabela 1 – Sistema de pontos na relação entre a instituição e o consumidor

Total de pontos	Relacionamento com o consumidor
0	pouco satisfatório
1	razoavelmente satisfatório
2	plenamente satisfatório

Fonte: elaborada pelo autor.

5.1 Avaliação do relacionamento entre a *fintech* e o consumidor

Considerando a consulta realizada no site do BC (2022e) em 31 de janeiro de 2022, foi verificada a existência de 65 SCDs e dez SEPs, totalizando 75 *fintechs* de crédito autorizadas a funcionar, reguladas e supervisionadas pela aludida autarquia.¹⁵ Entre essas entidades, treze *fintechs*, sendo doze SCDs e uma SEP, realizam operação com consignado e serão objeto da aludida avaliação de sua relação com o consumidor. Nesse sentido, na primeira fase da avaliação foram obtidos os seguintes resultados:

¹⁴ Se determinada *fintech* for classificada como “inapta”, não será feita sua avaliação na segunda fase.

¹⁵ Das 75 *fintechs* autorizadas a funcionar pelo BC, foi verificado que dezoito entidades ainda não começaram suas atividades, sendo que os sites de onze destas ainda não estão disponíveis ou não foram localizados.

Tabela 2 – Avaliação da oferta de crédito

Nº	<i>Fintech</i> de Crédito	Modalidade	Site	Oferece crédito responsável?	Resultado
1	ATF Credit Sociedade de Crédito Direto S.A	SCD	https://atf.credit/para-voce	Sim	Apta
2	Bigcash Sociedade de Crédito Direto S.A.	SCD	https://bigcash.com.br/	Não	Inapta
3	BMP Money Plus Sociedade de Crédito Direto S.A	SCD	https://moneyp.com.br/	Sim	Apta
4	Cartos Sociedade de Crédito Direto S.A.	SCD	https://www.cartos.com.br/	Sim	Apta
5	Credifit Sociedade de Crédito Direto S.A.	SCD	https://www.credifit.com.br	Sim	Apta
6	Creditas Sociedade de Crédito Direto S.A.	SCD	https://www.creditas.com/	Sim	Apta
7	FFCRED Sociedade de Crédito Direto S.A..	SCD	https://www.ffcredscd.com.br/site/credito-consignado-privado	Sim	Apta
8	J17 - Sociedade de Crédito Direto S/A.	SCD	https://j17scd.com.br/	Sim	Apta
9	Multicred Sociedade de Crédito Direto S.A.	SCD	http://multicredscd.com.br/	Sim	Apta
10	Valor Sociedade de Crédito Direto S.A.	SCD	https://valorfinanciamentos.com.br/index.php/linhas-de-credito/	Não	Inapta
11	Work Sociedade de Crédito Direto S.A.	SCD	https://www.work.com.br/recebedor/	Sim	Apta
12	Zipdin Soluções Digitais Sociedade de Crédito Direto S.A.	SCD	https://zipdin.com.br/credito-consignado-privado	Não	Inapta
13	Emcash Serviços Financeiros Sociedade de Empréstimo Entre Pessoas S.A	SEP	https://emcash.com.br/	Sim	Apta

Fonte: elaborada pelo autor.¹⁶

Tendo em vista a apreciação dos créditos oferecidos pelas instituições na Tabela 2, são necessários alguns comentários para justificar os resultados das *fintechs* consideradas inaptas.

A Bigcash Sociedade de Crédito Direto S.A. (2022) oferece empréstimo com cartão BigCard com “desconto em folha” em seu *site* e informa que “[...] o processo de contratação é mais ágil e sem consulta aos órgãos de restrição ao crédito”, configurando uma violação ao inc. II do art. 54-C do CDC. Portanto, tal entidade não oferece crédito responsável e está inapta para avaliação na segunda fase.

A Valor Sociedade de Crédito S.A. (2022) faz a seguinte publicidade: “[...] você colaborador de empresas privadas pode obter empréstimo consignado, [...] e **mesmo que você possua restrição** e tendo a liberdade de receber seu crédito em qualquer Banco [...]” (grifo nosso). Uma vez que a oferta da Valor SCD é vedada pelo CDC, com fulcro no inc. II do art. 54-C do CDC, a entidade se apresenta inapta, pois não adota política de crédito responsável.

A Zipdin Soluções Digitais Sociedade de Crédito Direto S.A. (2022) informa como vantagem “crédito para negativados” e esclarece que o tomador “[...] vai ter acesso ao consignado mesmo com negativções”. Tal prática viola os incisos II e IV do art. 54-C do CDC, porque é proibida a oferta de crédito sem a devida avaliação da situação financeira do consumidor, assim como o assédio ao

¹⁶ Na elaboração da Tabela 2, foram consultados os *sites* das *fintechs*.

consumidor em estado de vulnerabilidade agravada (tomador negativado). Dessa forma, a entidade não oferece crédito responsável e está inapta.

Na segunda fase, as dez entidades consideradas aptas foram novamente avaliadas com a sistemática de pontos, obtendo-se os seguintes resultados:

Tabela 3 – Classificação da relação entre a *fintech* e o consumidor

Nº	<i>Fintech</i> de Crédito	Promove Ação de EF?	Apresenta <i>Nudges</i> ?	Pontuação Total	Relacionamento com o consumidor
1	ATF Credit SCD S.A.	0	0	0	Pouco Satisfatório
2	BMP Money Plus SCD S.A.	0	0	0	Pouco Satisfatório
3	Cartos SCD S.A.	1	0	1	Razoavelmente Satisfatório
4	Credifit SCD S.A.	1	0	1	Razoavelmente Satisfatório
5	Creditas SCD S.A.	1	1	2	Plenamente Satisfatório
6	FFCRED SCD S.A..	0	0	0	Pouco Satisfatório
7	J17 - SCD S.A.	0	0	0	Pouco Satisfatório
8	Multicred SCD S.A.	1	0	1	Razoavelmente Satisfatório
9	Work SCD S.A.	0	0	0	Pouco Satisfatório
10	Emcash Serviços Financeiros SEP S.A	1	0	1	Razoavelmente Satisfatório

Fonte: elaborada pelo autor.¹⁷

À vista da pontuação obtida por cada instituição nos critérios de promoção de ação de EF e apresentação de *nudge*, bem como da compilação dos resultados obtidos na Tabela 3, são necessários alguns comentários para justificar as avaliações realizadas.

Nas entidades Atf Credit Sociedade de Crédito Direto S.A. (2022), BMP Money Plus Sociedade de Crédito Direto S.A. (2022), FFCRED Sociedade de Crédito Direto S.A. (2022), J17 – Sociedade de Crédito Direto S.A. (2022) e Work Sociedade de Crédito Direto S.A. (2022), não foi constatada qualquer promoção de ação de EF e não foi verificada a existência de *nudge*. Assim, apesar de ofertarem crédito responsável, depreende-se que o relacionamento dessas *fintechs* com o consumidor é pouco satisfatório.

A Cartos Sociedade de Crédito Direto S.A. (2022) apresenta o artigo “Você sabe o que é o crédito consignado e como solicitar?” no seu *blog*, esclarecendo ao consumidor as vantagens do consignado, inclusive para quitar as dívidas mais caras, que pode ser considerado um “valor para o cliente” que norteia a execução de ação de EF (item “4.2”). No entanto, não foi verificada a existência de nenhum *nudge*. Portanto, o relacionamento dessa *fintech* com o usuário é razoavelmente satisfatório.

¹⁷ Na elaboração da Tabela 3, foram consultados os sites das *fintechs*.

O canal Credifit Sociedade de Crédito Direto S.A. (2022) disponibiliza alguns vídeos sobre consignado, Open Banking etc. no seu canal no Youtube, e esclarece informações sobre o consignado no seu aplicativo de celular, sendo verificado o “valor para o cliente” como diretriz da ação de EF; entretanto, não foi observado nenhum *nudge*. Assim, sua relação com o cliente é razoavelmente satisfatória.

A Creditas Sociedade de Crédito Direto S.A. (2022) disponibiliza, no seu portal “exponencial”, esclarecimentos sobre crédito, consignado, Open Banking, Pix e outros assuntos financeiros, configurando “valor para o cliente” e “adequação e personalização” que orienta a ação de EF, conforme o item “4.2”. Ademais, apresenta *nudge* sob a forma de tabelas comparativas de taxas de juros de empréstimos, faz esclarecimentos sobre diversas modalidades de juros, como a taxa Selic, além de demonstrar como são feitos os cálculos dos juros. Vale observar que a Creditas ganhou os Prêmios Reclame Aqui 2020 (2020) e Reclame Aqui 2021 (2021) como melhor empresa de empréstimo *on-line*. Assim, sua relação com o cliente é plenamente satisfatória.

A Multicred Sociedade de Crédito Direto S.A. (2022) apresenta algumas ações de EF na sua página “Perguntas e respostas (FAQ)”, em que tece alguns esclarecimentos sobre tarifas, *fintechs* de crédito (SCD e SEP), crédito, consignado e sobre a própria Multicred SCD; no entanto, não foi verificada a existência de *nudge*. Portanto, o relacionamento entre a entidade e o usuário é razoavelmente satisfatório.

A Emcash Serviços Financeiros Sociedade de Empréstimo entre Pessoas S.A. (2022) apresenta *posts* no seu *blog*, em que são esclarecidas as razões para contratar o consignado, e quais as contas devem ser pagas com prioridade, além de outros *posts*, sendo observado o princípio “valor para o cliente” como diretriz da ação de EF. No entanto, não foi constatada a existência de *nudge*. Dessa forma, a relação entre a *fintech* e o consumidor é considerada razoavelmente satisfatória.

Conclusão

Apesar das vantagens oferecidas pelo consignado, são observadas diversas práticas abusivas cometidas pelas instituições financeiras, que expõem o consumidor superendividado.

Nesse contexto, as *fintechs* foram criadas para democratizar o crédito, uma vez que têm a regulamentação mais enxuta, menor custo operacional e administrativo.

No entanto, a decisão automatizada da *fintech* pode apresentar viés, discriminando o cliente superendividado que pode ser submetido a condições de crédito adversas.

Nesse sentido, o papel da *fintech* na democratização do crédito consignado deve ser avaliado segundo critérios que assegurem ao consumidor a oferta do crédito responsável, a promoção de ação de EF e a prevenção de situações de superendividamento por meio de *nudge*.

De um total de 75 *fintechs* autorizadas a funcionar pelo BC em 31 de janeiro de 2022, foi verificado que treze entidades, equivalente a pouco mais de 17%, realizam operações com consignado.

Na primeira fase de avaliação do relacionamento entre a *fintech* e o consumidor, foi constatado que três SCDs não oferecem consignado de maneira responsável aos clientes.

Na segunda fase, as dez *fintechs* que oferecem crédito responsável foram submetidas a novo exame, no qual se verificou que:

- 1) cinco entidades, que representam 50% das consideradas aptas, todas na modalidade de SCD, não promovem ação de EF nem disponibilizam qualquer *nudge* nas respectivas plataformas;
- 2) quatro *fintechs*, equivalentes a 40%, sendo três SCDs e uma SEP, disponibilizam alguma ação de EF. No entanto, não foi observada a existência de *nudge* em seus sistemas;

3) apenas uma entidade, correspondente a 10%, apresenta ação de EF e disponibiliza *nudge*.

Assim, relativamente às treze entidades que oferecem o consignado, após a aferição do relacionamento com o consumidor, constatou-se que:

- 1) três *fintechs*, equivalente a cerca 23%, não oferecem crédito responsável;
- 2) cinco entidades, correspondente a pouco mais de 38%, apesar de oferecerem crédito responsável, têm relacionamento pouco satisfatório com o consumidor;
- 3) quatro empresas, que representam quase 31%, muito embora suas propostas de crédito sejam responsáveis, apresentam relação razoavelmente satisfatória com o usuário; e
- 4) somente uma *fintech*, que equivale a pouco mais de 7%, tem o relacionamento plenamente satisfatório com o usuário.

Portanto, apesar de a *fintech* oferecer crédito com rapidez, praticidade, conveniência e menos burocracia, este estudo concluiu que, relativamente às entidades que operam o consignado, quase um quarto não oferece crédito responsável, e apenas uma *fintech* satisfaz plenamente o consumidor.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FINTECHS. **Apresenta informações gerais sobre a associação.** Disponível em: <https://www.abfintechs.com.br/1-sobre-associao>. Acesso em: 15 dez. 2021.

ATF CREDIT SOCIEDADE DE CRÉDITO DIRETO S.A. **Apresenta informações gerais sobre empréstimo consignado da instituição.** Disponível em: <https://atf.credit/para-voce>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BANCO AGIBANK S.A. **Apresenta informações sobre empréstimos oferecidos pela instituição.** Disponível em: <https://www.agibank.com.br/emprestimo>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Apresenta informações gerais sobre empréstimos e financiamentos.** 2022a Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/cidadaniafinanceira/tiposemprestimo>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Apresenta informações gerais sobre fintechs.** 2022b. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/fintechs>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Apresenta perguntas e respostas sobre FGC.** 2022c. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequentes-respostas/faq_fgc. Acesso em: 26 jan. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Apresenta relatórios das estatísticas da média das taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras em cada modalidade de crédito.** 2022d. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/txjuros>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Apresenta pesquisa de instituição regulada/supervisionada pelo BC.** 2022e. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/encontreinstituicao>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Cidadania Financeira, 2018**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio%20Cidadania%20Financeira_BCB_16jan_2019.pdf. Acesso em: 12 jan. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Cidadania Financeira: estudos sobre educação, proteção e inclusão. Endividamento de risco no Brasil**. 6. ed. Brasília, junho de 2020a. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/serie_cidadania/serie_cidadania_financeira_6_endividamento_risco.pdf. Acesso em: 12 jan. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Estudo Especial do Banco Central nº 89/2020**. 2020b. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/EE089_Fintechs_de_credito_e_bancos_digitais.pdf. Acesso em: 24 jan. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório de Economia Bancária 2020**. Brasília, agosto de 2021. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria>. Acesso em: 24 jan. 2022.

BANCO DE PORTUGAL. **OCDE emite recomendação para a proteção do consumidor no âmbito do crédito aos consumidores**. 29 de julho de 2019. Disponível em: <https://clientebancario.bportugal.pt/pt-pt/noticias/ocde-emite-recomendacao-para-protECAo-do-consumidor-no-ambito-do-credito-aos-consumidores>. Acesso em: 26 jan. 2022.

BIGCASH SOCIEDADE DE CRÉDITO DIRETO S.A. **Apresenta informações gerais sobre como funcionam as operações de empréstimo da instituição**. Disponível em: <https://bigcash.com.br/como-funciona/>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento** [livro eletrônico]. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BMP MONEY PLUS SOCIEDADE DE CRÉDITO DIRETO S.A. Disponível em: <https://moneyp.com.br/>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Comunicado 34.201, de 12 de setembro de 2019**. Divulga princípios para a promoção da Educação Financeira por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=34201>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União de 12 de setembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 14.181, de 1º de julho de 2021**. Altera a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Diário Oficial da União de 2 de julho de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. **Resolução 4.656, de 26 de abril de 2018**. Dispõe sobre a sociedade de crédito direto e a sociedade de empréstimo entre pessoas, disciplina a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições. Diário oficial da União de 30 de abril de 2018. Seção 1, p. 24-26. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/buscanormas>. Acesso em: 15 dez. 2021.

CANAL CREDIFIT SOCIEDADE DE CRÉDITO DIRETO S.A. **Apresenta informações gerais sobre crédito consignado privado**. Disponível em: <https://www.youtube.com/c/Credifit/videos>. Acesso em: 31 jan. 2022.

CARTOS SOCIEDADE DE CRÉDITO DIRETO S.A. **Apresenta informações gerais sobre crédito consignado e como solicitá-lo**. Disponível em: <https://www.cartos.com.br/blog/voce-sabe-o-que-e-o-credito-consignado-e-como-solicitar>. Acesso em: 31 jan. 2022.

CONSUMIDOR.GOV.BR. **Boletim 2019**. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/>. Acesso em: 18 jan. 2022.

CREDITAS SOCIEDADE DE CRÉDITO DIRETO S.A. **Apresenta informações gerais sobre operações de crédito**. Disponível em: <https://www.creditas.com/exponencial/>. Acesso em: 31 de jan. de 2022.

EMCASH SERVIÇOS FINANCEIROS SOCIEDADE DE EMPRÉSTIMO ENTRE PESSOAS S.A. **Apresenta posts sobre ações de EF no blog da instituição**. Disponível em: <http://emcash.com.br/blog/categoria/todos-os-posts/>. Acesso em: 31 jan. 2022.

FFCRED SOCIEDADE DE CRÉDITO DIRETO S.A. **Apresenta informações gerais sobre crédito consignado privado da instituição**. Disponível em: <https://www.ffcredscd.com.br/site/credito-consignado-privado>. Acesso em: 31 jan. 2022.

FRAZÃO, Ana. Discriminação algorítmica: por que algoritmos preocupam quando acertam e erram? **Jota**, 4 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/discriminacao-algoritmica-por-que-algoritmos-preocupam-quando-acertam-e-erram-04082021?amp>. Acesso em: 29 mar. 2022.

HELP! LOJA DE CRÉDITO. **Apresenta informações sobre empréstimo da instituição**. Disponível em: <https://www.help.com.br/produtos/emprestimo/pessoal.htm>. Acesso em: 18 jan. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Idec pressiona e INSS, BC e Senacon fazem parceria contra fraudes**. São Paulo, 26 de julho de 2019. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/idec-pressiona-e-inss-bc-e-senacon-fazem-parceria-contrafraudes>. Acesso em: 18 jan. 2022.

J17 – SOCIEDADE DE CRÉDITO DIRETO S.A. Disponível em: <https://j17scd.com.br/>. Acesso em: 31 jan. 2022.

LARGHI, Nathália. Após 150 mil reclamações, Senacon e INSS aumentam fiscalização em consignado de idosos. **Valor Investe**. São Paulo, 25 de julho de 2019. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/produtos/credito/noticia/2019/07/25/apos-150-mil-reclamacoes-senacon-e-inss-aumentam-fiscalizacao-em-consignado-de-idosos.ghhtm>. Acesso em: 18 jan. 2022.

LUCA, Adriana de. Número de brasileiros endividados tem nova alta em abril. **CNN Brasil**. São Paulo, 8 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2021/05/09/numero-de-brasileiros-endividados-tem-nova-alta-em-abril>. Acesso em: 13 jan. 2022.

MARQUES, Cláudia Lima; e BERGSTEIN, Laís. O crédito responsável e a lei sobre o superendividamento. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 26 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2021/10/o-credito-responsavel-e-a-lei-sobre-o-superendividamento.shtml>. Acesso em: 26 jan. 2022.

MULTICRED SOCIEDADE DE CRÉDITO DIRETO S.A. **Apresenta perguntas e respostas sobre tarifas, *fintechs* de crédito (SCD e SEP), sobre a instituição, crédito e empréstimo consignado**. Disponível em: <http://multicredscd.com.br/faq/>. Acesso em: 31 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Digital Disruption in Banking and its Impact on Competition**. 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/digital-disruption-in-banking-and-its-impact-on-competition-2020.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection**. Outubro de 2011. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/fin/financial-markets/48892010.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recommendation on principles and good practices for financial education and awareness**. 2005. Disponível em: <https://www.oecd.org/finance/financial-education/35108560.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2021.

RECLAME AQUI. **Apresenta informações sobre as empresas vencedoras do Prêmio Reclame AQUI 2020**. Dezembro de 2020. Disponível em: https://noticias.reclameaqui.com.br/noticias/cobertura-conheca-as-empresas-vencedoras-do-premio-reclame-a_4085/. Acesso em: 1º fev. 2022.

RECLAME AQUI. **Apresenta informações sobre as empresas vencedoras do Prêmio Reclame AQUI 2021**. Dezembro de 2021. Disponível em: <https://blog.reclameaqui.com.br/premio-reclame-aqui-2021-conheca-as-149-empresas-vencedoras/>. Acesso em: 1º fev. 2022.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Schwarcz S.A., 2008.

VALOR SOCIEDADE DE CRÉDITO S.A. **Apresenta informações gerais sobre as linhas de crédito da instituição**. Disponível em: <https://valorfinanciamentos.com.br/index.php/linhas-de-credito/>. Acesso em: 31 jan. 2022.

WORK SOCIEDADE DE CRÉDITO DIRETO S.A. **Apresenta informações gerais sobre produtos e serviços da instituição**. Disponível em: <https://www.work.com.br/recebedor/>. Acesso em: 31 jan. 2022.

ZIPDIN SOLUÇÕES DIGITAIS SOCIEDADE DE CRÉDITO DIRETO S.A. **Apresenta informações gerais sobre crédito consignado privado da instituição**. Disponível em: <https://zipdin.com.br/credito-consignado-privado>. Acesso em: 31 jan. 2022.

Finanças Sustentáveis e Litigância Climática: caminhos para uma economia de baixo carbono

Erick Sobral Diniz*

Introdução 1 *Das deliberações internacionais à litigância climática: danos climáticos e responsabilidade civil.*
2 *Riscos climáticos, mercado financeiro e regulação: governança corporativa e compliance.*
Considerações finais. Referências.

Resumo

Em um cenário de transição para uma economia de baixo carbono, não só o segmento de energia como também o mercado financeiro começou a desenvolver metodologias para lidar com os riscos climáticos. De um lado a sustentabilidade das finanças pretendeu incorporar novos parâmetros - o social, ambiental e o de governança - ao passo que o segmento de energia passa por um momento de transição energética, no qual há uma busca por tecnologias de captura de carbono e fontes renováveis de energia. Nesse cenário, o presente trabalho visa endereçar a utilização de instrumentos societários como a governança corporativa e o *compliance* como indutores do adimplemento de metas climáticas no mercado financeiro. A hipótese é que, por mais que a litigância climática venha a se tornar, cada vez mais, recorrente no mercado financeiro, a regulação por meio de instrumentos societários terá um papel central para concretização de metas de sustentabilidade nas corporações.

Palavras-chave: Finanças sustentáveis. Parâmetros ambientais, sociais e de governança (ESG). Litigância Climática.

* Doutorando e mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Bolsista da CAPES e FGV Direito Rio.

Sustainable Finance and Climate Litigation: paths to low carbon economy

Abstract

In a low carbon economy transition scenario, not only the energy sector but also financial markets are developing methodologies to deal with climate risks. By one side, finance sustainability aims to implement new parameters – social, environmental and governance – by other, the energy sector goes through a energy transition, where new carbon capture technologies are being researched and new investments on renewable sources of energy implemented. In that scenario, the present paper intends to study how corporate instruments as corporative governance and compliance can foster climate goals on financial segment. The hypothesis is: although climate litigation comes to be more frequent on financial markets, the regulation by corporate instruments will have a central role in achieving sustainability goals on enterprises.

Keywords: *Sustainable Finance. Environmental, social and governance parameters (ESG). Climate Litigation.*

Introdução

Cientes de um contexto de mudanças climáticas, cidadãos e instituições não só passaram a questionar a origem e os impactos da energia que consomem como também passaram a demandar de atores privados¹ e governamentais a incorporação de metas de sustentabilidade e de redução das emissões de carbono em suas respectivas agendas. Tais reivindicações têm se desdobrado na incorporação de parâmetros ambientais, sociais e de governança (ESG)² no âmbito empresarial e financeiro; um número crescente de atores econômicos tem associado seus produtos e serviços a um portfólio direcionado pela sustentabilidade,³ pelo crescimento verde e pelo enfretamento das questões climáticas.⁴ No setor de energia, tais questões são discutidas recorrentemente, não só em âmbito nacional como também em âmbito internacional, visto o fato de diversos países estarem em um processo de transição energética, no qual a descarbonização da matriz de transporte e a busca por fontes mais limpas de geração de energia elétrica são metas a serem atingidas. Do lado

1 Empresas hoje não são mais avaliadas com base somente em métricas como performance financeira, ou mesmo a qualidade de seus produtos e serviços. Ao invés disso, as organizações hoje são crescentemente julgadas com base nos relacionamentos com seus funcionários, consumidores, comunidades e impacto na sociedade como um todo. DELOITTE. The Rise of the Social Enterprise: 2018 Deloitte Global Human Capital Trends. 2018. Disponível em: 2018-HCTrends_Rise-of-the-social-enterprise.pdf (deloitte.com). Acesso em: 5 jul. 2022.

2 “A matriz de compreensão que reveste o modelo ESG (*environmental, social and corporate governance*) compreende uma interlocução de práticas éticas e de compromisso institucional que, por sua vez, resultam em modelos de desenvolvimento sustentável e fortalecimento dos próprios mercados. Modelos que proporcionem avaliação e crivo sobre investimentos, com caráter fomentador, em sua conformidade para com objetivos de solidez e densificação ético-ambiental, promovem melhor alocação de recursos e ganhos financeiros de médio e longo prazos. Nesse sentido, tem-se uma interligação entre práticas empresariais e de mercado como um todo, além de posturas regulatórias estatais voltadas para a promoção de alocações ambientalmente coerentes e compatibilizadas de investimentos”. SARAI, Leandro. KOKKE, Marcelo. Regulação do sistema financeiro nacional: reflexões sobre sustentabilidade e aplicação de práticas de ESG. In: Finanças sustentáveis: ESG, compliance, gestão de riscos e ODS. Coordenadores: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida; Marcelo Drügg Barreto Viana; Sandra Akemi Shimida Kishi.

3 Há também o desenvolvimento da responsabilidade social corporativa, por meio da qual incorporam-se objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS's). Ela pode ser entendida como o conjunto de políticas e práticas das corporações que visam endereçar o bem social, por meio de seus negócios. AZEVEDO, Ligia Rezende. CARNEIRO, Jorge. Responsabilidade social corporativa e os objetivos de desenvolvimento sustentável: o papel dos conselhos. In: Finanças sustentáveis: ESG, compliance, gestão de riscos e ODS. Coordenadores: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida; Marcelo Drügg Barreto Viana; Sandra Akemi Shimida Kishi.

4 A exemplo, muitas empresas de óleo e gás têm ampliado seu portfólio de produtos e serviços para as energias renováveis, de modo que elas passam a ser consideradas como empresas de energia.

internacional, a Organização das Nações Unidas (ONU) reitera tal compromisso, por meio da implementação de objetivos para desenvolvimento sustentável (ODS),⁵ e entende o Brasil como protagonista para liderar as discussões sobre essa transição,⁶ visto que mais de 48% da nossa matriz advém de fontes renováveis, ao passo que a média mundial é de 13,8%, conforme dados do balanço energético nacional de 2021.⁷

Não só isso, a incorporação do Acordo de Paris⁸ em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 9.037, de 26 de abril de 2017, reitera tanto esse compromisso ambiental como climático. Nesse sentido, a contribuição mais interessante desse cenário deliberativo internacional está nas Contribuições Nacionalmente Determinadas (CND),⁹ na medida em que garantem maior autonomia para os Estados determinarem as contribuições que julgarem adequadas para o alcance das suas metas de redução das emissões de gases do efeito estufa, no esteio do que propõe o Acordo de Paris.¹⁰ Por mais que metas audaciosas sejam discutidas em Convenções, como a COP26, e outras sejam postas em relatórios técnicos, como o IPCC,¹¹ e a International Energy Agency (IEA)¹² recomendando, entre outras ações, o término do financeiro de veículos automotivos até 2030 e o alcance de um Netzero até 2050, chegou-se ao consenso de que: por mais estejamos enfrentando um problema eminente e global, há questões particulares quanto à aplicação e gestão de recursos para sua remediação, conforme a realidade econômica e social dos atores envolvidos.

Há necessidade de implementar estratégias diferenciadas, e não uma fórmula universal de comando e controle,¹³ do contrário, sua efetividade pode estar comprometida. Em suma, por mais que as preocupações de redução da emissão de gases do efeito estufa sejam compartilhadas, as responsabilidades são comuns, mas diferenciadas.¹⁴

5 Trata-se de dezessete objetivos que representam “um apelo global à ação para acabar com a pobreza, proteger o meio ambiente e o clima e garantir que as pessoas, em todos os lugares, possam desfrutar de paz e de prosperidade”. ONU – Organização das Nações Unidas. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. 2021. Disponível em: [Objetivos de Desenvolvimento Sustentável | As Nações Unidas no Brasil](#). Acesso em: 5 jul. 2022.

6 Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/energia-minerais-e-combustiveis/2021/01/brasil-e-escolhido-como-lider-em-debate-sobre-energia>. Acesso em: 24 jun. 2022.

7 Disponível em https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-601/topico-588/Relat%C3%B3rio%20S%C3%ADntese%20BEN%202021-ab%202020_v2.pdf. Acesso em: 30 jun. 2022.

8 O Acordo de Paris é um tratado internacional que tem por objetivo a redução das emissões de carbono a partir de 2020, de modo a incentivar uma melhor resposta à ameaça das mudanças climáticas e reforçar a capacidade dos Países lidarem com os efeitos dessas mudanças. Nesse cenário, as negociações multilaterais pretenderam manter o aumento da temperatura média mundial abaixo dos 2 °C em relação aos níveis pré-industriais e implementar ações para limitar esse aumento a 1,5 °C. Para tanto, o governo brasileiro se comprometeu na sua Contribuição Nacionalmente Determinada (NDC) a reduzir em 37% as emissões de gases do efeito estufa em 2025 em relação aos níveis de 2005. O referido tratado internacional foi recepcionado ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto 9.073 de 2017. BRASIL. Acordo de Paris. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – MCTIC Secretaria de Políticas e Programas de Pesquisa e Desenvolvimento – SEPED Coordenação-Geral do Clima – CGC. Disponível em: [acordo_paris.pdf \(www.gov.br\)](#). Acesso em: 7 jan. 2022.

9 Tendo como base o ano de 2005, a NDC brasileira reafirma o compromisso de redução das emissões líquidas totais de gases de efeito estufa em 37% em 2025, e assume oficialmente o compromisso de reduzir em 43% as emissões brasileiras até 2030. A NDC também enuncia o objetivo indicativo de atingirmos a neutralidade climática – ou seja, emissões líquidas nulas – em 2060. Esse objetivo de longo prazo poderá ser revisto no futuro, a depender do funcionamento dos mecanismos de mercado do Acordo de Paris, não estando descartada a possibilidade de adoção de estratégia de longo prazo ainda mais ambiciosa. Disponível em: [Apresentação da Contribuição Nacionalmente Determinada do Brasil perante o Acordo de Paris – Português \(Brasil\) \(www.gov.br\)](#). Acesso em: 7 jul. 2022.

10 MAYER, B. *The International Law on Climate Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

11 O referido relatório argumenta que a ação antrópica contribuiu de maneira sem precedentes para o aumento da temperatura global e que tal situação decorre, em muito, de emissões decorrentes de atividades humanas. Argumenta-se que as mudanças climáticas estão afetando populações diversas ao redor do globo, seja por alterações extremas de clima ou de temperatura. Diante desse contexto, o relatório apresenta cenários e estabelece algumas metodologias para lidar com seus efeitos.

12 O relatório da International Energy Agency propõe um cenário de alcance de um Netzero em 2050. Para tanto, entre outras ações, orienta-se o término do financiamento de atividades de exploração de recursos fósseis e eliminação da comercialização de carros a combustão até 2035. IEA. Netzero by 2050: a roadmap for the global energy sector. Disponível em: [Net Zero by 2050 - A Roadmap for the Global Energy Sector \(windows.net\)](#). Acesso em: 7 jan. 2022.

13 O princípio da diferenciação se refere a alocação de custos e obrigações de ação ambiental entre Países conforme suas capacidades, sejam elas econômicas, legais ou até mesmo políticas. Tal abordagem teve o intuito de incentivar tanto uma participação ampla de países em desenvolvimento e desenvolvidos em acordos multilaterais ambientais como promover uma abordagem valorativa nas alocações de custos e obrigações entre Estados como diferentes níveis de capacidade. FERREIRA, Patricia Galvao. Differentiation in International Environmental Law: has pragmatism displaced considerations of justice? p. 21-22.

14 MAYER, B. *The International Law on Climate Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

Diante desse cenário, argumenta-se que, nacionalmente, não só a regulação do setor de energia como também o mercado financeiro têm avançado, de modo a incorporar tais diretrizes em favor da sustentabilidade. Quanto ao primeiro, tanto a implementação do RenovaBio e de seus créditos da descarbonização (CBIO's),¹⁵ quanto o marco regulatório da geração distribuída (Lei 14.300, de 6 de janeiro de 2022),¹⁶ o mercado de carbono proposto nos termos do Decreto 11.075, de 19 de maio de 2022, e os avanços para sedimentação da eólica *offshore* (Decreto 10.946, de 25 de janeiro de 2022) demonstram esse compromisso pela sustentabilidade.

Quanto à regulação financeira, a Resolução 4.943, de 15 de setembro de 2021, do Conselho Monetário Nacional (CMN) inaugurou uma nova política de responsabilidade para o sistema financeiro (Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática – PRSAC), com o intuito de incluir requisitos sociais, ambientais e climáticos no gerenciamento de riscos.¹⁷ Ademais, na Resolução 4.945, expedida na mesma data, o CMN determinou que tanto a PRSAC como as ações que visem sua implementação deverão ter ampla divulgação.¹⁸

Esses novos parâmetros regulatórios e internacionais ensejam, por vezes, o posicionamento judicial ou administrativo, para fins de adimplemento de metas climáticas. Tal fenômeno ficou conhecido como litigância climática¹⁹ e tem os Estados Unidos da América (EUA) como seu exemplo mais proeminente, vista a quantidade de processos relativos à temática.²⁰ Nacionalmente, houve decisão recente sobre a temática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 708, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou sobre o financiamento climático:

(i) reconhecer a omissão da União, em razão da não alocação integral dos recursos do Fundo Clima referentes a 2019; (ii) determinar à União que se abstenha de se omitir em fazer funcionar o Fundo Clima ou em destinar seus recursos; e (iii) vedar o contingenciamento das receitas que integram o Fundo, fixando a seguinte tese de julgamento: O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, par. 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º c/c art. 9º, par. 2º, LRF).

Diante do exposto, o presente trabalho visa endereçar a regulação para sustentabilidade das finanças e o fenômeno da litigância climática. Por mais que as mudanças climáticas sejam uma questão majoritariamente relacionada à emissão de gases do efeito estufa decorrente da queima

15 Disponível em: RenovaBio — Português (Brasil) (www.gov.br). Acesso em: 7 jul. 2022.

16 Disponível em: L14300 (planalto.gov.br). Acesso em: 7 jul. 2022.

17 Empresas enquadradas nos segmentos S1, S2, S3 e S4, exigindo a constituição de comitês de gestão de risco e a realização de estudos que considerem mudanças em padrões climáticos e de transição para uma economia de baixo carbono.

18 Determinou-se a publicidade das informações que se relacionem: (i) à relação dos setores econômicos sujeitos a restrições nos negócios em decorrência dos aspectos de natureza social, ambiental ou climática; (ii) à relação de produtos e serviços que contribuam positivamente para tais aspectos; (iii) à relação de pactos de natureza social, ambiental ou climática que a instituição seja parte; e (iv) aos mecanismos utilizados para promover a participação de partes interessadas. Além disso, as instituições deverão constituir um comitê de responsabilidade social, ambiental e climática vinculado ao seu Conselho de Administração, sendo esse requisito obrigatório para instituições enquadradas no S1 ou no S2, e facultativo para instituições enquadradas no S3, S4 ou S5.

19 O relatório de litigância climática global das Nações Unidas considerou esse conceito como os casos que tratam de questões materiais de fato ou de direito relacionadas a mitigação, adaptação ou à ciência das mudanças climáticas. Tais casos são levados a órgãos administrativos, tribunais e outros órgãos jurisdicionais. Sua identificação é feita com base em palavras-chave como mudanças climáticas, aquecimento global, gases do efeito estufa e aumento dos níveis dos oceanos. United Nation Environmental Programme. Global climate litigation report: 2020 status review. Nairobi.

20 Até o final de maio de 2021, a base de dados do Direito das Mudanças Climáticas no mundo - criada e mantida pelo *Grantam Research Institute on Climate Change and the Environment at the London School of Economics and Political Science* - tinha 454 casos judiciais em 39 Países, excluindo os EUA, e 13 em jurisdições internacionais ou regional, assim como 2.247 leis e políticas climáticas em 198 jurisdições. A base do Centro Sabin tinha 1.387 casos judiciais nos EUA. SETZER, Joana. HIGHAM, Catherine. Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot. Policy report. 2021

de combustíveis fósseis, a discussão sobre o financiamento de projetos sustentáveis e de produtos financeiros verdes tem tomado cada vez mais espaço no mercado.

Tem-se visto a inclusão dos fatores climáticos tanto em relatórios de riscos como em políticas de responsabilidade no sistema financeiro, além da oferta de títulos verdes. Quanto à responsabilização, existem controvérsias se haveria espaço para considerar agentes financeiros como poluidores indiretos por danos ambientais ou até mesmo climáticos, no esteio do art. 3º, inciso IV, da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981.

Na prática, investidores e acionistas passam a não só exigir o cumprimento das metas de sustentabilidade das empresas e dos fundos que estabelecem relações, como também transparência (*disclosure e accountability*) das instituições quanto a esses dados, de modo a avaliar seu adimplemento e estabelecimento de um prognóstico quanto ao perfil da companhia.

Nesse cenário, a pergunta que o presente trabalho visa endereçar é: qual estratégia tem se mostrado mais efetiva para a gestão dos riscos climáticos no mercado financeiro, sejam eles físicos ou de transição, a regulação ou a litigância climática? O presente trabalho não visa endereçar a implementação de mercados de carbono para fins de gestão dos riscos climáticos.

De um lado, a regulação oferece perspectivas interessantes para incorporação desses riscos, na medida em que é capaz de se utilizar do direito societário, por meio de exigências relativas à governança corporativa²¹ e ao *compliance*. Por sua vez, a litigância climática parece ser um método eficaz para influenciar agentes econômicos, sob uma ótica reputacional, corroborando o adimplemento das metas climáticas assumidas pelos agentes econômicos ou dispostas em tratativas internacionais.

Quanto ao marco teórico, entendemos a teoria posta por Ulrich Beck no livro “Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade” como central,²² na medida em que o autor constrói seus argumentos na influência dos riscos ambientais para o desenvolvimento econômico e em como a sustentabilidade tem relevante contribuição nesse cenário, tendo em vista fatores intergeracionais. Esse argumento é exemplificado pela discussão atual sobre o avanço da discussão da poluição ambiental para poluição atmosférica (risco climático), a exemplo do Caso Judicial Americano Massachusetts v. EPA, no qual se entendeu que a EPA deveria tratar o CO² como um poluente e, por isso, regulá-lo.

Ciente desse contexto, adentra-se no segundo marco teórico do trabalho, que consiste na obra de Ruy Pereira Camilo Junior, que se intitula “Direito societário e regulação econômica”. Em tal título, o autor defende que, cada vez mais, instrumentos jurídicos de direito societário vêm sendo utilizados como mecanismos de regulação econômica.²³ No presente caso, a governança corporativa e o *compliance* são interpretados como instrumentos capazes de incentivar e constranger atores a adimplir metas climáticas. Além disso, o autor trata da influência do direito internacional tanto em sua forma *hard* – tratados internacionais – como *soft* – contribuições não cogentes de outros atores internacionais – para esse ambiente de regulação por instrumentos societários.²⁴ Desse modo, instaura-se o seguinte ambiente: de um lado, ações regulatórias, cada

21 O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) denota que a governança corporativa é: “um sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo o relacionamento entre conselho, equipe executiva e demais órgãos de controle”.

Já autores como Rosseti e Andrade entendem a governança corporativa como um sistema equilibrado de decisões, que visam estabilizar as organizações e preservar seus objetivos, garantindo um relacionamento adequado com *stakeholders*. Acrescentam ainda que o escopo do termo é amplo, na medida em que envolve aspectos variados como: (a) o direito das partes interessadas; (b) estrutura de poder das firmas; (c) o sistema normativo que rege as normas internas e externas da firma. ROSSETTI, J. P.; ANDRADE, A. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

22 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

23 CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. **Direito societário e regulação econômica**. Barueri, SP: Manole, 2018.

24 A exemplo, no presente caso, os compromissos não cogentes assumidos pelo Brasil na COP 26, da ratificação do Acordo de Paris e a edição de atos jurídicos de atores não estatais como *International Energy Agency*, *IRENA* e Banco Mundial têm contribuído para aumentar as discussões sobre mudanças climática e redução dos gases de efeito estufa.

vez mais, utilizam-se de instrumentos societários para encorajar empresas a cumprir metas de descarbonização sob a influência de diretrizes internacionais, ao passo que ações judiciais visam constranger e gerar impactos reputacionais em empresas e no governo com os mesmos objetivos. Afinal, a regulação ou a judicialização se mostra como melhor estratégia para o alcance da sustentabilidade das finanças?

1 Das deliberações internacionais à litigância climática: danos climáticos e responsabilidade civil

Sob a ótica internacional, a temática das mudanças climáticas tem adquirido cada vez mais proeminência, visto os potenciais efeitos catastróficos decorrentes do aquecimento global. Sob o prisma da regulação ambiental internacional, entendeu-se uma ampliação no princípio da vedação ao dano (*No Harm Principle*²⁵), de modo a entender que não só danos ambientais (poluição) devem ser evitados para além das fronteiras dos Estados, como também danos climáticos, aqueles decorrentes da emissão de gases do efeito estufa.²⁶

Nesse cenário, mecanismos jurídicos para tutelar sua emissão começaram a ser desenhados, seja na forma de mercados de carbono, seja em taxações internacionais, políticas públicas, acordos internacionais e mecanismos regulatórios.²⁷ Um dos primeiros exemplos desses acordos é o Protocolo de Kyoto, na medida em que ele objetivou criar um mecanismo de comando e controle para manter as emissões em patamares razoáveis. Contudo, sua efetividade não logrou o êxito esperado, e as deliberações avançaram para um modelo mais descentralizado.

Nesse esteio, houve tanto a inclusão do termo desenvolvimento no corpo da Declaração Rio 92 como a criação das Contribuições Nacionais Determinadas no Acordo de Paris, de modo a trazer uma interpretação e abordagem mais dialógica para o enfretamento das mudanças climáticas. Inclui-se a ótica dos países em desenvolvimento e subdesenvolvidos sobre a questão, esta denominada recorrentemente como *Bottom Up*.²⁸

Essa abordagem culminou tanto com a sedimentação do princípio da diferenciação quanto com a inclusão de questões relativas à justiça climática, sob a ótica das economias em desenvolvimento. A base normativa do referido princípio poderia ser resumida em dois objetivos: (a) uma vertente valorativa que teria por fim promover justiça entre países desiguais; e (b) uma diretriz pragmática ou instrumental, de modo a promover participação ampla.²⁹

Assim, os acordos multilaterais sobre mudanças climáticas começaram a ser desenhados sob uma ótica integrativa, de modo a privilegiar a participação dos atores envolvidos em detrimento de um modelo de comando e controle. Para tanto, incluíram-se contribuições, capacidades e necessidades

25 Conforme o princípio 21 da Declaração de Stockholm de 1972, Estados têm o direito soberano de explorar seus recursos, com o intuito de implementar suas políticas ambientais e tem a responsabilidade de garantir que as atividades em sua jurisdição ou controle não causem danos para o meio ambiente de outro Estado ou áreas que estejam além de sua jurisdição. Mais tarde, o princípio 2 da Declaração do Rio de 1992 acrescentou que a exploração de recursos tem vertentes ambientais e de desenvolvimento econômico. BODANSKY, D. BRUNNÉE, J. RAJAMANI, L. *International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University. 2017. p. 39

26 Autores em 2009 já argumentavam sobre a possibilidade de processos judiciais envolvendo danos a recursos naturais decorrentes de mudanças climáticas. DONALD, J. GOTTLIEB, I. HILL, J. *Natural resource damages for climate change*. 2009

27 Quando das deliberações internacionais sobre mudanças climática, muitos dos gases do efeito estufa não eram tratados como poluente e, por isso, não eram extensivamente regulados. Por isso, essa noção de limite de emissão começou a ser tratada seriamente em deliberações internacionais.

28 FERREIRA, P. (2018). *Differentiation in International Environmental Law: Has Pragmatism Displaced Considerations of Justice?* IN. Craik, C. Jefferies, S. Seck, & T. Stephens (Eds.), *Global Environmental Change and Innovation in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press. p. 25.

29 Id.

de desenvolvimento variadas. Em suma, por mais que os objetivos de redução dos gases de efeito estufa sejam compartilhados, as responsabilidades são comuns, mas diferenciadas.

Ainda assim, por mais que Estados tenham ratificado tais instrumentos jurídicos, muitas vezes sua efetividade não é posta em prática, seja pela inércia de entidades governamentais, seja por posturas negacionistas de algumas instituições. Nesse sentido, a litigância climática acabou sendo vista como uma estratégia para fortalecer o debate das mudanças climáticas, de modo a influenciar ações por parte desses atores.³⁰ Contudo, a entrada dessas ações esbarra na utilização de arcabouço jurídico adequado para tutelar esses danos climáticos. Nesse cenário, indagar sobre estratégias processuais é essencial.

Inicialmente nos EUA, utilizaram-se o aparato regulatório federal e o sistema de responsabilidade civil. A busca pela responsabilidade climática teve início com grupos ambientais buscando influenciar o desenvolvimento de políticas públicas, de um lado. O fundamento seria de que o aparato regulatório deveria atuar de modo a controlar as crescentes emissões de gases do efeito estufa. De outro, a responsabilidade civil seria um instrumento para obtenção de compensações financeiras ou medidas cautelares frente a grandes emissores.³¹

Uma alternativa foi a de utilizar leis ambientais para endereçar as mudanças climáticas, a exemplo do que ocorreu no caso *Massachusetts vs. EPA*,³² no qual os petionários buscaram o reconhecimento dos gases de efeitos estufa como poluentes sob o espectro do *Clean Air Act*. Argumentou-se que a agência reguladora deveria estabelecer parâmetros de emissão para qualquer poluente de fontes móveis ou fixas que contribuísse para a poluição do ar, desde que haja razoabilidade para sua antecipação e haja lesão à saúde pública ou bem-estar.³³

Outra estratégia para pleitear a responsabilidade civil seria a aplicação do princípio do poluidor pagador, cuja recorrência se dá em políticas ambientais. O dever de cuidado e a prova do nexo de causalidade são centrais nesse sistema de responsabilização, e, pelo fato de a litigância climática envolver incertezas científicas, eles representam grandes desafios. Argumenta-se que o modo como as normas são implementadas pode tornar as demandas relacionais às mudanças climáticas excessivamente custosas pelos altos custos de transação.³⁴

Outra questão sobre a litigância climática se refere à relutância de o Judiciário, por vezes, avaliar a matéria sob o pretexto da separação de poderes. Argumenta-se que o aquecimento global não seria adequado para judicialização, outrossim deveria ser decidido pelo Congresso e pelo Executivo. A exemplo do que ocorreu nos seguintes casos: *Connecticut v. American Electric Power*;³⁵ *California v.*

30 Autores buscam compreender o fenômeno da litigância climática não sobre um viés da litigância civil tradicional, na qual potenciais vítimas usariam o sistema da responsabilidade civil para obter compensações por danos decorrentes das mudanças climáticas. Argumenta-se que o ponto central dessa litigância seria entender em que medida a responsabilidade civil e as cortes em geral poderiam ser úteis para forçar potenciais poluidores ou até mesmo o governo para tomar medidas para reduzir os efeitos das mudanças climáticas. FAURE, Michael. PEETERS, Marjan. *Climate change liability* - Introduction. Maastricht University.

31 GERRARD, B. MACDOUGALD, Joseph A. *An introduction to climate change liability litigation and a view to the future*. 2013. Columbia Law School.

32 Em março de 2007, a suprema corte americana entendeu por maioria que o dióxido de carbono e outros gases de efeito estufa estariam dentro do escopo de poluentes do ar sob o escopo do *Clean Air Act* e, por isso, a EPA teria autoridade para regulá-los. Durante a administração do governo Obama, conclui-se que o aumento dos níveis de gases de efeito estufa ameaçavam a saúde pública, a segurança e o bem-estar. Assim, a agência começou a regular, de modo a restringir a emissão desses poluentes. Id.

33 Id.

34 SCHWARZE, Reimund. *Liability for climate change: the benefits, the cost and the transaction costs*. 2007. University of Pennsylvania Law Review, vol. 155, nº 6.

35 *Connecticut v. American Electric Power* foi um caso peticionado por 8 estados americanos em 2004, a cidade de nova york e 3 *land trust* contra 5 instalações elétricas que queimavam uma quantidade significativa de carvão. A ação almejava uma medida cautelar com o intuito de obrigar tais empresa a reduzirem suas emissões anuais de gases de efeitos estufa e não tinha a pretensão de recolher indenização. GERRARD, B. MACDOUGALD, Joseph A. *An introduction to climate change liability litigation and a view to the future*. 2013. Columbia Law School.

General Motors Corporation;³⁶ *Comer v. Murphy Oil*;³⁷ *Kivalina v. ExxonMobil Corporation*.³⁸ De outro lado, decisões judiciais mais recentes começaram a enfrentar o fenômeno das mudanças climáticas, a exemplo do caso *Milieudefensie et al. v. Shell*,³⁹ no qual se obrigou a companhia de óleo e gás – Shell – a reduzir suas emissões de dióxido de carbono em 45% em relação aos níveis de 2019 até 2030, de modo a garantir que o aquecimento global seja limitado a 1,5 °C.

Esse caso é emblemático no sentido de que é a primeira decisão judicial clara a determinar que o limite de temperatura de 1,5 °C deve ser usado para direcionar parâmetros legais de conduta, mesmo na ausência de legislação explícita. Desse modo, a Corte determinou que as metas do acordo de Paris, por mais que não sejam cogentes, representam parâmetros universais aceitos e reiterados, que protegem o interesse comum de prevenir sérios danos climáticos.⁴⁰

Diante desse panorama, entende-se que a litigância acaba por ser uma estratégia com diferentes fundamentos para alcance da mitigação ou adaptação das mudanças climáticas. Para fins exemplificativos, denotam-se as seguintes tendências: (a) cumprimento de obrigações climáticas; (b) casos de direito constitucional e humanos; (c) casos de corporações e de mercado financeiro; e (d) casos focados em medidas de adaptação.⁴¹

A Unep exemplifica essas tendências da litigância climática por meio das seguintes vertentes: (a) direito climáticos; (b) *enforcement* nacional; (c) contenção das emissões; (d) responsabilidade corporativa; (e) falhas em garantir mecanismos de adaptação; e (f) *disclosure* climático e *greenwashing*.⁴²

Ciente desse cenário, entende-se que a litigância climática vem construindo teorias para fundamentar sua aplicação, ainda que argumentos como a inaplicabilidade da responsabilidade civil, altos custos de transação para valoração das provas e a separação de poderes sejam utilizados para declarar a incompetência de tribunais. Fato é que tais estratégias processuais podem servir de incentivos para corroborar políticas públicas sobre a temática, em detrimento do estabelecimento de reparações pecuniárias.

36 A Califórnia processou uma série de fábricas automotivas, tendo em vista as emissões decorrentes da combustão dos veículos que essas fábricas produziam. O referido Estado alegou que tais poluentes estariam causando prejuízos a sua região costeira, além de outros danos. O caso buscou compensações monetárias pelos danos relatados. Id.

37 O caso em questão foi impetrado no Mississippi em prol de diversos proprietários e contra 30 ou mais companhias, variando desde indústrias química, de óleo e outras. Os peticionários alegaram que os danos de propriedade causada pelo Furacão Katrina foram exacerbados e que o poder do evento foi catastrófico, ampliado pelas mudanças climáticas. Alegou-se que as emissões dos réus foram substanciais para piora dos danos. O caso pleiteou reparações monetárias proporcionais aos danos ocasionados às suas propriedades. Id.

38 O caso foi peticionado em favor o vilarejo de Kivalina, localizado no Alaska, onde houve uma série de danos relacionados às mudanças climáticas. O vilarejo era protegido de fenômenos naturais por uma barreira de gelo no mar. Com o aumento da temperatura, as ondas e o degelo erodiram essa barreira natural, o que ocasionou tempestades sazonais mais fortes e correntes marítimas mais intensa, causando danos ambientais a região. Alegou-se que grande número de companhias de combustíveis fósseis, companhias químicas e outras exacerbaram a emissão de gases poluentes, de tal que modo que forçaram a população do vilarejo a se realocar. Demandaram-se vários milhões de dólares para fins de indenização pecuniária, de modo a cobrir os custos associados. Id.

39 A ação judicial foi impetrada por uma série de organizações não governamentais de cunho ambiental, liderada pelo Friends of the Earth Netherlands (*Milieudefensie*) em conjunto com mais de 17.000 copeticionários. Argumentou-se que as operações corporativas eram ilegais, e que a companhia deveria reduzir suas emissões em acordo com as metas postas pelo Acordo de Paris. A corte, por sua vez, entendeu que a companhia não estaria adotando práticas ilegais, mas entendeu que ela tinha uma obrigação de resultado quanto à redução de suas emissões e uma obrigação de melhores prática para reduzir as emissões ao longo de sua cadeia operacional, incluindo seus fornecedores e consumidores. SETZER, J.; BYRNES, R. *Global trends in climate change litigation 2021*. p. 31.

40 SETZER, J.; BYRNES, R. *Global trends in climate change litigation 2021*. p. 35.

41 SETZER, J.; BYRNES, R. *Global trends in climate change litigation 2021*. p. 4-6.

42 United Nation Environmental Programme. *Global climate litigation report: 2020 status review*. Nairobi.

2 Riscos climáticos, mercado financeiro e regulação: governança corporativa e compliance

A busca pelo desenvolvimento sustentável tem sido uma pauta recorrente ao redor do mundo. Entendeu-se que tanto preocupações climáticas como ambientais devem ser postas como centrais para o avanço econômico e para a equidade intergeracional. Nesse sentido, o Fórum Econômico Mundial apresentou a 16ª edição do Relatório de Riscos Globais, no qual foram indicados os mais severos a serem enfrentados nos próximos 10 anos: (a) mudanças climáticas; (b) climas extremos; (c) perda de biodiversidade; (d) erosão da coesão social; (e) crise da qualidade de vida; (f) doenças infecciosas; (g) dano humano ambiental; (h) crise dos recursos naturais; (i) crise de endividamento; e (j) confrontos geoeconômicos.⁴³

Nesse cenário de busca pela sustentabilidade, questões relativas ao ESG têm, cada vez mais, influenciado estratégias corporativas, modelos de negócio e avaliações de risco. Ainda assim, persiste um grande desafio quanto à definição de suas métricas.⁴⁴ Para tanto, o Conselho Internacional de Negócio do Fórum Econômico publicou o relatório *Measuring Stakeholders Capitalism: Toward common metrics and consistent reporting of Sustainable Value Creation*,⁴⁵ com o intuito de ajudar empresas a demonstrarem suas contribuições para a criação sustentável de valor.⁴⁶

De todo modo, há críticas frequentes quanto a forma de avaliar e qual extensão que mercados financeiros incorporam riscos e oportunidades relacionados a transição sustentável e com o desenvolvimento econômico inclusivo em avaliações de mercado. Essas avaliações são essenciais para compreender o impacto de novas informações, na medida em que, se abruptamente introduzidas, podem levar a distorções nos preços de ativos financeiros.⁴⁷ Nesse cenário, buscam-se políticas capazes de fortalecer a transição e garantir que mercados sejam capazes de ordenar preços entre as indústrias ao longo do tempo.⁴⁸

Na prática, estudos sugerem que mercados não estão precificando suficientemente os riscos climáticos, sejam eles físico⁴⁹ e de transição.⁵⁰ Na prática, o grande desafio está na precificação

43 World Economic Forum. *The global risks report 2022*. 17. ed.

44 Por mais que a incorporação do ESG no mercado financeiro e empresarial seja a concretização de uma série de compromissos climáticos e ambientais, investidores devem ter ciência das metodologias utilizadas para medir tais parâmetros e o porquê de eles terem sido escolhidos. Do contrário, teme-se a provável sedimentação de um falso sentimento de confiança por de trás dos números postos ao mercado e, assim, não se saberia exatamente o que se está comprando. O ranqueamento ESG oferecido por certas agências teria o intuito de ajudar investidores a integrar fatores ESG em suas decisões, seus portfólios para riscos e oportunidade, gerar ideia de investimentos e conduzir a devida diligência. O fato de tais agências serem remuneradas pelos investidores e não pelas companhias que elas ranqueiam, mitigaria conflitos de interesse. Christensen, Dane M. and Serafeim, George and Sikochi, Anywhere, Why is Corporate Virtue in the Eye of the Beholder? The Case of ESG Ratings (February 26, 2021). *The Accounting Review*, <https://doi.org/10.2308/TAR-2019-0506>, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3793804>, p. 9 -10.

45 Esse documento apresenta lista contendo 21 métricas básicas e 34 métricas, com objetivo de promover parâmetros e métricas não financeiras, para as empresas prepararem seus relatórios e divulgar suas atividades de ESG, promovendo os conceitos de *Stakeholder Capitalism*, e estão alinhadas aos ODS das Nações Unidas. As métricas são deliberadamente baseadas em padrões existentes, com os objetivos de curto prazo de acelerar a convergência entre os principais definidores de padrões privados e trazer maior comparabilidade e consistência aos relatórios de divulgações ESG. YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Construção da cultura da sustentabilidade à luz dos ODS e dos princípios ESG. In: *Finanças sustentáveis: ESG, compliance, gestão de riscos e ODS*. Coordenadores: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida; Marcelo Drügg Barreto Viana; Sandra Akemi Shimida Kishi.

46 A implementação dessa regulação é incipiente, de tal modo que, por vezes, não há clareza regulatória quanto a métricas financeiras e ferramentas analíticas para medir riscos de transição. Ademais, não há cobertura setorial consistente e satisfatória para precificação do carbono. Argumenta-se que produtos financeiros como Bonds, produtos estruturados, ferramentas de gerenciamento de rating e indexing tem estruturas pouco desenvolvidas, de modo a permitir que investidores alinhem portfólio como objetivos climáticos específicos e estratégias OECD. *Financial Markets and Climate Transition: Opportunities, Challenges and Policy Implications*. OECD Paris. 2021. p. 11.

47 Ibid. p. 12

48 Id.

49 Riscos físicos são aqueles resultantes do aumento de eventos catastróficos por conta das mudanças climática. A exemplo, a maior frequência de climas extremos que causam danos a infraestrutura ou rompem com demandas sazonais (aumentando custos de segura, default rates e perda de crédito). OECD. *Financial Markets and Climate Transition: Opportunities, Challenges and Policy Implications*. OECD Paris. 2021. P. 23.

50 Os riscos de transição são aqueles que são resultado do processo de adaptação para uma economia de baixo carbono e a possibilidade de que haja mudanças em políticas públicas ou em tecnologias para mitigar ou adaptar às mudanças climáticas. Esses riscos podem ser resultado de mudanças na política climática, na regulação ou por conta de inovações tecnológicas que podem causar diminuição na competitividade de tecnologias de alto carbono e infraestrutura, levando a maiores custos, ativos afundados, processos afundados e perda de créditos. Id.

do risco de transição⁵¹ tanto pela falta de métricas para medir a exposição das firmas aos riscos climáticos como na dificuldade de identificar medidas que tragam riscos climáticos.⁵² Assim, o estabelecimento de taxonomias pode ser útil, de modo a guiar atores financeiros e corporativos no *disclosure* de informações, na criação de *indexes* e no estabelecimento de metodologias de *rating* tanto no ambiente doméstico como no ambiente regional.⁵³

Para tanto, argumenta-se que tais estratégias⁵⁴ devem ser devidamente designadas para não só avaliarem a extensão em que as atividades da companhia são verdes ou não, como também para saber em que medida a companhia está tomando ações para a transição para uma economia de baixo carbono em determinado período.⁵⁵

Contudo, por mais que tais definições visem trazer mais segurança, por vezes suas terminologias acabam tendo o efeito contrário. Num ambiente cada vez mais descentralizado, a multiplicidade de definições de verde e investimentos resilientes ao clima acaba dificultando a eficiência e integridade do mercado, de modo a favorecer a realocação do capital em função de uma transição de baixo carbono.⁵⁶

Argumenta-se a necessidade de investidores e o mercado terem acesso a informações precisas e comparáveis sobre a performance ambiental e climática das companhias e de suas atividades, de modo a permitir que eles avaliem em qual extensão essas informações se encaixam com estratégias de investimentos que eles pretendem colocar em prática.⁵⁷

De um lado, as finanças sustentáveis⁵⁸ podem parecer um grande avanço em prol do combate dos efeitos estufa, relevando a função social e corporativa das organizações; de outro, exige-se o controle e o gerenciamento desses riscos, esclarecendo e definindo os produtos financeiros ofertados, além do atendimento das expectativas dos consumidores quanto aos mesmos.⁵⁹ Na ótica corporativa, o fato de os parâmetros ESG trazerem novos riscos para o mercado financeiro tem sido pauta recorrente nos Conselhos de Administração, na medida em que a falta do seu *compliance* pode acarretar em *Greenwashing*.

Ciente dessa necessidade de incorporação desses parâmetros de gerenciamento de riscos, disposições societárias são utilizadas como instrumentos de regulação econômica, para fins de adimplemento de metas climáticas, a exemplo da governança corporativa e do *compliance*. Entende-se que instrumentos e práticas de governança visam garantir maior transparência e melhor percepção dos riscos empresariais pelos acionistas e investidores,⁶⁰ ao passo que o

51 Alguns estudos sugerem que os riscos de transição associados com uma precificação errada de combustíveis fósseis e *stranded assets* poderiam causar mudanças abruptas e disruptivas quando mercado melhor apreciarem esses riscos, seja por conta de políticas públicas, indústria ou eventos de mercado. *Ibid.* p. 20.

52 *Ibid.* 16.

53 *Ibid.* p. 73

54 Quando devidamente desenhadas – definições de finanças sustentáveis e taxonomias – podem trazer benefícios que melhorem eficiência e integridade de mercado, além de ajudar a estabelecer mecanismos de precificação apropriados para riscos e oportunidades relacionados ao clima. Em especial, elas podem ajudar a evitar o *greenwashing*, diminuir a fragmentação do mercado e acelerar o fluxo de investimento de atividades econômicas sustentáveis. OECD. *Financial Markets and Climate Transition: Opportunities, Challenges and Policy Implications*. OECD Paris. 2021. p. 73.

55 OECD. *Financial Markets and Climate Transition: Opportunities, Challenges and Policy Implications*. OECD Paris. 2021. p. 73

56 *Ibid.* p 76

57 *Id.*

58 Usualmente, utiliza-se a expressão finanças sustentáveis para se referir à integração de aspectos ambientais, sociais e de governança nos processos de tomada de decisão de investimento pelos atores do mercado financeiro". "Diferente do termo sustentabilidade, o qual usualmente se concentra em aspectos ambientais, incluindo mudanças climáticas, o termo, finanças sustentáveis é mais amplo". YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Construção da cultura da sustentabilidade à luz dos ODS e dos princípios ESG. In: *Finanças sustentáveis: ESG, compliance, gestão de riscos e ODS*. Coordenadores: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida; Marcelo Drügg Barreto Viana; Sandra Akemi Shimida Kishi.

59 MÜLLER, Ives Pereira. VADAS, Rolando Gaal. TORRES, Érico. Responsabilidade social corporativa ODS, ESG, GRI, LGPD, CVM, SASB, governança e reguladores: a necessidade de busca maiores sinergia e convergência das forças reguladoras. In: *Finanças sustentáveis: ESG, compliance, gestão de riscos e ODS*. Coordenadores: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida; Marcelo Drügg Barreto Viana; Sandra Akemi Shimida Kishi.

60 TAPANJEH, Abdussalam Mahmoud Abu. *Corporate governance from the Islamic perspective: a comparative analysis with OECD principles*.

compliance se manifesta como um arcabouço para prevenção e redução de fraudes, o que se manifesta como fundamental para oferta de serviços com padrões reais de sustentabilidade.⁶¹ Nesse ambiente, espera-se que participantes do mercado financeiro, em particular, instituições supervisionadas recorram a litigância⁶², de modo a incentivar a implementação desses parâmetros. Tal estratégia de judicialização pode fornecer incentivos para autoridades públicas assumirem posturas mais proativas em promover a sustentabilidade das finanças, tendo em vista críticas às disposições regulatórias que não fazem referência expressa a sustentabilidade ou quando normas estão abertas a interpretações amplas.⁶³ Nesse cenário, o que o mercado e a regulação têm implementado nacionalmente?

A Bolsa de Valores de São Paulo criou em 2005 o Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE), de modo a referenciar investimentos socialmente responsáveis e refletir o retorno de carteiras compostas por ações de empresas comprometidas com parâmetros de responsabilidade socioambiental. Atualmente, esse índice é conhecido como ISE B3 e incorporou nova metodologia em 2021, de modo a promover a divulgação de avaliação geral de todas as empresas participantes no processo de seleção e não só as eleitas para a carteira. Tais ações parecem promover um melhor *disclosure* das informações aos acionistas e investidores.

No que tange à Audiência Pública 9, de 2020, objetivou-se reduzir o custo de observância e de aprimorar o regime informacional dos emissores de valores mobiliários, com a inclusão de informações que reflitam aspectos sociais, ambientais e de governança corporativa. Nesse esteio, é proposto um novo campo no formulário de referência centrado na divulgação dos parâmetros ESG das companhias, de modo a incluir relatórios de sustentabilidade, indicadores de desempenho ambientais adotados e sobre diversidade. Do lado regulatório, o CMN editou a Resolução 4.943, de 2021, com o intuito de alterar as estruturas de gerenciamento de riscos e de capital, além da política de divulgação de informação. Já a Resolução 4.945, de 2021, do CMN, versa sobre a Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática e sobre as ações com vistas à sua efetividade.

A Consulta Pública 85, de 2021, teve por objetivo aprimorar as regras de gerenciamento dos riscos, social, ambiental e climático aplicáveis ao Sistema Financeiro Nacional (SFN) e quais requisitos deveriam ser adotados por instituições financeiras nas suas respectivas PRSAC. Para tanto, redefiniram-se os riscos social e ambiental. O primeiro seria aquele relacionado à violação de direitos fundamentais ou de interesses coletivos, ao passo que o último seria relativo à degradação do meio ambiente.

Tais ações teriam por fim fortalecer a estrutura de governança e os requisitos de divulgação de informações ao público. Além disso, há obrigatoriedade da criação de um Comitê de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática com atribuições definidas e vinculado ao Conselho de Administração, o que pode ser facultativo conforme o enquadramento da instituição, nos termos da Resolução CMN 4.553, de 30 de janeiro de 2017.⁶⁴ Ciente desse cenário, o arcabouço

Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/222_527039_Corporate_governance_from_the_Islamic_perspective_A_comparative_analysis_with_OECD_principles. Acesso em: 24 jun. 2022.

61 BANCO CENTRAL DO BRASIL. Auditoria Interna e Compliance na visão do Bacen: Perspectiva e Responsabilidade 8º. Congresso Febraban de Auditoria Interna e Compliance, 2007. Disponível em: http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf.

62 Participantes do mercado financeiros estão desenvolvendo formas de administrar os riscos de transição seus portfólios de investimentos. Argumenta-se que portfólios com firmas mais verdes vão performar melhor durante períodos com notícias climáticas negativas. Ademais, investidores que são capazes de identificar e investir em oportunidade superiores em inovações verdes, incluindo tecnologias, pode obter retorno significativas. Por esta razão, não é surpreendente que investidores estejam demandando metodologias consistente, confiáveis e comparativas de *disclosure* dos riscos e oportunidades relacionados aos riscos climáticos. OECD. Financial Markets and Climate Transition: Opportunities, Challenges and Policy Implications. OECD Paris. 2021. p. 21.

63 SOLANA, Javier. *Climate litigation in financial markets: a typology*. Cambridge University Press. 2019. P.9

64 Em qualquer caso, a composição do comitê deve estar disponível no sítio da instituição na internet para acesso público, conforme o art. 6º. E o próprio Conselho de Administração tem competências privativas que devem ser executadas visando à efetividade da Política de Responsabilidade

regulatório do sistema financeiro tem sido direcionado pela sustentabilidade ao incorporar parâmetros ambientais, sociais e de governança em suas diretrizes. Para tanto, colocou-se em prática um sistema de responsabilidade baseado em riscos relacionados aos referidos parâmetros, implementou-se um sistema mais hígido de governança corporativa e *compliance*, de modo a garantir um melhor *disclosure* de informações sensíveis para acionistas e investidores, além de se evitar condutas ilícitas como o *greenwashing*.

Como resultado desses novos modelos regulatórios, argumenta-se que o fenômeno da litigância climática será cada vez mais recorrente no sistema financeiro, a exemplo do que vem acontecendo em jurisdições estrangeiras. Entende-se que tais casos poderão ser motivados por acionistas que desejam maior transparência climática ou até mesmo constituirão reclamações formais a entidades supervisoras envolvendo a inadequação do *disclosure* das firmas em relação aos riscos climáticos.

Nesse esteio, há o caso *Greenpeace Canada v. Ontario Securities Commission*, no qual alegou-se que a companhia não prestou informações suficientes quanto aos riscos climáticos no relatório anual de 2017.⁶⁵ Outro caso é *Commonwealth Bank of Australia v. Shareholders*, no qual dois acionistas questionam os relatórios anuais de 2016 do banco, alegando que a instituição tinha falhado quanto ao *disclosure* de aspectos específicos dos riscos climáticos. Argumentou-se que o banco tinha falhado em garantir um ponto justo e verdadeiro de sua posição financeira e performance, de modo a prevenir que seus membros fizessem uma avaliação das operações e futuros prospectos da instituição.⁶⁶

Considerações finais

Diante de todo o exposto, entende-se que tanto a regulação em favor da sustentabilidade das finanças como a litigância climática serão estratégias para o alcance de metas climáticas. O estabelecimento de instrumentos societários para tais fins, a exemplo da governança corporativa e do *compliance*, serão centrais para influenciar corporações no curto prazo.

Assim, de um lado, a regulação visa definir melhores métricas, parâmetros de *rating* e *indexes*, de modo a gerar confiança nas transações quanto a títulos verdes; ao mesmo tempo, a governança corporativa, o *compliance* e a política de responsabilidade social, climática e de governança tem sido instrumento para incentivar corporações a adotarem os *standards* ESG em seus modelos de negócio.

Social, Ambiental e Climática, destacando-se sua aprovação e revisão, a garantia da efetiva aderência e a devida compatibilidade com as demais políticas e ações da instituição, a correção tempestiva de deficiências, a organização e a atribuição de funções ao comitê e a estipulação de estrutura remuneratória compatível que incentive condutas, conforme a prescrição do artigo 7º. A diretoria da instituição também deve atuar para a efetivação da Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática, conduzindo-se em conformidade, e a auditoria interna deverá avaliar periodicamente o grau de efetividade dos processos e ações pertinentes, conforme os arts. 8º e 9º. A divulgação da Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática, do seu conteúdo e informações integrais, inclusive de suas revisões, é obrigatória ao público externo, devendo estar disponível para pesquisa no sítio da instituição na internet em local único, devidamente identificado para facilitar o acesso público, nos termos dos arts. 10, 11 e 12.

65 A reclamação é baseada na recomendação presente pelo TCFD – uma instituição privada coordenada pela Financial Stability Board, um órgão internacional que monitora e faz recomendações sobre o sistema financeiro global. Os reclamantes argumentam que relatório anual da companhia não inclui informações relacionadas aos riscos climático, a exemplo dos riscos que seus consumidores podem enfrentar como resultados de casos de litigância climática pendentes e investigações de fraudes contra a empresa, em relação as mudanças climáticas. Além disso, argumentam que não um *disclosure* sobre a estratégia de negócio da companhia em um cenário de baixo carbono, como o TCFD recomenda. SOLANA, Javier. *Climate litigation in financial markets: a typology*. Cambridge University Press. 2019. p. 18.

66 Os petionários alegaram que o banco tinha contrariado o Ato das Corporações de 2001 ao falhar em emitir informações relacionadas aos riscos climáticos e, por isso, requerem uma ação do banco em reportar tais riscos. A reclamação dos petionários foi descontinuada algumas semanas depois, logo após o banco incluir no seu relatório anual de 2017, pela primeira vez, o reconhecimento dos diretores do banco de que as mudanças climáticas impunham um sério risco às operações da instituição, com a promessa de que iriam incluir a análise do cenário climático nas suas operações nos próximos anos. SOLANA, Javier. *Climate litigation in financial markets: a typology*. Cambridge University Press. 2019. p. 19.

De outro, a litigância climática visa exatamente ser uma estratégia para acelerar esse processo e preencher lacunas tanto em relações a ações de atores governamentais como privados.

De todo modo, desafios quanto ao estabelecimento de métricas e a precificação dos riscos climáticos de transição permanecem. Nesse cenário, investidores e acionistas se sentirão cada vez mais legitimados a demandar judicialmente que corporações insiram a gestão dos riscos climáticos em seus modelos de negócios e órgãos governamentais editem arcabouços normativos capazes de tutelar tais riscos.

Desse modo, a perspectiva que se traça é a de que a litigância climática será cada vez mais recorrente no mercado financeiro a médio e longo prazo, de modo a incentivar a edição de parâmetros regulatórios tangíveis a acionistas, consumidores e investidores, visto que estes buscarão maneiras de precificar riscos climáticos frente ao *disclosure* de informações de instituições e corporações inseridas nesse sistema.

Referências

ALVAREZ, José E. **Reviewing the use of “Soft Law” in Investment Arbitration**. New York University School of Law Public Law e Legal Theory Research Paper Series Working Paper, nº 18-46, 2018.

AZEVEDO, Ligia Rezende; CARNEIRO, Jorge. Responsabilidade social corporativa e os objetivos de desenvolvimento sustentável: o papel dos conselhos. *In: Finanças sustentáveis: ESG, compliance, gestão de riscos e ODS*. Coordenadores: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida; Marcelo Drügg Barreto Viana; Sandra Akemi Shimida Kishi. 2022. Disponível em: Finanças Sustentáveis: ESG, Compliance, Gestão de Riscos e ODS - Conselho Nacional do Ministério Público (cnmp.mp.br). Acesso em: 5 jul. 2022.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34,

BODANSKY, D. BRUNNÉE, J, RAJAMANI, L. **International Climate Change Law**. 2017. Oxford: Oxford University.

BRASIL. **Acordo de Paris**. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – MCTIC Secretaria de Políticas e Programas de Pesquisa e Desenvolvimento – SEPED Coordenação-Geral do Clima – CGC. Disponível em: [acordo_paris.pdf](#) (www.gov.br). Acesso em: 7 jan. 2022.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. **Direito societário e regulação econômica**. Barueri, SP: Manole,

CHRISTENSEN, Dane M. and SERAFEIM, George and Sikochi, Anywhere, **Why is Corporate Virtue in the Eye of the Beholder? The Case of ESG Ratings** (February 26, 2021). The Accounting Review, <https://doi.org/10.2308/TAR-2019-0506>, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3793804> p. 9 -10.

DELOITTE. **The Rise of the Social Enterprise**: 2018 Deloitte Global Human Capital Trends. 2018. Disponível em: [2018-HCTrends_Rise-of-the-social-enterprise.pdf](#) (deloitte.com). Acesso em: 5 jul. 2022.

DONALD, J.; GOTTLIEB, I. HILL. J. **Natural resource damages for climate change – An Idea Whose Time Is Not Yet Come, Part II: Climate Change NRD Claims – Get Coverage.** 2009. *Environmental Claims Journal*. Published by Taylor & Francis (Routledge).

FAURE, Michael. PEETERS, Marjan. **Climate change liability - Introduction.** 2011. Maastricht University.

FERREIRA, Patricia Galvao. **Differentiation in International Environmental Law: has pragmatism displaced considerations of justice?** In N. Craik, C. Jefferies, S. Seck, & T. Stephens (Eds.), *Global Environmental Change and Innovation in International Law*. 2018. Cambridge: Cambridge University Press.

GERRARD, B. MACDOUGALD, Joseph A. **An introduction to climate change liability litigation and a view to the future.** 2013. Columbia Law School.

IEA. **Netzero by 2050: a roadmap for the global energy sector.** Disponível em: *Net Zero by 2050 - A Roadmap for the Global Energy Sector* (windows.net). Acesso em: 7 jan. 2022.

IPCC. **Climate change 2021: the physical science basis.** 2021. Disponível em: *IPCC_AR6_WGI_SPM_final.pdf*. Acesso em: 7 jan. 2022.

MAYER, B. **The International Law on Climate Change.** Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

OECD. **Financial Markets and Climate Transition: Opportunities, Challenges and Policy Implications.** 2021. OECD Paris.

RAJAMANI, Lavanya. **Differential treatment in international environmental law.** Oxford Scholarship Online: March 2012.

ROSSETTI, J. P.; ANDRADE, A. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências.** 2014. 7. ed. São Paulo: Atlas.

SARAI, Leandro. KOKKE, Marcelo. **Regulação so sistema financeiro nacional: reflexões sobre sustentabilidade e aplicação de práticas de ESG.** In: **Finanças sustentáveis: ESG, compliance, gestão de riscos e ODS.** Coordenadores: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida; Marcelo Drügg Barreto Viana; Sandra Akemi Shimida Kishi. 2022. Disponível em: *Finanças Sustentáveis: ESG, Compliance, Gestão de Riscos e ODS - Conselho Nacional do Ministério Público* (cnmp.mp.br). Acesso em: 5 de julho de 2022.

SCHWARZE, Reimund. **Liability for climate change: the benefits, the cost and the transaction costs.** 2007. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155, n. 6.

SETZER, Joana. HIGHAM, Catherine. **Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot.** Policy report. 2021. LSE, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment.

SOLANA, Javier. **Climate litigation in financial markets: a typology.** 2020. *Transnational Environmental Law*.

UNITED NATION ENVIRONMENTAL PROGRAMME. **Global climate litigation report: 2020 status review.** Nairobi.

WEIL, Prosper. **Towards Relative Normativity in International Law?** In: The American Journal of International Law, vol. 77, nº 3, 1983.

WORLD ECONOMIC FORUM. **The global risks report 2022**. 17^a Ed. 2022. Disponível em: WEF_The_Global_Risks_Report_2022.pdf (weforum.org). Acesso em: 7 jul. 2022.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Construção da cultura da sustentabilidade à luz dos ODS e dos princípios ESG. In: **Finanças sustentáveis: ESG, compliance, gestão de riscos e ODS**. Coordenadores: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida; Marcelo Drügg Barreto Viana; Sandra Akemi Shimida Kishi. Disponível em: Finanças Sustentáveis: ESG, Compliance, Gestão de Riscos e ODS - Conselho Nacional do Ministério Público (cnmp.mp.br). Acesso em: 5 jul. 2022.

Bases Institucionais da Formação do Sistema Bancário Brasileiro

Karen Daniele de Araújo Pimentel*

Introdução. 1 Descrição do setor bancário no Brasil entre 1808-1920. 2 Transições socioeconômicas e políticas na década de 1920. 3 Reforma bancária de 1921 e as bases institucionais de um sistema bancário nacional no Brasil. Considerações finais. Referências.

Resumo

Este trabalho estuda o que seriam as bases institucionais da consolidação de um sistema bancário nacional no Brasil, buscando os fundamentos para a hipótese de que, antes dos anos 1920, o país não teria um sistema bancário propriamente dito, mas tão somente um setor bancário esparso, instável e pouco organizado. Para isso, realiza revisão bibliográfica do que se escreveu sobre a época e consulta diretamente o texto legal do Decreto 14.728 de 1921. Nesse sentido, o trabalho é dividido em três seções: (i) antecedentes, estudando como se apresentava o setor bancário brasileiro a partir da instalação do primeiro Banco do Brasil (1808) até meados de 1920; (ii) contexto, descrevendo brevemente o cenário político e socioeconômico em que se inseriram as alterações institucionais levadas a cabo na década de 1920; (iii) discussão, tratando especificamente dos elementos centrais que promoveram a gênese do sistema bancário nacional, destacando-se (a) a diminuição da relevância dos bancos estrangeiros atuantes no país; (b) a criação da Carteira de Redescontos do Banco do Brasil e da câmara de compensação de cheques, operada pelo mesmo banco; (c) a criação da Inspeção Geral dos Bancos, órgão fiscalizatório do cumprimento das regras de conformação do setor bancário.

Palavras-chave: Autoridade monetária. Sistema bancário nacional. Inovações institucionais. Reforma bancária de 1921.

* Mestre em Direito Econômico e Economia Política pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União.

Institutional Basis of the Brazilian Banking System Formation

Abstract

This paper addresses the institutional basis of a national banking system in Brazil, searching for the fundamentals of the hypothesis that, before the 1920s, the country did not have a proper banking system, but only a sparse, instable and poorly organized banking sector. Therefore, this work carries out a bibliographic and documental review, focusing on the Decree nº 14.728 of 1921. The work is organized as follows: (i) historical background, studying the banking sector since the foundation of the first Banco do Brasil (1808) until 1920; (ii) context, describing the political and socioeconomic scenery of the 1920s; (iii) discussion, especially studying the central elements of the national banking system genesis: (a) the weakening of foreign banks in Brazil; (b) the creation of the rediscount portfolio by Banco do Brasil and the creation of a compensation checks camera; (c) the creation of the Inspetoria Geral dos Bancos, supervisory organ of the banking sector.

Keywords: *Monetary Authority. National banking system. Institutional innovations. Banking Reform of 1921.*

Introdução

Os anos 1920 foram palco de importantes transformações sociais no Brasil, que ocorreram de maneira imbricada aos processos econômicos que marcaram o país no pós-Primeira Guerra. Neste trabalho, o foco recai sobre a transição experimentada pelo setor bancário, que partiu de uma formação esparsa e instável para o estabelecimento de um sistema bancário nacional dotado da estrutura necessária para garantir sua liquidez, fiscalização e relativa estabilidade.

Essa transição será estudada por meio do arcabouço institucional erguido na década de 1920, buscando elaborar a hipótese de que neste período os bancos atuantes no Brasil passam a ser organizados de maneira a constituir um verdadeiro sistema nacional, com normas e organismos específicos à sua conformação e fiscalização. São três os elementos centrais que fundamentam a hipótese desenvolvida neste trabalho: (i) a autorização ao Banco do Brasil para operar uma carteira de redescontos e uma câmara de compensação de cheques reforça sua função de “emprestador de última instância”, oferecendo confiança e liquidez ao setor bancário; (ii) a criação da Inspetoria Geral dos Bancos reforça a organização do setor bancário, cuja fiscalização passa a ser centralizada em um órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, pavimentando o caminho para a criação da Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc) na década de 40; (iii) a diminuição da relevância dos bancos estrangeiros atuantes no país, dando lugar a uma expansão significativa dos bancos nacionais.

Para desenvolver essa hipótese, o trabalho é dividido em três seções. A primeira parte do artigo é descritiva, realizando uma síntese da atuação dos bancos no Brasil nos decênios anteriores à década de 20, partindo da instalação do primeiro Banco do Brasil, em 1808. Em seguida, o trabalho estuda o cenário socioeconômico e político em que se inserem as reformas que organizaram o setor bancário no país. Por último, identificam-se as bases institucionais da gênese de um sistema bancário nacional no Brasil, por meio da Reforma Bancária de 1921.

1 Descrição do setor bancário no Brasil entre 1808-1920

A história dos bancos no Brasil certamente se confunde com a história dos Bancos do Brasil (BB), cuja trajetória se inicia com a chegada da Corte Portuguesa à colônia, já em 1808. Isso não significa a ausência de demanda por moeda e crédito nos períodos anteriores à transferência da Corte, tendo em vista que essas transações eram então realizadas por meio de relações de caráter pessoal ou de “cordialidade”, por meio de casas comerciais, entidades religiosas e agiotas (COSTA, 2012, p. 23). Ademais, como anotado por Gambi (2011a, p. 32-33), havia um problema de escassez de meio circulante, expressado pelos seguintes elementos: (i) surgimento espontâneo de estabelecimentos privados anteriores aos bancos com o intuito de fornecer crédito a uma economia que se mercantilizava; (ii) criação dos bilhetes de extração e dos bancos de troca por parte do governo, para tentar suplantar a escassez de numerário; (iii) aumento dos impostos para fazer frente aos gastos da administração pública; (iv) desvalorização da moeda, por meio da recunhagem.

Já havia, portanto, a preocupação de criar estabelecimentos bancários que suprissem a escassez de numerário e as despesas públicas. Gambi afirma que circulava em Portugal a ideia de criar um “banco de Estado emissor” (*Ibid.*, p. 33), mas este acabou instalado no Brasil, por meio do alvará de funcionamento expedido em 12 de outubro de 1808, prevendo a criação de um “banco nacional” para suprir as despesas de manutenção da Monarquia e seus vassallos; viabilizar o pagamento de “soldos, ordenados, juros e pensões”; e “atender às necessidades monetárias das transações mercantis” (*Id.*, 2012, p. 25). A finalidade do banco era atuar para resolver problemas determinados e com horizonte de curto prazo: “um instrumento da orientação econômica muito mais paliativo do que permanente” (*Id.*, 2011a, p. 35). Dessa constatação inicial, é possível notar que não havia projeto de organização de um sistema bancário no Brasil.

A empreitada, contudo, conheceria seu fim em 1829, quando sua liquidação gradual foi decretada por lei. Os motivos que levaram à quebra do primeiro BB envolveram a confusão entre suas atividades comerciais e de emissão, de modo que as operações do banco estavam submetidas às demandas do Erário. Para Costa (2012, p. 31), foram dois os principais motivos de sua liquidação: ausência de limites e de cobertura determinada às suas emissões; e falta de especialização de suas funções. Não obstante, em 1833, houve uma segunda tentativa de organizar o BB, porém fracassada, uma vez que a memória do declínio do primeiro banco e as fraudes envolvidas em sua liquidação minaram a confiança necessária para reunir o capital requerido para tanto (*Id.*, 2011a, p. 39).

Ao longo do período que compreende a liquidação do primeiro BB e a fundação do primeiro banco privado brasileiro (1829-1836), Levy e Andrade apontam que, a despeito da ausência de bancos propriamente ditos, havia respostas à demanda da economia real por operações de crédito (1985, p. 20-22). Nesse sentido, as autoras destacam a atuação das casas comerciais, de desconto e bancárias durante este interregno. As primeiras operavam uma forma de crédito consubstanciada “em uma defasagem entre a entrega da mercadoria e seu pagamento mediante a emissão de uma letra como garantia”. As casas de desconto, por seu turno, “tornavam as letras ativos negociáveis”; enquanto as casas bancárias atuavam como se bancos fossem, mas em escala reduzida, operando localmente por meio da captação de depósitos e oferecimento de empréstimos (*Id.*, 1985, p. 20). A atuação desses estabelecimentos criou moedas de crédito privado¹, cuja circulação se dava simultaneamente à da moeda oficial, de emissão exclusiva do Tesouro (*Ibid.*, p. 21). Para suprir a demanda por numerário e crédito, então, coexistiam as moedas de crédito privado e as moedas oficiais: as primeiras, lastreadas na credibilidade das casas emissoras e as segundas, nas reservas do Erário.

1 “Vales” era a denominação usual dessas moedas, mas a nomenclatura poderia variar, a exemplo dos termos “bilhete” ou “letras”.

Nesse passo, em 1836, é fundado o primeiro banco privado emissor, o Banco do Ceará, que foi liquidado apenas três anos após o início de suas atividades. De acordo com as pesquisadoras, essa experiência ilustra a mobilização dos governos locais para resolver seus problemas de escassez de circulação monetária, a despeito da incapacidade do governo central de apresentar soluções concretas (*Ibid.*, p. 23). Na esteira do Ceará, a província do Rio de Janeiro conseguiu constituir o primeiro banco privado emissor de sucesso, em 1838, o Banco Comercial; ao tempo em que surgiam bancos em outras províncias.² Em 1851, é fundado o Banco do Comércio e Indústria do Brasil, que teve o nome alterado para Banco do Brasil em seus anos mais prósperos e, ao lado do Banco Comercial do Rio de Janeiro, era o banco mais importante em atividade no país (*Id.*, 2012, p. 33).

No mesmo contexto, é editada a Lei Eusébio de Queirós (1850), que proíbe o tráfico de escravos, enfraquecendo o domínio econômico dos traficantes e pavimentando terreno fértil para que o governo central pudesse formar um verdadeiro Estado Nacional (*Id.*, 2012, p. 32). Para tanto, seria necessário exercer o poder exclusivo de emissão da moeda, desfazendo a duplicidade de moedas em circulação (*Id.*, 1985, p. 35-36), momento em que voltam a efervescer os debates em torno da reorganização do BB, em 1853. A proposta vencedora foi a de fundir os dois maiores bancos privados de então. O segundo BB (1853) exerceria o poder emissor da moeda nacional, limitado ao dobro do fundo de capital (*Id.*, 1985; *Id.*, 2012). Todavia, o banco não foi capaz de atender às demandas regionais, demorando para instalar suas filiais nas demais províncias fora do eixo Rio-São Paulo. As autoras destacam que, apenas quatro meses após sua criação, o novo BB “já solicitava autorização para emitir o dobro do fundo disponível” (1985, p. 40).

Em 1857, com o agravamento dos problemas enfrentados pelo novo BB e com Souza Franco³ no comando do Ministério da Fazenda, altera-se o regime para autorizar que seis bancos possam emitir moeda, dando início ao pluralismo emissor (*Id.*, 1985, p. 40). Essa experiência pluralista foi breve e já em 1860 a unidade foi retomada, contudo os problemas persistiam, e as necessidades monetárias do Erário apenas cresciam, especialmente durante a guerra contra o Paraguai. Em razão do confronto bélico, em 1866, o BB perde seu direito de emissão, que retorna ao exercício direto pelo Tesouro Nacional. Apenas em 1888, com a Abolição da Escravatura e o aumento da demanda por numerário, o poder emissor volta a ser distribuído entre os bancos e sai do monopólio do Tesouro (*Id.*, 2012, p. 38).

Ocorre que a pluralidade de bancos emissores não parecia suficiente para conter a crônica deficiência de liquidez do sistema financeiro, que usualmente interpelava a intervenção do Tesouro em crises periódicas de liquidez, como os momentos de safra, em que havia forte pressão sobre o crédito (Franco, 1983, p. 129). No entanto, o cenário no ano de 1890 era mais grave, uma vez que não se tratava de mais uma crise passageira, mas sim da manifestação de um problema crônico, que necessitava de enfrentamento mais profundo na organização do sistema bancário, como anotado por Franco: “Nesse momento o alargamento das emissões parecia apenas uma forma de adiar uma crise, e além de não prevenir a sua ocorrência parecia torná-la ainda mais devastadora” (1983, p. 129).

O Brasil passava por um período de “especulação e desorganização monetária” (*Id.*, 2012, p. 43), conhecido como Encilhamento, cujo efeito imediato sobre a organização do setor bancário foi o reforço da tese da necessidade de um banco do governo com poder emissor centralizado, o que levou à formação do Banco da República dos Estados Unidos do Brasil (BREUB), em 1890, que passou a deter o monopólio do direito de emissão. Apenas dois anos depois, em 1892, o Breub é fundido ao BB, formando o Banco da República do Brasil (BRB), experimento que não conseguiu

² Banco Comercial da Bahia (1845), Banco Comercial do Maranhão (1846), o Banco do Pará (1847) e o Banco Comercial de Pernambuco (1851).

³ Em 1848, Souza Franco publica o livro “Os Bancos do Brasil”, no qual já defendia o fim do regime de unidade da emissão monetária.

conter a crise financeira que se delineava (Franco, 2014a, p. 39-41). O BRB, por sua vez, também sofreria com a instabilidade da organização bancária no país, de modo que já em 1898 o poder de emissão lhe é retirado e retorna ao exercício exclusivo da União (*Id.*, 2012, p. 45).

Isso ocorre porque, em razão dos efeitos deletérios do Encilhamento, o Tesouro viu o aumento expressivo de sua dívida externa, levando o país a renegociar seus débitos por meio do *funding loan*, que, em contrapartida, exigia medidas de grave austeridade para sanear as políticas fiscal e monetária (*Id.*, 2014a, p. 43). A tônica da política econômica levada a cabo pelo então Ministro da Fazenda, Joaquim Murinho, era a redução do papel-moeda em circulação, cuja consequência mais grave para o setor bancário foi uma “avalancha de falências” no ano de 1900, que atingiu inclusive o BRB (*Id.*, 2014a, p. 44). Apesar da grave crise bancária que encerra o século XIX, a economia brasileira consegue se recuperar no primeiro decênio do século XX, até a eclosão da Primeira Guerra Mundial. A retomada do desempenho econômico é explicada, em linhas gerais, pelo crescimento das exportações de borracha e pelo intenso fluxo de investimentos europeus na periferia (FRITSCH, 2014b, p. 50).

Esse crescimento econômico não era compatível com a política de austeridade adotada, de maneira que, em 1906, é criada a Caixa de Conversão, com o intuito de emitir notas conversíveis em ouro, para fazer frente ao aumento de divisas que caracterizou o período (*Id.*, 2014b, p. 50). A Caixa de Conversão e o quarto BB serão as principais instituições financeiras do início do século XX até a eclosão da Primeira Guerra Mundial (1914). Esse novo BB, reorganizado em 1905 com a ajuda do Tesouro Nacional, era empresa privada, mas submetida a uma forte ingerência do governo, que passa a ser acionista majoritário apenas em 1923. Sua atuação era concentrada na regulação da circulação monetária, além do suprimento de crédito em momentos de escassez e oferecimento de subsídios ao café e à borracha (*Id.*, 2012, p. 46-47).

Durante o período bélico mundial, o Brasil sofreu com a estagnação das importações, a queda da produção industrial e os níveis de atividade econômica deprimidos. As medidas adotadas pelo governo buscaram equilibrar as contas públicas, ao mesmo tempo em que tentavam dar mais liquidez à economia. Para tanto, a base de incidência da tributação sobre o consumo foi expandida e os gastos públicos controlados, o que reduziu o déficit orçamentário. Quanto à liquidez, foi realizada nova emissão de notas do Tesouro e títulos federais de longo prazo, em parte destinados a expandir a atividade do BB (*Id.*, 2014b, p. 51-52). Ressalta-se ainda o retorno das reclamações acerca da contração da oferta de crédito e moeda, sublinhando a inelasticidade do setor bancário: “isto é, sua limitada capacidade de criação de crédito resultante dos altíssimos encaixes com que operavam especialmente os bancos nacionais e a variabilidade sazonal de sua capacidade de empréstimos *vis-à-vis* às necessidades do setor real” (*Id.*, 2014b, p. 54).

Em síntese, a vida bancária do país era marcada pela “quebra de braço” entre os defensores da pluralidade emissora (papelistas) e aqueles alinhados à tese da unidade (metalistas).⁴ Ainda, não havia um sentido de organização sistemática de longo prazo para o setor bancário, cuja estrutura era sempre alterada ao alvedrio dos grupos ocupantes do poder político, que respondiam de maneiras diferentes às contingências do processo econômico. Nesse sentido, desde a instalação do primeiro BB até o fim da Primeira Guerra Mundial, o setor bancário no Brasil não conheceu um “projeto arquitetônico”, mas foi moldado de acordo com as políticas econômicas de estabilização que se impunham nos diferentes cenários experimentados pelo país durante mais de um século, conferindo-lhe um caráter de forte instabilidade.

4 O embate entre papelistas e metalistas marcou o debate político e econômico do país à época. Importante sublinhar que as duas correntes defendiam a conversibilidade da moeda, preferencialmente em metal, mas “a diferença é que os papelistas aceitavam uma relação mais fraca entre a moeda e o metal, admitindo o lastro em títulos da dívida pública quando houvesse escassez de metal” (GAMBI, 2011b, p. 9).

2 Transições socioeconômicas e políticas na década de 1920

Diversos eventos marcam a década de 1920 no Brasil, entre os quais se destacam, na política, a organização de movimentos grevistas e o Tenentismo; e na cultura, a Semana de Arte Moderna de 1922, conferindo-lhe um caráter de transição. Os dados tratados por Goldsmith (1986) sobre o período permitem traçar um quadro econômico geral sobre a época, dividida pelo autor em dois subperíodos: 1919-21 e 1922-29. Sobre a renda real *per capita*, a década de 20 conheceu uma taxa de crescimento de 3,6% ao ano, uma das maiores do período Entreguerras (1914-1945). Ainda, a taxa de crescimento anual do produto foi de 10,24% para o subperíodo de 1919-21 e de 12,21% para 1922-29, muito embora o autor também ressalte o caráter inflacionário daqueles anos, com aumento do custo de vida a uma taxa de crescimento anual de 5,37% para o subperíodo de 1919-21 e de 5,40% para 1922-29 (GOLDSMITH, 1986, p. 143-145).

Apesar de haver sido marcada por “maus períodos” – como a crise dos preços do café (1921 e 22); a revolta de 1924 e a depressão de 1929 –, a década de 20 teve um bom desempenho econômico, como média, expresso pelos seguintes elementos: “grande aumento físico e de valor nas exportações; notável expansão da área plantada dos demais produtos, além da área cafeeira; ‘boom’ de investimento industrial; maior inserção produtiva do capital forâneo; instalação de novos setores industriais mais complexos; e ampliação e diversificação urbana” (CANO, 2012, p. 82). Além disso, o pesquisador ressalta a ampliação do setor de serviços, a expansão do sistema bancário, a consolidação do parque ferroviário e o início do “rodoviarismo”, com o crescimento em extensão da rede de bondes elétricos e da importância do transporte por ônibus (*Id.*, 2012, p. 82).

O autor também destaca que esse cenário econômico levou a consequências no campo político: maior organização da classe trabalhadora; conflitos de interesse entre frações da burguesia, reivindicações por mais direitos sociais e expansão do movimento tenentista (*Id.*, 2012, p. 82). O período foi marcado por maior atuação do Estado, seja no domínio econômico, seja por meio do aparato repressivo. Ao mesmo tempo, os movimentos trabalhistas iniciam um processo de maior organização e passam a integrar em suas pautas também a reivindicação de direitos civis (*Id.*, 2012, p. 83).

Quanto ao movimento tenentista especificamente, Fausto caracteriza o período pelo início da ascensão das classes médias urbanas à condução política do país, com uma tônica marcadamente liberal e com pautas que giravam em torno de uma reforma eleitoral que conseguisse minar o domínio das oligarquias e em defesa dos direitos individuais (1995, p. 305). Ainda que o Tenentismo não fosse um defensor do liberalismo autêntico, seus reclamos encontravam coro entre as classes médias urbanas, uma vez que também atacavam o *status quo* político da época (CANO, 2012, 85-85).

Fausto descreve o movimento tenentista, em seu período anterior à década de 1930, como “um movimento de rebeldia contra o governo da República” (*Id.*, 1995, p. 307). Não é fácil identificar “o sentido” do Tenentismo nos anos 20, uma vez que não havia uma formulação escrita e sistemática de suas pautas, contudo, é possível identificar as seguintes ideias prevalentes: (i) fazer frente ao poder das oligarquias; (ii) educar o povo; (iii) centralizar do poder político em torno de uma nação (*Id.*, 1995, p. 313-315).

Já no âmbito cultural, a Semana de Arte Moderna de 1922 surge como uma manifestação que busca romper com o cenário artístico estabelecido, com o intuito de construir um novo sentido de Brasil: “[...] repensando-o de modo a desvinculá-lo, esteticamente, das amarras que ainda o prendem à Europa” (AJZENBERG, 2012, p. 26). É imerso nesse caldo de cultura que o país passa pela transição do seu modelo de produção e também de sociedade, partindo de um padrão primário-exportador

para o início de um processo de “crescimento para dentro” (CANO, 2012) que se solidifica com o deslocamento do centro dinâmico de sua economia pós Crise de 1929, conforme a seminal contribuição de Furtado: “[...] a economia não somente havia encontrado estímulo dentro dela mesma para anular os efeitos depressivos vindos de fora e continuar crescendo, mas também havia conseguidos fabricar parte dos materiais necessários à manutenção e à expansão de sua capacidade produtiva” (2007, p. 280).

Essas alterações no âmbito político e socioeconômico são o substrato material de uma série de transformações institucionais pelas quais o Estado brasileiro passaria a partir das movimentações importantes do período. As transformações institucionais, por seu turno, para adquirir coercitividade, são efetivadas por meio do Direito. Uma premissa indispensável ao desenvolvimento dessa pesquisa é o entendimento do direito como uma linguagem, nos termos postulados por Eros Grau (2014, p. 57): “o direito não apenas *possui uma linguagem*, mas *é uma linguagem*, na medida em que instrumenta uma modalidade de comunicação entre os homens, seja para ordenar situações de conflito, seja para instrumentalizar políticas”.⁵ O direito como linguagem não se confunde com uma mera *representação* da realidade ou do “todo social”, mas *é uma linguagem constitutiva* desse todo, uma vez que “[...] acolhe as contradições das relações sociais, reproduzindo-as, de sorte que, nele [no direito], os paradoxos não configuram anomalias, porém elementos essenciais do seu discurso” (GRAU, 2014, p. 45).

Dessa maneira, a próxima seção deste trabalho se destina a estudar como a linguagem jurídica molda as bases institucionais da formação de um verdadeiro sistema bancário nacional no Brasil, que pressupõe ordem e princípios próprios, além de atores com competências bem estabelecidas e legitimidade perante a ordem econômica e social.

3 Reforma bancária de 1921 e as bases institucionais de um sistema bancário nacional no Brasil

O setor bancário acompanhou esse fluxo de transições na vida do país, de modo que a década de 1920 já se inicia com mudanças significativas na maneira como este se estrutura. Como será argumentado adiante, a década de 1920 será um período de transições também no que diz respeito à organização do setor bancário, que passará a contar com um verdadeiro sistema, experimentando uma redução significativa da instabilidade que o caracterizava nos decênios anteriores. De acordo com Goldsmith: “em contraste aos violentos cataclismas sofridos pelo sistema bancário brasileiro durante a segunda metade do século XIX, o período entreguerras conheceu uma expansão rápida e bastante tranquila” (1986, p. 166).

Essa expansão é expressa pelos seguintes dados: “o número de bancos comerciais aumentou rapidamente de algumas dezenas no início do período [1914], para mais de 200 em 1937 e 500 em 1945, enquanto o número de agências foi ampliado para aproximadamente 600 em 1937 e cerca de 1.600 em 1945” (*Ibid.*, p. 166). Ainda, a taxa de crescimento de empréstimos e depósitos foi de 28,5% e 20,5%, respectivamente, para o período de 1919-21; enquanto, para o período de 1922-29, a taxa foi reduzida, mas ainda assim expressiva, de 9,7% para empréstimos e de 8,5% para depósitos (*Ibid.*, p. 167). Ainda segundo Goldsmith (1986, p. 170), o crescimento do setor bancário no imediato pós Primeira Guerra foi acelerado, performando uma taxa de 17% para empréstimos e de 25% para depósitos.

5 Grifos no original.

Outros dados importantes dizem respeito à presença dos bancos estrangeiros, que, apesar de poucos, detinham cerca de 45% dos depósitos e empréstimos em 1913 (*Ibid.*, 172-173). No entanto, já em 1929, a sua participação cai para cerca de um quarto do que antes representava, nas palavras de Goldsmith: “[...] em duas décadas, [os bancos estrangeiros] haviam sido reduzidos de uma posição primordial importância para um papel secundário no sistema bancário do país” (*Ibid.*, 1986, p. 173). Essa posição secundária é demonstrada pelos seguintes números: os bancos estrangeiros possuíam 7% dos depósitos totais do sistema e realizavam somente 5% dos empréstimos, ao passo que suas agências significavam menos de 2% do total de agências (*Ibid.*, 173).

Nesse sentido, este artigo busca a explicação desses números nos fundamentos institucionais da época, que sofreram alterações determinantes para a relativa estabilidade experimentada pelo setor bancário nos anos 20. Os argumentos serão expostos de acordo com os elementos fundamentais que caracterizaram a formação de um sistema bancário nacional no Brasil. Primeiro, o foco recairá sobre o reforço do caráter nacional do setor bancário e como este se relaciona com as reformas institucionais levadas a cabo a partir da Reforma Bancária de 1921. O segundo argumento a ser elaborado versa acerca da assunção de atividades próprias de banco central por parte do Banco do Brasil, com a criação da carteira de redescontos e da câmara de compensação de cheques, especialmente. O terceiro argumento gira em torno da criação da Inspeção Geral dos Bancos, a responsável por gerir a fiscalização das normas recém-criadas para dar uniformidade à atuação bancária no país.

O primeiro fator é o responsável pelo adjetivo “nacional” que acompanha a expressão intencionalmente utilizada por este trabalho: sistema bancário nacional. Conforme defende Goldsmith, a redução da relevância dos bancos estrangeiros na conformação do setor bancário tem estreita ligação com a Reforma Bancária de 1921, que “limitou suas atividades em várias formas, fazendo com que vários deles encerrassem suas atividades no Brasil” (1986, p. 173). Essas limitações são encontradas por meio da análise do próprio texto de lei que regulamentou a atividade bancária no Brasil e instituiu a Inspeção Geral dos Bancos: o Decreto 14.728, de 16 de março de 1921. Eram diversas as exigências normativas para a atuação de bancos estrangeiros no país, concentradas entre os arts. 8º e 23 do referido Decreto. Para este trabalho, serão ressaltadas aquelas que impuseram os ônus mais significativos, desencorajando a instalação de bancos estrangeiros em território brasileiro e ensejando o encerramento de grande parte daqueles já existentes.

São quatro as principais alterações quanto à atuação de bancos estrangeiros no Brasil previstas no texto legal (BRASIL, 1921): (i) maior ingerência do governo brasileiro sobre os estatutos dos bancos estrangeiros, que poderiam ver negada sua instalação no país em caso de inconveniência ao interesse público ou de incompatibilidade com a lei brasileira, além da necessária aprovação do governo em caso de reforma estatutária (arts. 13 e 17); (ii) proibição de bancos estrangeiros que vedassem a participação de brasileiros em suas gerências, conselhos ou qualquer outro cargo e exigência de que metade dos empregados sejam brasileiros (arts. 14 e 15); (iii) maior proteção ao credor brasileiro e ao capital do banco no país, pelas seguintes disposições: a) o capital geral do banco estrangeiro responderá pelas operações da sucursal no Brasil (art. 18); b) sentença estrangeira de falência não compreenderá as sucursais do banco existentes no Brasil (§1º); c) credores locais terão preferência em relação aos credores estrangeiros em caso de falência de sucursal brasileira (§2º); (iv) exigência de instituir um capital mínimo de 9.000 contos de réis (art. 20), que deveriam ser depositados no Tesouro ou no BB na proporção de 50%, que seriam devolvidos após a autorização de funcionamento (art. 21 e parágrafo único), além da obrigação de provar que realizaram o seu capital dentro do prazo de dois anos, a contar da data de sua autorização de funcionamento (art. 21, 22 e 23).

Chavantes (2004, p. 88-89) afirma que o montante de 9.000 contos de réis não representava uma soma alta, que inviabilizasse o funcionamento dos bancos estrangeiros no Brasil, tendo em vista que outros bancos nacionais, que não estavam submetidos à mesma exigência, apresentavam capital inclusive superior ao exigido. Para a autora, o fato de que, entre 1921 e o final da Primeira República, nenhuma nova instituição bancária estrangeira tenha se instalado no país, seria decorrência da sua falta de disposição de integralizar montantes significativos de capital no Brasil (CHAVANTES, 2004, p. 90). Em razão disso, os bancos nacionais souberam ocupar esse espaço, multiplicando-se na década de 1920, ao passo que também aumentavam o seu capital social, conferindo maior credibilidade e solidez ao sistema (*Ibid.*, p. 92).

O segundo argumento tem como cerne a atuação do Banco do Brasil de acordo com atribuições típicas de banco central. Esse aspecto da formação do sistema financeiro nacional tem papel primordial para a sua estabilização, tendo em vista que significou uma espécie de acordo entre papelistas e metalistas. Nas palavras de Franco e Lago (2011, p. 41): “É curioso que ambos os lados [...] aludissem a bancos centrais, e ambos usassem a mesma linguagem – ‘moderno’ – eis que, efetivamente, vinham sendo criados ou reorganizados bancos centrais em vários países nas últimas duas décadas [...]”. Ainda que permaneça a divergência quanto à expansão monetária e, principalmente, em relação ao atendimento dos interesses cafeeiros, é certo que a ideia de um banco central – ou, ao menos, de uma instituição que desempenhasse funções parecidas – encontrava ressonância nas duas vertentes do debate, seguindo a tendência dos países centrais pós Primeira Guerra.

De acordo com Fritsch (2014b, p. 58), em outubro de 1920, o governo encontra uma solução imediata para o problema de liquidez que infligia o sistema bancário brasileiro e autoriza, de início, emissão de notas do tesouro a título de “alívio emergencial” e, depois, autoriza a criação da Carteira de Redesconto do Banco do Brasil, após, regulamentada pelo Decreto 14.635, de 1921. Para o autor, essas medidas atenderam aos interesses do setor privado, que reclamavam a existência de um “emprestador de última instância” e, além disso, conseguiu contemplar a demanda do setor cafeeiro, ao tempo em que implementava “um instrumento considerado fundamental para maior estabilidade do sistema bancário” (*Id.*, 2014b, p. 58). Ao assumir o papel de emprestador de última instância, o BB solidifica-se como a instituição bancária mais importante à época, posição que vai ser corroborada com a criação da câmara de compensação de cheques: “seção criada no Banco do Brasil que contribuiu para maior confiança na circulação dessa ordem de transferência de depósitos bancários” (COSTA, 2012, p. 49).

Chavantes defende que foram três as principais consequências da criação da Carteira de Redesconto do Banco do Brasil: “(i) tranquilidade da vida financeira para os bancos e para o público; (ii) diminuição dos encaixes e aumento do crédito em benefício ao setor produtivo; (iii) equidade das condições de competição entre bancos nacionais e estrangeiros” (2004, p. 106-120). De início, a Carteira de Redescontos não era autorizada a descontar títulos do Tesouro, contudo, com a brusca queda dos preços do café no final da década de 1920, foram realizadas alterações em seu regulamento para permitir que o Estado então atuasse em mais um socorro ao setor cafeeiro. O efeito colateral da utilização pelo Tesouro de redescontos junto ao BB foi o aumento da dívida pública, de modo que, já em 1923, com a eleição de Artur Bernardes, inicia-se uma grande reforma financeira que encerrou as atividades da carteira de redesconto e conferiu ao BB o monopólio de emissão da moeda, retirando-lhe do Tesouro (CHAVANTES, 2004, p. 40-42; COSTA, 2012, p. 49; FRITSCH, 2014b, p. 61).

O último fator que compõe as bases institucionais de um sistema bancário nacional no Brasil foi a criação da Inspeção Geral dos Bancos em 1921. Nos termos do art. 53 do Decreto 14.728, eram

três as principais competências desse órgão, vinculado ao Ministério da Fazenda: (i) verificar se o capital social está compatível ao previsto em lei; (ii) verificar se o banco tem seu fundo e reserva; (iii) verificar se os bancos estrangeiros realizaram pelo menos dois terços de seu capital no país e se estão funcionando de acordo com as exigências legais e com as cláusulas dos decretos de sua autorização (BRASIL, 1921). A criação desse órgão de fiscalização foi imprescindível para garantir a efetiva observância às normas bancárias previstas no mesmo decreto de sua criação, de modo que “[...] o sistema bancário estava mais bem-estruturado, havia um incipiente controle governamental, mais senso de liquidez e maior experiência empresarial no setor. Não se verificaram tantas corridas bancárias ou fechamentos de bancos” (COSTA, 2012, p. 190).

Em síntese, o entrelaçamento destes três elementos forma a base institucional necessária para que o Brasil pudesse, finalmente, contar com um verdadeiro sistema bancário e não somente com um setor esparso, instável e pouco organizado. Essas experiências institucionais ensaiadas na década de 1920 formam a gênese de um sistema que seria aperfeiçoado nas décadas seguintes, com a criação da Sumoc (1945) e, posteriormente, do Banco Central, em 1964.

Considerações finais

A hipótese ora defendida é a de que o Brasil formou um verdadeiro sistema bancário nacional a partir da década de 1920, pela articulação de três ingredientes fundamentais: (i) diminuição da participação dos bancos estrangeiros; (ii) existência de um banco “emprestador de última instância”, atuando como uma espécie de banco central; (iii) criação de regras jurídicas que uniformizaram o sistema e de instituição responsável por fiscalizar a efetiva aplicação das normas.

Para tanto, este trabalho percorreu o seguinte trajeto: primeiro, estudou a configuração do setor bancário brasileiro nos decênios anteriores às reformas bancárias institucionais dos anos 20, a partir da instalação do primeiro Banco do Brasil, em 1808. Em seguida, fez uma breve incursão no contexto político e socioeconômico que marcou o período, identificando os elementos que lhe conferem um caráter transitório. Por último, voltou sua atenção aos três ingredientes fundamentais que decorreram da Reforma Bancária de 1921, que previu normas de conformidade do setor bancário e criou órgão específico para fiscalizar o seu cumprimento.

Esse percurso foi imprescindível para alinhar as seguintes considerações: (i) antes de 1920, o Brasil não possuía um sistema bancário propriamente dito, mas tão somente um setor bancário esparso, instável e pouco organizado; (ii) o debate entre papelistas e metalistas era o motor da instabilidade da organização bancária no século XIX, de modo que o arrefecimento dos embates e o relativo consenso em torno da necessidade de um banco central pós Primeira Guerra, seguindo os países centrais, corroborou os esforços de estabilização da vida bancária do país; (iii) o problema crônico de liquidez do setor bancário brasileiro necessitava de um “emprestador de última instância”, de modo que a criação da Carteira de Redescontos do Banco do Brasil veio como resposta a um reclame antigo do setor privado.

Nesse passo, o esforço de pesquisa deste estudo foi no sentido de apontar de que maneira as instituições erguidas na década de 1920 emergiram como resposta às mazelas enfrentadas pelo Brasil por mais de um século, desde a instalação do primeiro Banco do Brasil, já em 1808. O país conseguiu sair de um setor bancário guiado de acordo com necessidades de estabilização de curto prazo e ao sabor da teoria prevalente entre os grupos políticos governantes (papelistas ou metalistas), para a construção das bases de um sistema bancário que conseguisse sustentar-se a

longo prazo. O estudo da história bancária do Brasil permite entender os debates atuais ao redor do tema, atualizados para o embate entre ortodoxos/fiscalistas *versus* heterodoxos/expansionistas e nos previne de repetir os erros do passado.

Referências

- BRASIL. **Decreto 14.728, de 16 de março de 1921**. In: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-14728-16-marco-1921-504798-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15 out. 2020.
- CANO, W. Da década de 1920 à de 1930: transição rumo à crise e à industrialização no Brasil. **R. Pol. Públ.**, n. 1, v.16, São Luís, p. 79-90, jan./jun. 2012.
- CHAVANTES, A. P. **Consolidação do setor bancário em São Paulo na década de 1920**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, pp. 152, 2004.
- COSTA, F. N. da. **Brasil dos Bancos**. São Paulo: Edusp, 2012.
- FAUSTO, B. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Edusp, 1995.
- FRANCO, G. H. B. A Primeira Década Republicana. In ABREU, M. de P. **A ordem do progresso: dois séculos de política econômica no Brasil**. 2. ed. pp. 29-44, Rio de Janeiro, Elsevier, 2014a.
- FRANCO, G. H. B. **Reforma monetária e instabilidade durante a transição republicana**. Rio de Janeiro: BNDES, 1983.
- FRITSCH, W. Apogeu e Crise na Primeira República 1900-1930. In ABREU, M. de P. **A ordem do progresso: dois séculos de política econômica no Brasil**. 2. ed., pp. 45-77, Rio de Janeiro, Elsevier, 2014b.
- FURTADO, C. **Formação econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- GAMBI, T. F. R. Banco do Brasil: estatutos comparados (1808, 1833, 1853). **Revista de Economia Política e História Econômica**, v. 25, p. 27-71, 2011a.
- GAMBI, T. F. R. **O segundo Banco do Brasil e o debate entre papelistas e metalistas**. In IX Congresso Brasileiro de História Econômica e 10ª Conferência Internacional de História de Empresas, 2011b.
- GOLDSMITH, R. W. **Brasil 1850-1984: desenvolvimento financeiro sob um século de inflação**. São Paulo: Harper & Row do Brasil, 1986.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- JZENBERG, E. A Semana de Arte Moderna de 1922. **Revista Cultura e Extensão USP**, v. 07, p. 25-29, 2012.
- LEVY, M. B.; ANDRADE, A. M. R. de. Fundamentos do Sistema Bancário no Brasil: 1834-1860. **Estudos Econômicos**, n. 15, São Paulo, p. 17-48, 1985.

Instituições Financeiras Enquanto Litigantes Habituais: uma análise crítica sobre suas vantagens competitivas no atual cenário de grande litigiosidade bancária

Vitor Gonçalves Machado*

Ricardo Goretti Santos**

Introdução. 1 Litigantes habituais e litigantes eventuais: diferenças e tipologia a partir da teoria de Marc Galanter. 2 A litigância bancária em números. 3 Vantagens competitivas obtidas por instituições financeiras. 3.1 Vantagens específicas das instituições financeiras enquanto litigantes habituais. 3.1.1 Corpo técnico multidisciplinar e especialistas em diversos assuntos, não somente jurídicos. 3.1.2 Experiência e conhecimento da legislação civil, processual, consumerista e, em especial, bancária. 3.1.3 Probabilidade de perda e apresentação de recursos contra decisões judiciais desfavoráveis. 3.1.4 Execução de contratos: pesquisas de bens passíveis de penhora e o benefício fiscal. 3.1.5 Influência na elaboração de leis e formação de precedentes judiciais. 3.2 Vantagens em litígios que versam sobre contratos e consumo e possível violação a direitos: aplicação do método hipotético-dedutivo. 4 Propostas de soluções para diminuir a litigiosidade bancária. Considerações finais. Referências.

Resumo

As instituições financeiras são as principais litigantes habituais no âmbito privado do Poder Judiciário brasileiro. Assim, a presente pesquisa busca identificar as causas e os efeitos produzidos pelas vantagens competitivas das instituições financeiras enquanto litigantes habituais, com o propósito de verificar se tais vantagens podem ser consideradas como obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça de consumidores dos serviços bancários. Utiliza-se, para tanto, a teoria de Marc Galanter sobre a tipologia das partes, exposta no primeiro capítulo. No desenvolvimento do texto, busca-se atribuir respostas para dois problemas de pesquisa, que assim foram formulados: quais vantagens competitivas são obtidas por instituições financeiras, em decorrência da condição de litigantes habituais que ocupam no Poder Judiciário brasileiro? Dentre as vantagens competitivas obtidas, quais devem ser consideradas violadoras do direito fundamental de acesso à justiça de consumidores dos serviços bancários? Dados do Conselho Nacional de Justiça e outras pesquisas revelam a considerável participação dessas instituições na crescente litigiosidade em nosso país, números estes que serão apresentados no segundo capítulo.

* Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). Pós-Graduado em Direito do Estado e em Ciências Criminais pela Faculdade Anhanguera/Rede LFG. Membro do Grupo de Pesquisa "Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional" da FDV. Foi professor substituto do Departamento de Direito da Ufes e professor dos cursos de Pós-Graduação da Fadileste/MG. Advogado do Banco do Estado do Espírito Santo.

** Doutor, mestre, especialista em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); graduado em direito pela FDV; diretor acadêmico da FDV; professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV – Mestrado e Doutorado; professor de Resolução de Conflitos dos Cursos de Graduação e Especialização em Direito da FDV; líder do grupo de pesquisa Políticas Judiciárias e Desjudicialização do PPGD/FDV; advogado.

Por meio do método hipotético-dedutivo de Karl Popper, verifica-se que, apesar das vantagens competitivas que possuem tais litigantes habituais em detrimento dos litigantes eventuais, elas, por si sós, não representam violação a direitos de clientes e usuários dos serviços bancários em litígios de consumo e contratos, como realizado no terceiro capítulo. No quarto capítulo, propostas para diminuir a alta litigiosidade bancária são apresentadas. O movimento da desjudicialização da execução civil demonstra ser uma proposta bastante viável. Igualmente, buscar a inclusão da mediação nas instituições financeiras, talvez incorporada nas Ouvidorias dos bancos, também se mostra muito interessante.

Palavras-chave: Litigantes habituais. Instituições financeiras. Litigiosidade bancária. Vantagens competitivas. Desjudicialização.

Financial Institutions While Repeat Players: A Critical Analysis On Its Competitive Advantages In The Current Scenario Of High Bank Litigation

Abstract

Financial institutions are the main repeat players in the private sphere of the Brazilian Judiciary. Thus, the present research seeks to identify the causes and effects produced by the competitive advantages of financial institutions as repeat players, with the purpose of verifying whether such advantages can be considered as obstacles to the realization of the fundamental right of access to justice for consumers of banking services. For this purpose, Marc Galanter's theory on the typology of parts, exposed in the first chapter, is used. In the development of the text, we seek to provide answers to two research problems, which were formulated as follows: What competitive advantages are obtained by financial institutions, as a result of the condition of repeat players that they occupy in the Brazilian Judiciary? Among the competitive advantages obtained, which ones should be considered violating the fundamental right of access to justice of consumers of banking services? Data from the National Council of Justice and other research reveal the considerable participation of these institutions in the growing litigation in our country, numbers that will be presented in the second chapter. Through Karl Popper's hypothetical-deductive method, it is verified that, despite the competitive advantages that such repeat players have to the detriment of eventual litigants (one-shooter), they, by themselves, do not represent a violation of the rights of clients and users of banking services in consumer and contracts disputes, as carried out in the third chapter. In the fourth chapter, proposals to reduce high bank litigation are presented. The movement of dejudicialization of civil execution proves to be a very viable proposal. Likewise, including mediation in financial institutions, perhaps incorporated in the banks' Ombudsman, also proves to be very interesting.

Keywords: Repeat players. Financial institutions. Bank litigation. Competitive advantages. Dejudicialization.

Introdução

A alta litigiosidade bancária no Brasil é um assunto perceptível na prática, mas pouco debatido no âmbito científico. A carência de pesquisas comprometidas com a investigação das causas e efeitos produzidos pela litigância habitual de instituições financeiras compromete o necessário exercício de proposição de medidas de amenização ou superação de obstáculos que dificultam ou inviabilizam a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça de consumidores brasileiros.

Com uma quantidade de mais de cem milhões de processos judiciais ativos no país, qualquer pesquisa científica de qualidade sobre uma possível diminuição da judicialização de um dos litigantes habituais mais importantes é fundamental. Basear-se em uma metodologia coerente para colher dados, analisar números e evidenciar informações cruciais sobre esses litigantes habituais são aspectos que valem a pena para tentar uma solução visando à diminuição da litigância bancária. Pode-se, inclusive, servir de incentivo para a realização de mais trabalhos no sentido de diminuir a litigiosidade bancária.

As instituições financeiras, enquanto pessoas jurídicas que têm como atividade a coleta, a intermediação ou a aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, além de realizar a custódia de valor de propriedade de terceiros, são apontadas como as principais partes que ocupam os polos ativos e passivos dos processos judiciais brasileiros, apenas perdendo para a Administração Pública. Logo atrás das instituições financeiras – que é o termo genérico da qual são espécies os bancos –, surgem as empresas concessionárias de serviços públicos, como água, luz e, principalmente, telefonia.

Nesse sentido, reitera-se que qualquer trabalho científico que preze por demonstrar dados e trabalhá-los com vistas a melhorar essa problemática será de bem-valia. A presente pesquisa objetiva identificar as causas e os efeitos produzidos pelas vantagens competitivas das instituições financeiras enquanto litigantes habituais, com o propósito de verificar se tais vantagens podem ser consideradas como obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça de consumidores clientes e usuários dos serviços bancários.

No desenvolvimento do texto, buscaremos atribuir respostas para dois problemas de pesquisa, que assim foram formulados: Quais vantagens competitivas são obtidas por instituições financeiras, em decorrência da condição de litigantes habituais que ocupam no Poder Judiciário brasileiro? Dentre as vantagens competitivas obtidas, quais devem ser consideradas violadoras do direito fundamental de acesso à justiça de consumidores clientes e usuários dos serviços bancários?

Como norte teórico, utilizou-se a teoria de Marc Galanter sobre a tipologia das partes, diferenciadas em litigantes habituais (ou jogadores habituais) e litigantes eventuais (ou participantes eventuais).

A pesquisa será orientada pelo método hipotético-dedutivo de Karl Raimund Popper, o qual, em resumo, centra suas atenções para um processo de tentativa e erro, buscando encontrar soluções provisórias para problemas após submissão a testes de falseamento. Assim, em um primeiro momento neste estudo, serão apresentadas as principais vantagens competitivas das instituições financeiras. Em um segundo momento, essas vantagens elencadas serão submetidas a testes de falseabilidade com a finalidade de verificar se haverá refutação (rejeição) ou corroboração (não rejeição) da premissa de que tais vantagens representam obstáculos intransponíveis a direitos de clientes e usuários dos serviços bancários enquanto litigantes.

O processo de atribuição de respostas para os problemas de pesquisa nos levará ao desenvolvimento de análises, ponderações e argumentações que serão realizadas em quatro etapas de desenvolvimento do texto.

Inicialmente, evidenciaremos as características que particularizam litigantes habituais (ou jogadores habituais) e litigantes eventuais, (ou participantes eventuais), com fundamento na teoria de Marc Galanter sobre a tipologia das partes.

Na sequência, serão traçados os contornos da litigância bancária no Brasil, com fundamento em indicadores fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) e por outros importantes institutos de pesquisa.

Em seguida, pontuaremos as principais vantagens competitivas das instituições financeiras, por força da litigância habitual praticada no âmbito do Poder Judiciário. As vantagens identificadas serão submetidas a testes de falseabilidade, para verificação do potencial lesivo que cada proveito competitivo identificado.

Os proveitos que sobreviverem aos testes de falseamento serão admitidos como *vantagens competitivas lícitas*, assim compreendidas aquelas que colocam em evidência uma situação de desequilíbrio de poder entre as instituições financeiras e os clientes/usuários dos seus serviços, sem acarretar a violação de direitos. Os demais proveitos serão classificados como *vantagens competitivas ilícitas*, por força do caráter violador de direitos a elas inerentes.

O exercício de falseamento acarretará refutação (rejeição) ou corroboração (não rejeição) da premissa de que tais vantagens representam obstáculos intransponíveis a direitos de clientes e usuários dos serviços bancários enquanto litigantes.

O quarto e último item de desenvolvimento do texto será dedicado à proposição de medidas de amenização do problema da alta litigiosidade bancária, que resulta, em grande medida, das vantagens obtidas pelos litigantes habituais, em especial as instituições financeiras.

I Litigantes habituais e litigantes eventuais: diferenças e tipologia a partir da teoria de Marc Galanter

Discorrer sobre litigantes habituais e litigantes eventuais necessariamente nos faz adentrar no estudo elaborado por Marc Galanter, o qual apresentou uma tipologia das partes tão convincente e relevante que pode ser utilizada para qualquer área do direito ainda hoje, como direito do consumidor, direito criminal, direito de família, entre outras.

Galanter (2018) utiliza os termos *repeat player* e *one-shooter* para designar o que no Brasil denominamos de litigantes habituais e litigantes eventuais, respectivamente. A explicação é que a expressão “jogador” (*player*) supõe alguém que já esteja inteirado das regras, isto é, das “regras do jogo”, que sabe como o jogo funciona; por outro lado, a expressão “participante” (assim traduzido o termo *one-shooter*, que na tradução literal significa “atirador de um só disparo”) supõe alguém que não esteja familiarizado com as regras do jogo processual, ou pelo menos não tanto quanto o jogador habitual. Assim, pela tradução brasileira da obra, utiliza-se as expressões “jogador habitual” (*repeat player*) e “participante eventual” (*one-shooter*) para designar, respectivamente, o que normalmente chamamos de litigante habitual e litigante eventual.

Em resumo, podemos assim diferenciar os jogadores habituais dos participantes eventuais, conforme entende Galanter (2018, p. 46-47): os *jogadores habituais* (JHs) (i) são aqueles que se envolvem em vários processos judiciais semelhantes ao longo do tempo, que correm poucos riscos e podem buscar atingir seus interesses em um longo prazo; (ii) trata-se de uma unidade maior, com maior possibilidade de administrar seus riscos de forma racional e sistemática; (iii) suas apostas, em qualquer caso e com relação ao valor total, são menores, isto é, “apostam poucas fichas” em

casos isolados, como lembra Marcelo Veiga Franco (2018, p. 183); (iv) são exemplos: instituições financeiras, empresas de seguros, promotores de justiça etc. Franco (2018, p. 185), ao analisar as proposições de Galanter, enumera mais exemplos: as sociedades empresárias que prestam serviços de saúde, as companhias ferroviárias e a indústria manufatureira. Galanter (2018, p. 52) esclarece também que “a maior parte dos JHs são organizações e operam por meio de pessoas incumbidas de papéis particulares (consultor jurídico, vistoriador de seguros, promotor de justiça)”.

Já os *participantes eventuais* (PEs), para Galanter (2018, p. 46-47), (i) são aquelas partes que recorrem ao Judiciário apenas de forma ocasional – mas alguns PEs não estão nesse conceito de “PE puro”, como são os beneficiários da assistência social, pois podem ter uma série frequente de transações; (ii) trata-se de uma unidade menor, e não conseguem administrar as demandas racional e sistematicamente; (iii) suas apostas, com relação ao valor total, podem ser altas, isto é, “tendem a apostar mais fichas” em uma única ou poucas demandas judiciais, como escreve Marcelo Franco (2018, p. 182) ao analisar a teoria de Galanter; (iv) são exemplos dados por Galanter: cônjuges em ações de divórcio, o autor de uma ação de acidente de trânsito, o réu em uma ação penal, entre outros. Franco (2018, p. 182) também cita como exemplos: os consumidores, em demandas contra grandes fornecedores para a defesa dos direitos consumeristas; e os contribuintes, quando litigam contra o Fisco em relação ao ressarcimento de lesões tributárias.

Galanter (2018, p. 46) entende que essa diferenciação, na verdade, a postura de litigantes habituais (JHs), possa ser encontrada também em situações de elaboração de regras jurídicas ou de regulação dessas regras.

O autor também compreende que os jogadores habituais não devem ser automaticamente equiparados a “quem tem” (em termos de riqueza, status, poder), e os participantes eventuais a “quem não tem”. Há exceções às figuras de JHs e PEs que geralmente temos. Por exemplo, PEs, quando réus em um determinado processo penal, podem ser ricos. E jogadores habituais, como a Administração Pública de tempos em tempos, pode atuar como defensores. E o que é importante, então, analisar? *A posição de vantagem na configuração das partes em disputa*. De acordo com Galanter (2018, p. 55-56), “essa posição de vantagem é um dos modos pelos quais um sistema jurídico formalmente neutro em relação a ‘quem tem’ e a ‘quem não tem’ pode perpetuar e aumentar as vantagens dos primeiros”¹.

Portanto, não se deve analisar se uma parte é mais rica que a outra, ou mais poderosa que a outra, ou se tem mais *status* que a outra parte para definir quem é JH e quem é PE, ou para definir “quem tem” e “quem não tem”. O importante, reitera-se, é analisar a posição de vantagem para definir quem é jogador habitual (litigante habitual) e quem é participante eventual (litigante eventual).

E por que os bancos são considerados litigantes habituais? Dados fornecidos por diferentes institutos de pesquisa evidenciam que as instituições financeiras – Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Itaú, Bradesco e Santander, ou seja, os cinco maiores bancos no Brasil – ocupam as primeiras posições entre as partes que mais possuem processos judiciais ativos no país, juntamente com a Administração Pública (a primeira colocada)² e as empresas concessionárias

1 Na questão relativa a perpetuar e aumentar as vantagens dos “que tem”, Ehrlich, citado por Galanter (2018, p. 56), afirma importante questão sobre igualdade formal e dominação: “Quanto mais os ricos e os pobres forem tratados de acordo com as mesmas proposições jurídicas, mais a vantagem do rico é aumentada”.

2 Anselmo Laghi Laranja também utiliza a teoria de Galanter para criticar a posição do Estado brasileiro em juízo e a utilização das vantagens dos litigantes habituais. Segundo Laranja (2018, p. 196-200), apesar de não existir dados sobre a litigância habitual do Estado no Judiciário brasileiro tão precisos quanto os dados das pesquisas sobre a realidade norte-americana, é possível perceber duas formas de comportamento da Administração Pública brasileira enquanto litigante habitual. São elas: i) utilizar o Poder Judiciário “para negar efetividade a direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, de forma que o Estado se utiliza da morosidade do Judiciário para postergar as prestações devidas” (LARANJA, 2018, p. 196); ii) atuar em nível nacional (por meio da Advocacia Pública Federal) de modo a fazer o controle e o monitoramento de tribunais e juízes “que são refratários aos interesses do governo federal”. Essa atuação demanda até mesmo uma maior presença física dos advogados da União para despachar com os juízes, além da uniformização da estratégia de atuação (LARANJA, 2018, p. 199-200).

de serviços públicos. As tarefas de apresentação e análise dos referidos dados serão realizadas na sequência do presente estudo.

2 A litigância bancária em números

Previamente à apresentação dos números relacionados ao que podemos denominar de “litigiosidade bancária”, dados estes que confirmam a posição proeminente das instituições financeiras na litigância, é relevante expressar a importância das pesquisas sobre dados do Poder Judiciário – não só dados que tenham relação com o valor das despesas do Judiciário, o número de magistrados, o número de funcionários etc., mas também pesquisas que vão além: pesquisas que realizam um grande levantamento e análise dos processos judiciais que atualmente tramitam no Judiciário brasileiro. Essas pesquisas, para uma análise crítica e ampla inclusive acerca de problemas que envolvem o direito ao acesso à justiça, são extremamente relevantes.

E por que é importante entender o perfil dos processos judiciais que são levados às cortes? Luciana Luk-Tai Yeung (2017, p. 12) assevera que a importância está não apenas para compreender a natureza dos casos em si, mas sobretudo para “trazer luz à discussão de como aumentar a eficiência do Judiciário brasileiro e, com isso, efetivamente garantir o acesso à Justiça àqueles que mais precisam”. Ainda segundo Yeung (2017, p. 12), “processos simples, repetitivos, poderiam ser lidados de outra forma, dentro ou fora do âmbito judicial”.

Além disso, de acordo com Joaquim Falcão e Ivar Hartmann (2017, p. 423), pesquisas como essas, com levantamento de dados judiciais e “envolvendo grandes *data sets*”, permitem aos profissionais do Direito “analisar de maneira muito mais minuciosas decisões judiciais”. Os autores salientam também a importância da tecnologia nesse contexto: “[...] a disponibilidade de equipamento computacional, *software* e suporte técnico desempenha um papel-chave na viabilização de estudos empíricos (...)” (FALCÃO; HARTMANN, 2017, p. 423).

Ocorrendo essa demonstração empírica, permite-se ao pesquisador, ao jurisdicionado e aos próprios integrantes do Poder Judiciário buscar melhorias em problemas que se tornaram evidentes pelas informações e pelos números coletados. De posse desses números, podemos verificar quem são os maiores litigantes do país.

Passada essa inicial reflexão, quais são as causas para a elevada litigiosidade bancária envolvendo litígios sobre contratos e consumo?³ Antônio Carlos Efig (2015, p. 682) disserta que essas causas são variadas. Dentre elas, o autor destaca “a maior informação dos consumidores a respeito de seus direitos (...), a facilitação do acesso à justiça (observe-se a atuação dos Juizados Especiais Cíveis), e o fenômeno da bancarização e da expansão da oferta de crédito”. Igualmente destacamos a alta inadimplência que acarreta o ajuizamento de ações judiciais para recuperação do crédito por parte dos bancos e o relativo descaso das instituições financeiras em buscar implantar mecanismos adequados de solução extrajudicial dos conflitos.

No tocante aos números relacionados à litigância bancária, exploraremos cinco materiais ricos com dados e informações acerca do tema, em especial dois elaborados pelo CNJ, os quais listam os 100 (cem) maiores litigantes no Brasil.

3 Interessante observação feita por Paula Castello Miguel sobre a tutela especial dos consumidores e a sociedade de consumo merece destaque: “O processo de industrialização teve como consequência o surgimento da sociedade de consumo, caracterizada pela submissão do consumidor em relação ao fornecedor. O consumidor para atender suas necessidades de consumo submete-se a toda e qualquer exigência formulada pelo fornecedor, que acaba por impor suas condições ao mercado. A sociedade de consumo é marcada por uma constante desigualdade entre aqueles que contratam: consumidor, parte mais fraca da relação e fornecedor, parte que impõe suas vontades na contratação” (MIGUEL, 2006, p. 71-72).

Dois artigos científicos trazem interessantes dados relacionados à litigância bancária, embora nenhum deles seja específico sobre o tema. Enquanto a pesquisa de Falcão e Hartmann centrou as atenções nos processos em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF) dentro do período de janeiro de 2011 a março de 2016, Luciana Yeung firmou como objeto de pesquisa as ações nas cinco Varas Cíveis do Fórum João Mendes (2ª, 4ª, 18ª, 32ª e 37ª Varas Cíveis), localizado em São Paulo, capital, lugar que abriga o maior número de processos judiciais no Brasil.

Yeung verificou a “população de ações iniciais” ajuizadas entre janeiro e dezembro de 2014. Seu principal objetivo foi “fazer um primeiro diagnóstico do perfil dos casos que chegam ao tribunal de 1ª instância mais movimentado do estado de São Paulo, o Fórum João Mendes Jr.” (YEUNG, 2017, p. 3). Outro objetivo era o de fazer um “levantamento de quem são os principais litigantes, quais setores econômicos eles pertencem, características da contraparte pessoa física, e, finalmente, características da matéria em questão” (YEUNG, 2017, p. 3).

A autora encontrou um total de 11.959 processos ajuizados no ano de 2014 nas Varas pesquisadas. Verificou que há um certo equilíbrio na distribuição dos processos e quase 80% das ações foram ajuizadas por pessoas jurídicas. Analisou também que os resultados encontrados demonstram que há grande número de ações concentradas em poucos litigantes e poucos setores econômicos. Com os números que conseguiu levantar, a autora chegou à conclusão de que 29% de todas as ações ajuizadas nas Varas pesquisadas estão concentradas em somente dez litigantes (YEUNG, 2017, p. 7-8).

Após análise da lista com os cem maiores litigantes apresentados na pesquisa da autora, temos um perfil que pode ser assim apresentado: *as instituições financeiras e suas subsidiárias (área de seguros, investimentos, cartões etc.) ocupam as primeiras posições*, enquanto que o setor de telefonia ocupa um grande espaço, em segundo lugar, logo após o setor bancário.

Em relação às instituições financeiras, percebe-se que elas ocupam 44 posições na relação dos 100 maiores litigantes. Na relação dos dez maiores, as instituições financeiras ocupam os 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º e 9º lugares. Interessante é que o Banco Itaú ocupou o 3º e o 5º lugar na relação “Top 10”, pois o conglomerado Itaú aparece com a nomenclatura “Itaú SA Unibanco”, em 3º lugar, e com o nome “Banco Itaú Sacard SA”, em 5º lugar. Em primeiro lugar está o Banco do Brasil, com 579 processos judiciais. Banco Santander (Brasil) S.A. ocupa o 4º lugar, com 394 processos, e o Banco Bradesco está na 6ª posição, com 333 processos ativos.

Já nas pesquisas desenvolvidas por Falcão e Hartmann (2017), é igualmente possível observar a relevância dos números envolvendo as instituições financeiras. Os autores apresentaram dados do STF, particularmente demonstrando em seu texto os grandes números da sociedade empresária “Oi Telecomunicações” e sua *judicialização da ineficiência empresarial*.

Falcão e Hartmann utilizaram a base de dados do “Projeto Supremo em Números” e coletaram ações no período de janeiro de 2011 a março de 2016. Em relação às instituições financeiras, verificamos que no *ranking* “Top 20” de maiores litigantes do setor privado no STF, doze lugares são ocupados por instituições financeiras (FALCÃO; HARTMANN, 2017, p. 424). Além disso, os números dos três primeiros bancos que aparecem na lista (Santander, Banco do Brasil e Bradesco) são bastante significantes. Por outro lado, os números do Banco Itaú (232 processos) e da Caixa Econômica Federal (201 processos) revelam, em comparação com outros bancos e considerando o grande porte destas instituições, baixo número, que nos impõe a refletir o que essas instituições fizeram e como atuam perante o STF: será que elas escolhem os casos para recorrer à última instância? Como adotam suas estratégias recursais? Possuem alguns mecanismos para diminuir a judicialização?

Outra interessante pesquisa foi a realizada pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) em conjunto com o CNJ, a qual foi revelada pela Revista Consumidor Moderno. Nessa pesquisa, ficou

demonstrado que *os vinte maiores litigantes do Brasil concentram no total 50% das ações de consumo*. Outra constatação fundamental foi a de que os problemas de cada região de nosso país se refletem no número de demandas ingressadas no Judiciário.

Os pesquisadores utilizaram robôs da ABJ, chamado de *crawlers* (software que realiza busca na internet, como “caçadores” de processos de consumo), e investigaram sete Tribunais de Justiça de diferentes regiões do país entre os anos de 2013 a 2016. “O resultado não apenas apontou os 30 maiores litigantes de cada um dos sete Estados como lançou um olhar social sobre os problemas de consumo de cada região” (CONSUMIDOR MODERNO, 2018, p. 56-57).

Foram pesquisados os Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Mato Grosso, Amazonas, Bahia, Distrito Federal e Rio Grande do Sul. O que se observou foi que Tribunais que estão em regiões com maiores índices de desenvolvimento econômico, como São Paulo, tendem a ter maiores problemas no setor bancário e no setor de telecomunicações. Já os tribunais que estão em regiões com menores índices de desenvolvimento econômico, como Amazonas, tendem a concentrar processos relacionados a empresas de energia, água e outros itens mais básicos da população (*vide*: CONSUMIDOR MODERNO, 2018, p. 57).

Segundo demonstrado na pesquisa, o setor bancário é o maior problema nos Tribunais de São Paulo, Mato Grosso⁴ e Bahia. Em outros Estados, aparecem problemas como o cadastro de inadimplência (Rio Grande do Sul), o setor de telecomunicações (Rio de Janeiro e Distrito Federal) e empresas de *utilities*, como concessionárias de prestação de serviços de água e energia (Amazonas). Vale destacar que foi observada a presença do Banco Bradesco entre os cinco maiores litigantes de todos os Estados analisados, um dado que impressionou na pesquisa realizada. Itaú é outra instituição financeira que está no ranking dos 10 maiores litigantes em todos os Estados pesquisados.⁵

Sobre os relatórios apresentados pelo CNJ nos anos de 2011 e 2012, há muito o que analisar. Todavia, pelo nosso corte metodológico (análise crítica acerca da litigiosidade bancária), apresentaremos com mais ênfase os números relacionados às instituições financeiras.

Essas duas pesquisas do CNJ são intituladas “100 maiores litigantes”⁶ (BRASIL, 2011; BRASIL, 2012), que apresentou uma listagem dos cem maiores litigantes do Poder Judiciário brasileiro. Percebe-se, nos relatórios, que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia integrante da administração pública federal, preenche a maior parte das ações da Justiça Federal, ocupando com grande destaque o primeiro lugar nesse campo. Se formos considerar os processos da Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho, mesmo assim, o INSS desponta na primeira posição. Porém, se formos desconsiderar a Administração Pública, percebe-se nas listagens que as instituições financeiras, enquanto grupo, ocupam o segundo lugar (BRASIL, 2011, p. 5; BRASIL, 2012, p. 15).

No relatório de 2011 (ano-base: 2010), Caixa Econômica Federal (2º lugar), Banco do Brasil (5º lugar), Banco Bradesco (7º lugar), Banco Itaú (8º lugar) e Banco Finasa (10º lugar) estavam nas dez primeiras posições no *ranking* nacional (BRASIL, 2011, p. 5). Interessante é que, no âmbito da Justiça Estadual, a primeira posição é ocupada pelo Estado do Rio Grande do Sul (7,73% das

4 Apesar de o estudo concluir que em Mato Grosso o maior problema é o setor bancário, parece-nos que o setor de telecomunicações, quando em visualização dos números apresentados na pesquisa, é o maior problema.

5 Para acessar a pesquisa em quadro esquemático e compilado, *vide*: Machado (2020).

6 Tecendo comentários sobre os dados apresentados pelo relatório “100 maiores litigantes”, Daniel Carneiro Machado (2016, p. 54) faz ponderações interessantes: “Sem os 15 maiores litigantes do país, qual seria o número de demandas em curso no Poder Judiciário? Haveria tal crise? Por que não desenvolver formas alternativas de solução de conflitos para esses 15 maiores litigantes? Por que para esses litigantes interessa que as suas lides desemboquem no Poder Judiciário? Por que para o Poder Público é melhor ser réu em juízo do que realizar políticas públicas efetivas e respeitar os direitos fundamentais? A que custo será prestada a tutela jurisdicional aos litigantes eventuais, por intermédio de técnicas individuais de julgamento dotadas de repercussão coletiva, como pretende o novel incidente de resolução de demandas repetitivas? Por que não incentivar e aperfeiçoar a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos por meio de ações coletivas que já existem e se mostram adequadas à proteção dos litigantes eventuais?”

ações), mas, se formos somar os percentuais de Banco Itaú S/A (5,92% das ações), Banco Cia Itaú Leasing de Arrendamento Mercantil S/A (1,95% das ações) e Banco Itaucard S/A (1,21% das ações), concluiremos que o conglomerado do Banco Itaú ocuparia a primeira posição, com 9,08% das ações (BRASIL, 2011, p. 5-6).⁷

Já no relatório de 2012 dos cem maiores litigantes elaborado pelo CNJ (ano-base: 2011), no ranking consolidado das três Justiças (Estadual, Federal e do Trabalho), são quatro as instituições financeiras que ocupam o *ranking* do “Top 10”. São elas: BV Financeira S/A (2º lugar), Banco Bradesco (8º lugar), Caixa Econômica Federal (9º lugar) e Banco Itaucard S/A (10º lugar). Novamente, aparece em uma outra posição o Banco Itaú S/A (11º lugar no *ranking* consolidado), o que faz com que o relatório possa não ter refletido a realidade dos dados de algumas instituições financeiras compreendidas enquanto conglomerado.

Por fim, é importante a reflexão, ao final deste capítulo, de que o cidadão brasileiro, muitas vezes, é levado a litigar “por força da ação ou omissão de agentes violadores de direitos, notadamente no âmbito das relações de consumo” (GORETTI, 2021, p. 172). Ricardo Goretti, em grande estudo envolvendo apresentação de dados e análise crítica, demonstrou que a cultura do litígio é equivocadamente sustentada no Brasil quando se leva apenas em conta os números absolutos de novas ações que ingressaram no Judiciário. O que se deve levar em conta são os números considerando a dimensão da população brasileira, que possui atualmente mais de 210 milhões de habitantes, além de considerar também, como fizemos neste estudo, quais são os verdadeiros litigantes habituais no país, pois, como visto, eles estão reduzidos basicamente a três setores: Administração Pública, instituições financeiras e empresas concessionárias de serviço público (GORETTI, 2021, p. 169-181). O professor complementa a análise:

O que reputamos inadequado é atribuir a responsabilidade pelo acúmulo de processos a uma cultura do litígio supostamente incorporada pela sociedade brasileira. A cultura que prepondera no Brasil é a da violação de direitos e não a do litígio; afirmação que ganha contornos de evidência quando observamos que os maiores litigantes do País são instituições públicas, bancos e empresas de telefonia (GORETTI, 2021, p. 174).

A cultura da violação de direitos, portanto, é um fator relevante que aumenta a litigiosidade bancária, movendo os consumidores a ingressarem com ação judicial principalmente em razão da lesão sofrida em decorrência de atos ou omissões das instituições financeiras.⁸

7 Marcelo Franco (2018, p. 188), ao analisar o relatório de 2011 dos “100 maiores litigantes”, chegou à seguinte conclusão: “Caso se considere a soma dos percentuais de presença dos litigantes habituais nos tribunais nacionais, a situação permanece a mesma. Do total de processos analisados pelo CNJ na primeira edição da pesquisa, 51% (cinquenta e um por cento) – ou seja, mais da metade – tinham, como partes, algum órgão ou entidade da Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal. Dos restantes 49% (quarenta e nove por cento), os bancos e as companhias telefônicas estiveram presentes, respectivamente, em 38% (trinta e oito por cento) e 6% (seis por cento) dos processos. Isso quer dizer que, do universo global de casos examinados pelo CNJ, apenas 5% (cinco por cento) possuíam, como partes, pessoas jurídicas ou entidades não pertencentes ao setor público ou com setor de atuação distinto das áreas bancária e de telefonia”.

8 Houve uma pesquisa, citada por Ricardo Goretti (2021, p. 182), da qual pesquisadores de uma faculdade do Rio Grande do Sul investigaram quais são as motivações de demandantes para litigar. As quatro motivações principais que a pesquisa conseguiu verificar são: “i) a ausência ou baixo custo e risco do ajuizamento de uma ação; ii) as perspectivas de ganho; iii) o uso instrumental do Judiciário; iv) e a lesão sofrida”. Para Goretti, a última motivação “é a que melhor representa a ideia de que a cultura da violação de direitos justifica significativa parcela das ações ajuizadas no Brasil” (GORETTI, 2021, p. 182).

3 Vantagens competitivas obtidas por instituições financeiras

No primeiro capítulo, tivemos a oportunidade de tecer comentários sobre a tipologia das partes dentro da teoria de Marc Galanter. Quanto às vantagens que possuem os JHs (litigantes habituais), Galanter (2018, p. 48-52) utiliza sete tópicos para abordá-las. Mas, para melhor efeito didático e estudo sistemático, iremos dividi-las de forma a agrupar tanto as vantagens que Galanter elenca, quanto também as considerações (e complementações) a elas feitas por Cappelletti e Garth (1986, p. 25), Franco (2018, p. 213-217 e p. 227) e José Roberto Freire Pimenta, citado por Adriana Goulart de Sena e Luiza Berlini Dantas Ribeiro (2012, p. 35-36), as quais estão próximas às colocações de Galanter.

Como primeira vantagem, verifica-se que os litigantes habituais possuam *conhecimento* prévio dos casos e desenvolvem *experiência*. Assim, são capazes de estruturar transações e contratos. Isso permite também maior planejamento do litígio, uma vez que possuem maior experiência com o Direito.

Ter *acesso facilitado a especialistas* é uma segunda grande vantagem que possuem os litigantes habituais. Isto é, eles possuem fácil e pronto acesso a especialistas. Além disso, conforme aponta Franco (2018, p. 215), há uma “contratação de especialistas que trabalhem com a otimização de economia de escala e de baixo custo financeiro e atuarial para a litigiosidade repetitiva”.

Outra importante vantagem é a chamada *economia de escala*, já que possuem mais casos jurídicos (possibilidade de diluir os riscos de uma demanda jurídica por maior número de casos que possui). Também possuem baixos custos iniciais em qualquer caso.

Relações facilitadoras com membros de órgãos julgadores é a quarta vantagem que Galanter menciona. Ao analisar o comportamento dos litigantes habituais, verifica-se que eles têm oportunidades de desenvolver relações informais com membros dos órgãos julgadores (juízes e outros servidores), ou, na expressão de Galanter, com os “encarregados institucionais”. Franco (2018, p. 214) também analisa essa vantagem dos jogadores habituais: “[...] a presença recorrente nos órgãos judiciários tende a facilitar a aproximação com juízes e serventuários, melhorando o relacionamento informal entre os litigantes habituais e aqueles com poder de influência sobre o procedimento judicial”.

Outra grande vantagem que possuem é a respeito de sua *reputação e credibilidade*, isto é, precisam manter uma reputação de negociador e manter a credibilidade como “um combatente”, de acordo com Galanter. Esse interesse serve para estabelecer compromissos a respeito de suas posições. Há uma “habilidade para construir credibilidade e reputação sólidas”, as quais possuem a finalidade de “estabelecer compromissos processuais e posições de barganha que influenciem positiva e constantemente o convencimento judicial e a formação de linhas de entendimento jurisprudencial que lhes sejam favoráveis” (FRANCO, 2018, p. 215).

A sexta vantagem enunciada por Galanter tem a ver com as estratégias, que, para os litigantes habituais, são calculadas, estudadas, previamente avaliadas. Trata-se, portanto, de *estratégias calculadas*. Com isso, eles possuem a possibilidade de “jogar com as probabilidades”, ou seja, de testar estratégias com determinados casos jurídicos de modo que possa ter melhor expectativa de êxito em casos futuros (mesmo quando envolver o risco de perda máxima em alguns desses casos). Ademais, quanto mais o PE revelar suas estratégias, mais o JH poderá adotar a estratégia “minimax”, isto é, minimizar a probabilidade de perda máxima.

A última grande vantagem que elenca Galanter está relacionada com o poder que os litigantes habituais possuem de *influenciar a elaboração das regras*. Nesse sentido, podem investir recursos com o fim de influenciar a elaboração de relevantes regras (utilizar métodos tais como o *lobby*, juntamente com a experiência que os JHs acumularam). Para eles, qualquer coisa que influencie os casos futuros de forma favorável aos seus interesses valerá a pena. Inclusive, pode ser que o JH esteja

disposto “a trocar o ganho tangível num caso qualquer pelo ganho normativo (ou pela minimização da perda normativa)”. Em conjunto com a vantagem das *estratégias calculadas*, os JHs podem optar: a) negociar com a outra parte em casos nos quais há a espera de resultados normativos desfavoráveis (mas o acordo aqui não tem valor de precedente); ou b) adotar recursos em que há probabilidade de que determinado caso produza normas que lhes sejam favoráveis (*vide*: GALANTER, 2018, p. 52).

Especificamente no âmbito das instituições financeiras, certas vantagens que foram acima abordadas se mostram mais acentuadas, representando cruciais vantagens competitivas que tornam as instituições reguladas pelo Banco Central do Brasil grandes poderosas quando estão no Judiciário, seja como autoras, seja como réis.

3.1 Vantagens específicas das instituições financeiras enquanto litigantes habituais

Quais seriam as vantagens específicas das instituições financeiras enquanto litigantes habituais? Em outras palavras, quais são as vantagens competitivas que somente são possíveis de serem presenciadas nas instituições financeiras, ou são mais fortes nestas pessoas jurídicas que exercem a atividade bancária?

Algumas são mais fáceis de serem presenciadas pelo público. Outras, nem tanto. O importante é verificar, ao final dessas reflexões, se tais vantagens realmente representam uma afronta aos direitos dos usuários e clientes dos serviços bancários, principalmente quando em litígio judicial contra as instituições financeiras, no polo ativo ou no polo passivo. Nossa análise, como mencionado no introito deste trabalho, fincará na utilização do método hipotético-dedutivo de Popper. Além disso, a possível violação dos direitos dos consumidores será restrita à análise das relações jurídicas consumeristas e contratuais, ou seja, relações que as instituições financeiras mantêm com certos cidadãos ou empresas quanto a questões trabalhistas, tributárias, administrativas, entre outras, não serão objeto de investigação neste artigo científico.

Na sequência, serão apresentadas as principais vantagens competitivas que as instituições financeiras possuem. Serão destacados pontos importantes sobre tais vantagens, embora este estudo não procurará fazer uma abordagem profunda sobre cada vantagem. Cabe dizer que cada uma das vantagens a seguir apresentadas estão correlacionadas com aquelas vantagens de que Marc Galanter discorre. Pode ser que uma ou outra vantagem esteja correlacionada com mais de uma vantagem competitiva dos litigantes habituais apresentada na obra de Galanter. Nessa trilha, passe-se à enunciação das principais vantagens competitivas das instituições financeiras.

3.1.1 Corpo técnico multidisciplinar e especialistas em diversos assuntos, não somente jurídicos⁹

Nas instituições financeiras, não há apenas advogados. Há bancários, administradores, engenheiros, contadores, economistas, técnicos em informática, profissionais de Recursos Humanos (RH), profissionais do setor de compliance, estagiários de nível superior etc.

⁹ Vantagem que correlaciona com as seguintes vantagens elencadas por Marc Galanter: conhecimento e experiência; acesso facilitado a especialistas; e reputação e credibilidade.

Os departamentos jurídicos dos bancos também não são formados integralmente por advogados ou bacharéis em Direito. Há também pessoal formado em outras áreas, como Administração e Ciências Contábeis, e todos possuem conhecimento em assuntos bancários, com *expertise* nas mais diferentes questões que envolvem as instituições financeiras, como contratos bancários, tarifas bancárias, sigilo bancário, títulos de crédito (como cheques, duplicatas, cédulas de crédito bancário etc.), operações financeiras¹⁰ que envolvem crédito rural, garantias (como hipoteca, alienação fiduciária, aval etc.), comissão de permanência, juros, entre outros assuntos.

Ademais, existem várias resoluções emitidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo Banco Central do Brasil (BC) que regulamentam o sistema bancário. Tais resoluções e outros atos normativos precisam, muitas vezes, de maior análise por parte de um corpo jurídico experiente e qualificado. E, de fato, nem sempre advogados e outros profissionais do direito, inclusive magistrados, possuem um amplo conhecimento das normas aplicadas ao sistema financeiro nacional. O universo normativo do Direito Bancário é extenso, complexo e específico, embora poucos tenham consciência disso. Assim, litigantes eventuais e advogados dos litigantes eventuais geralmente não conseguem acompanhar a evolução normativa bancária e se especializar nesse campo de uma forma tão adequada como os advogados das instituições financeiras.

3.1.2 Experiência e conhecimento da legislação civil, processual, consumerista e, em especial, bancária¹¹

Existindo um conjunto de profissionais capacitados para lidar com os mais diversos assuntos que não apenas jurídicos, como financeiro, trabalhista, recursos humanos etc., é fácil presumir que haverá, pela constante troca de informações entre as áreas, uma maior aquisição de experiência e conhecimento das normas que regem as atividades bancárias. Esse corpo técnico jurídico e multidisciplinar que comentamos no tópico acima consegue ganhar mais experiência com a rotina que ocorre entre os departamentos e agências. A experiência, assim, é transmitida aos advogados pelos diferentes funcionários e equipes que há nas instituições financeiras. O conhecimento das diversas questões bancárias, não apenas jurídicas, também são transmitidas aos advogados e adquiridas por eles, que, conseqüentemente, conseguem desenvolver maiores reflexões, de cunho jurídico, sobre tais questões, muitas delas bastante complexas.

Por acontecer troca de experiências e conhecimentos entre advogados de uma mesma instituição financeira, um advogado que seja mais especialista em uma determinada área – por exemplo, direito do consumidor – transmitirá (e adquirirá) maior conhecimento para outros advogados que façam parte de uma área voltada para o contencioso, por exemplo (ou seja, que possuem maior especialidade em direito processual).

Há ainda grandes escritórios de advocacia especializados em Direito Bancário e Empresarial que são contratados pelos bancos, possibilitando troca e ganho de experiências e conhecimentos. Enormes sociedades de advogados existentes nas capitais do país, como São Paulo e Rio de Janeiro, além de Brasília-DF, são contratadas pelas instituições financeiras para defender seus interesses.

¹⁰ As operações bancárias são instrumentos para concretizar a atividade bancária, definida como a coleta, a intermediação ou a aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, de acordo com a Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Essa concretização ocorrerá através de produtos oferecidos pelas instituições financeiras. Nesse sentido, nosso entendimento é de que operações bancárias não são sinônimos de atividades bancárias nem de contratos bancários. Para maior análise sobre o conceito de operações bancárias e suas espécies, *vide* Machado e Freire Junior (2019, p. 106-109).

¹¹ Além de conhecimento e experiência, essa vantagem das instituições financeiras está correlacionada com a vantagem das relações facilitadas com os órgãos julgadores, da qual Galanter discorre.

Com uma gabaritada equipe de profissionais, esses escritórios conseguem acompanhar a evolução de determinados projetos de lei e a interpretação dos Tribunais dada para certas normas jurídicas. Também são capazes de manter relações muito próximas com magistrados e outros servidores da justiça de cada região do país, como oficiais de justiça e assessores judiciários, ganhando, assim, maior experiência pelo contato rotineiro com os profissionais responsáveis pela movimentação processual e pelo deferimento ou indeferimento dos pedidos judiciais.

Conhecer as várias normas editadas pelo CMN e pelo BC, como mencionado no tópico anterior, igualmente é um grande diferencial que possuem os departamentos jurídicos das instituições financeiras. Essa vantagem é um ponto crucial no momento em que há litígios de clientes ou usuários em face dessas instituições, já que geralmente os advogados que litigam contra instituições financeiras não detêm o vasto conhecimento destas normas tanto quanto possuem a equipe jurídica dos bancos. Por exemplo, em quais casos cabe a cobrança da comissão de permanência? Quais são os requisitos indispensáveis de uma cédula de crédito bancário? As taxas de juros moratórios de uma cédula de crédito rural são limitadas a 1% ao mês ou não?

3.1.3 Probabilidade de perda e apresentação de recursos contra decisões judiciais desfavoráveis¹²

Ao receber uma demanda para realizar a defesa, as instituições financeiras, normalmente, preveem de antemão se aquela ação judicial terá uma probabilidade de perda maior ou menor, podendo, desse modo, provisionar possível valor que seria desembolsado como resultado futuro de uma decisão judicial final desfavorável. Há sistemas nos departamentos jurídicos que permitem o provisionamento do valor dessa eventual perda.

Ocorre que essa vantagem possibilita realizar outra vantagem competitiva bastante útil para as instituições financeiras enquanto litigantes habituais: apresentar recursos contra decisões judiciais desfavoráveis aos interesses em uma ou mais de uma demanda.

Como Galanter e outros autores explicam, os litigantes habituais têm a vantagem de escolher quais causas desejam propor acordo com a parte adversária e quais pretendem ir até o final do trâmite processual, podendo chegar até o STF (como foi o caso retratado no estudo de Falcão e Hartmann envolvendo a empresa de telefonia “Oi”). Pode ser que o banco tenha conhecimento que o recurso provavelmente não logrará êxito nos Tribunais, mas mesmo assim, por conta de problemas sérios que envolvem o Poder Judiciário brasileiro – em especial a morosidade, a falta de estrutura/aparelhamento do Judiciário e a insegurança jurídica que causa a existência de diversas interpretações jurídicas para casos semelhantes –, é vantajoso para as instituições financeiras “aproveitar” essas deficiências para “ganhar” em termos de tempo processual e desgaste com a parte adversária, que provavelmente não continuará mais a ser sua cliente ou usuária de seus serviços.

¹² Vantagens das instituições financeiras que estão correlacionadas com as vantagens das estratégias calculadas e da economia de escala apresentadas por Marc Galanter.

3.1.4 Execução de contratos: pesquisas de bens passíveis de penhora e o benefício fiscal¹³

Enquanto litigam no polo ativo dos processos judiciais, as instituições financeiras ocupam um relevante número que causa o “gargalo” do Poder Judiciário, como já identificou o CNJ: o alto número de processos de execução civil.

O ajuizamento de ações de execução por quantia certa, de que trata os arts. 824 a 909 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), é uma atitude adotada pelos bancos para tentar receber os valores de contratos inadimplidos de clientes. No entanto, não existe somente a ação de execução por quantia certa para buscar a recuperação do crédito via judicial. Podemos mencionar também a ação monitória (arts. 700 a 702 do CPC/2015) e a ação de busca e apreensão de bem móvel dado em garantia de alienação fiduciária, esta última medida judicial adotada em conformidade com o Decreto-Lei 911, de 1969 (DL 911/69).

Busca-se, por meio dessas ações judiciais, a recuperação do crédito inadimplente, almejando encontrar bens passíveis de penhora no patrimônio do devedor para a satisfação do crédito, ou realizar a busca e apreensão do bem móvel (que pode ser um carro, caminhão, motocicleta, máquinas etc.) dado como garantia de alienação fiduciária, podendo a instituição financeira, enquanto credora, promover ação judicial pertinente no caso de ocorrer a inadimplência da operação bancária.

Se houver o ajuizamento de ações judiciais que buscam a recuperação do crédito, entende-se que, por possuir fácil acesso ao cadastro de clientes em base própria ou de terceiros (por exemplo, pela existência de contratos firmados com empresas que possuem outras bases de dados), haverá considerável vantagem competitiva para a instituição financeira na obtenção de informações sobre o patrimônio atual de devedores, podendo obter informações acerca de bens passíveis de penhora, como imóveis, veículos, aplicações financeiras, saldo em conta corrente etc. Dessa forma, em uma eventual disputa contra devedores em ações de recuperação de crédito, as instituições financeiras podem dispor de informações relevantes que aumentarão suas chances de ter êxito na cobrança judicial.

Mas a judicialização dessas demandas também é originada, muitas vezes, por uma vantagem concedida a grandes empresas, como as instituições financeiras, e está prevista em lei: trata-se do benefício fiscal que dispõe a Lei 9.430/1996 e as exigências de judicialização das operações inadimplentes.

A Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (conhecida como “Lei do Ajuste Tributário”), que dispõe, entre outros assuntos, sobre imposto de renda de pessoa jurídica, traz interessante mecanismo para realizar a dedução como “despesas” quando houver certas atividades praticadas pelas pessoas jurídicas para determinação do lucro real, entre as quais as instituições financeiras podem se enquadrar. De acordo com o art. 9º, *caput*, da Lei 9.430/1996, “as perdas no recebimento de créditos decorrentes das atividades da pessoa jurídica poderão ser deduzidas como despesas, para determinação do lucro real, observado o disposto neste artigo” (BRASIL, 1996). O conteúdo do § 7º do art. 9º demonstra que as pessoas jurídicas que adotam o enquadramento pelo lucro real como regime tributário para apurar o Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) devido poderão registrar como “perda” os créditos de contratos inadimplidos, desde que, em certas situações – elencadas na alínea “c” do inciso II e na alínea “c” do inciso III –, façam o ajuizamento das operações inadimplentes:

¹³ Essa vantagem, assim como a anterior, também está correlacionada com as vantagens das estratégias calculadas e da economia de escala, das quais Galanter enuncia em seus estudos.

Art. 9º As perdas no recebimento de créditos decorrentes das atividades da pessoa jurídica poderão ser deduzidas como despesas, para determinação do lucro real, observado o disposto neste artigo.

(...)

§ 7º Para os contratos inadimplidos a partir da data de publicação da Medida Provisória 656, de 7 de outubro de 2014, poderão ser registrados como perda os créditos: (Incluído pela Lei 13.097, de 2015)

I - em relação aos quais tenha havido a declaração de insolvência do devedor, em sentença emanada do Poder Judiciário; (Incluído pela Lei 13.097, de 2015)

II - sem garantia, de valor: (Incluído pela Lei 13.097, de 2015)

a) até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), por operação, vencidos há mais de seis meses, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

b) acima de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por operação, vencidos há mais de um ano, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento, mantida a cobrança administrativa; e (Incluído pela Lei 13.097, de 2015)

c) superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), vencidos há mais de um ano, desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento; (Incluído pela Lei 13.097, de 2015)

III - com garantia, vencidos há mais de dois anos, de valor: (Incluído pela Lei 13.097, de 2015)

a) até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento ou o arresto das garantias; e (Incluído pela Lei 13.097, de 2015)

b) superior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento ou o arresto das garantias; e (Incluído pela Lei 13.097, de 2015)

IV - contra devedor declarado falido ou pessoa jurídica em concordata ou recuperação judicial, relativamente à parcela que exceder o valor que esta tenha se comprometido a pagar, observado o disposto no § 5º. (Incluído pela Lei 13.097, de 2015) (BRASIL, 1996) (destacou-se).

Nesse sentido, para obter o benefício fiscal que trata a Lei 9.430, de 1996, deverá a instituição financeira (ou outras pessoas jurídicas que se enquadrem no regime tributário de que trata a lei) ajuizar demanda para buscar a recuperação do crédito, se (i) a dívida for superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), não possuir garantias reais e esteja vencida há mais de um ano, ou (ii) se a dívida for superior a R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), haja garantia real no contrato inadimplido e esteja vencida há mais de dois anos.

3.1.5 Influência na elaboração de leis e formação de precedentes judiciais

Embora não faça parte da estrutura que cuida da regulação bancária do Sistema Financeiro Nacional (SFN), a Federação Brasileira dos Bancos (Febraban) possui relevante papel na defesa dos interesses das instituições financeiras tanto quando há projeto de lei em tramitação no Poder Legislativo quanto na formação de precedentes judiciais.¹⁴

No plano legislativo, a defesa dos interesses dos bancos ocorre por meio de elaboração de estudos e fornecimento de dados e informações para membros do Legislativo. A colaboração da Febraban

¹⁴ Bruno Miragem também menciona o papel da Febraban como entidade responsável pela autorregulação bancária no âmbito de suas relações associativas. A Federação é responsável por produzir normativos para seguimento das instituições financeiras signatárias da Autorregulação Bancária, desde que foi criado o Sistema Brasileiro de Autorregulação Bancária, fundado no chamado “Código de Autorregulação Bancária” (MIRAGEM, 2013, p. 92-93).

não ocorre apenas em nível nacional, mas também estadual e, algumas vezes, municipal. Um claro exemplo em nível nacional foi a contribuição da Febraban na discussão em conjunto com membros do Congresso Nacional sobre o Projeto de Lei 1.572, de 2011, que visava instituir no país o novo Código Comercial. Em algumas oportunidades, a Febraban apresentou estudos e discutiu temas, como o tema “Recuperação de Empresas”.

Já no plano judicial, a Febraban por muitas ocasiões postula pedido para participar como *amicus curiae*¹⁵ de algum processo judicial que tenha relevante controvérsia sobre questões de interesse bancário. Um exemplo foi o pedido realizado no Processo 0832323-56.2016.8.12.0001, que gerou o incidente 1411707-14.2016.8.12.0000, o qual tramitou na Comarca de Campo Grande, Mato Grosso do Sul. A relevância da matéria se verificou por conta da conduta do magistrado da vara especializada de recuperação judicial e falência, que sempre declarava a inconstitucionalidade do § 3º do art. 49 da Lei 11.101, de 2005,¹⁶ logo quando da primeira decisão do processamento da recuperação judicial. As decisões proferidas pelo juiz, assim, não caminhavam no mesmo sentido dos interesses dos credores que possuíam contratos com garantia de alienação fiduciária, em sua grande maioria as instituições financeiras.

3.2 Vantagens em litígios que versam sobre contratos e consumo e possível violação a direitos: aplicação do método hipotético-dedutivo

O método hipotético-dedutivo de Karl Popper consiste em apresentar um problema, advindo de um conhecimento prévio ou teorias existentes, de onde se pode inferir uma solução provisória (conjecturas ou hipóteses para solução do problema, ainda que no nível da provisoriedade). Dessa solução são aplicadas técnicas de falseamento (testagem), visando a eliminação de erros. Após passar pela experiência empírica, mediante observação e experimentação, as conjecturas e hipóteses são novamente avaliadas, surgindo novos problemas que podem acarretar sua refutação ou corroboração (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 95-96).

Sendo assim, após visualizarmos as principais vantagens que possuem as instituições financeiras enquanto litigantes habituais do Poder Judiciário, verificaremos uma a uma se elas são consideradas, em litígios de contrato e consumo, violações a possíveis direitos das partes (cliente e usuários dos serviços bancários), inclusive em relação ao acesso à justiça.

Quanto à primeira (corpo técnico multidisciplinar e especialistas em diversos assuntos, não somente jurídicos) e à segunda vantagens competitivas (experiência e conhecimento da legislação civil, processual, consumerista e, em especial, bancária), não se trata de violações a quaisquer direitos de clientes e usuários dos serviços e produtos oferecidos pelos bancos. Não há deslealdade, má-fé ou violação a direitos as vantagens das instituições financeiras de possuírem departamento

15 A possibilidade de ingressar como *amicus curiae* em processos de natureza civil está expressamente prevista no art. 138 do Código de Processo Civil de 2015: “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” (BRASIL, 2015).

16 “Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.
(...)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial” (BRASIL, 2005).

jurídico e equipe multidisciplinar que detêm vasto conhecimento e experiência em questões relacionados ao Direito Bancário, Contratual, Consumidor, Civil, Empresarial e outros temas também importantes. Esse conhecimento se revelará um diferencial em favor dos bancos quando litigarem contra participantes eventuais (na expressão de Galanter), mas não representa afronta a direitos dos consumidores.

Em relação à terceira vantagem (probabilidade de perda e apresentação de recursos contra decisões judiciais desfavoráveis), há certas nuances que precisam ser enfrentadas.

Inicialmente, não representa violação a direitos a simples interposição de recursos contra decisões judiciais desfavoráveis, porque há o direito constitucional de qualquer parte de apresentar recursos em face das decisões judiciais. De fato, pode parecer um abuso do direito de acesso à justiça a interposição de recursos e outras demandas pelas instituições financeiras. Contudo, geralmente, elas possuem interesse em demandar o Judiciário e recorrer para as instâncias superiores, interesse esse que, todavia, possui limites e pode, sim, configurar um abuso quando praticado em excesso e de má-fé.

Assim, não se mostra uma atitude ética a interposição de qualquer recurso, sabendo que as chances de êxito são quase nulas, contra decisões contrárias ao seu interesse ou do cliente que representa quando o motivo principal da recorribilidade é a necessidade de “ganhar tempo” com a morosidade do Judiciário brasileiro, ou de desgastar emocionalmente o adversário (possivelmente seu ex-cliente bancário). Embora seja uma atitude ética reprovável, o sistema jurídico permite a apresentação de recursos até a última instância, mesmo quando a parte que recorre não tem razão. Ademais, dificilmente a parte contrária ou outro sujeito processual conseguirá provar que a instituição financeira recorreu de certa decisão apenas para aproveitar da deficiência do Judiciário (morosidade processual) e conseguir tempo propício para realizar o pagamento da condenação. Entretanto, se for comprovada litigância de má-fé, deverá o juiz condenar o litigante a pagar multa, nos termos do art. 81 do CPC/2015.¹⁷ É importante destacar também que todos os direitos, inclusive os direitos e as garantias fundamentais, não são absolutos. É preciso existir limites, e, nesse sentido, entendemos que qualquer excesso e má-fé caracterizada no caso concreto pode representar um abuso do direito de acesso à justiça.

No tocante à quarta vantagem (execução de contratos), a Lei 9.430, de 1996, traz uma vantagem que, na verdade, é um benefício em relação à tributação de grandes pessoas jurídicas, como as instituições financeiras. E, para usufruir desse benefício que a lei possibilita, deverá a instituição financeira adotar procedimentos judiciais. Portanto, não se trata de violação a direitos dos litigantes quando a própria lei possibilita que a pessoa jurídica usufrua do benefício fiscal.

Em relação ao acesso mais facilitado à base de dados para realizar pesquisa de bens passíveis de penhora em nome de devedores, igualmente não verificamos um abuso frente a direitos dos litigantes e demais consumidores. Claro que, se houver acesso indevido e repasse ilegal de bases cadastrais de clientes, em afronta à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei 13.709, de 14

¹⁷ Os arts. 80 e 81 do CPC/2015 assim dispõem:

“Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidente manifestamente infundado;

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

(...)” (BRASIL, 2015).

de agosto de 2018), então haverá violação à lei, podendo a instituição financeira sofrer severas penalidades administrativas. Todavia, dispor de informações atualizadas a respeito de bens em nome de clientes inadimplentes não configura, isoladamente, afronta aos direitos de consumidores ou ao acesso à justiça.

Por fim, quanto à quinta vantagem competitiva (influência na elaboração de leis e formação de precedentes judiciais), não há atuação contra a lei quando a Febraban, representando os interesses das instituições financeiras, age como *amicus curiae* em processos judiciais relevantes e complexos com a finalidade de formar precedentes judiciais favoráveis, ou quando realiza manifestações, por meio de estudos, requerimentos ou reuniões, direcionadas aos integrantes dos Poderes Legislativos.

No entanto, é interessante pontuar: se, por um lado, há um risco de representar influência indevida a atitude de grandes bancos ou da própria Febraban em ter reuniões separadamente com membros do Legislativo para buscar apoio na elaboração ou alteração de leis, há, por outro lado, algo que se assemelha muito, caso essas reuniões sejam realizadas com vereadores, deputados ou senadores, com o que ocorre nos processos judiciais, quando um advogado, defensor público ou promotor de justiça tem encontro pessoal com um magistrado para, em reunião no gabinete do juiz, poder melhor lhe apresentar os pontos de vista e argumentações trazidas em determinada demanda ou recurso. Ainda, sendo um ambiente próprio para ocorrer debates e ouvir diferentes vozes, não representa uma atitude ilícita a apresentação de estudos e argumentações aos membros do Poder Legislativo, mesmo que reservadamente em reunião, durante a tramitação de eventual projeto de lei.

Dessa forma, foi possível verificar que, mediante submissão de testes de falseamento (método hipotético-dedutivo), as principais vantagens competitivas utilizadas pelas instituições financeiras não representam, por si sós, violação ao direito de acesso à justiça e a outros direitos de clientes e usuários dos serviços bancários enquanto litigam contra tais instituições.

4 Propostas de soluções para diminuir a litigiosidade bancária

Após visualizadas as principais vantagens das instituições financeiras enquanto litigantes habituais, e confirmado que, por si sós, não representam possível violação a direitos dos consumidores, cumpre ressaltar neste momento final da pesquisa uma tentativa de propor soluções para diminuir a alta litigiosidade bancária. Faremos ponderações em dois polos distintos: a) propostas de diminuir a litigiosidade bancária quando os bancos ocupam o *polo ativo* (autor) das ações; b) propostas de diminuir essa mesma litigiosidade quando as instituições financeiras ocupam o *polo passivo* (réu) das ações.

No polo ativo, sugere-se a implementação, por meio de alterações legislativas (e também uma mudança de cultura), da “desjudicialização da execução civil” – ou seja, retirar do Judiciário a solução de conflitos sobre execução civil.¹⁸ Essa proposta já foi implantada em outros países, como Portugal, que apresenta um modelo híbrido, isto é, há o acionamento do Estado-juiz apenas para proferir decisões mais complexas nos processos de execução civil, e na maior parte da tramitação do processo há a atuação de um profissional chamado “agente de execução”, que pode realizar

¹⁸ O relatório “Justiça em Números” de 2021 (ano-base: 2020), publicado anualmente pelo CNJ, evidencia que existe um “gargalo” da execução. Segundo o CNJ, “o Poder Judiciário contava com acervo de 75 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2020, sendo que mais da metade desses processos (52,3%) se referia à fase de execução” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 169).

busca de bens do executado sujeitos à penhora e praticar a própria penhora de bens, elemento fundamental para o futuro êxito do processo.

Segundo entendemos, esses tipos de processos não necessitam (para os casos gerais) de uma atuação do Estado-juiz. Dessa maneira, ao modelo brasileiro urge uma criar uma nova forma de desvincular a execução civil do monopólio do Poder Judiciário, em especial a obrigação de pagar quantia certa, como já acontece atualmente nos casos de inventário, divórcio, arbitragem, mediação, protesto de títulos, usucapião e consolidação da propriedade de bens imóveis com registro de garantia de alienação fiduciária. Diminui-se, assim, a alta litigiosidade, e deixa o Judiciário brasileiro reservado para tratar de casos mais complexos e graves.

Inclusive, por meio da Lei 14.043, de 19 de agosto de 2020, foi incluído o art. 9º-A na Lei 9.430, de 1996, abordada no capítulo anterior. Como já podemos perceber, apesar da recente novidade incluída no sistema jurídico, houve uma tentativa legislativa de diminuir a litigiosidade. Assim está disposto o novo artigo:

Art. 9º-A. Na hipótese de inadimplência do débito, as exigências de judicialização de que tratam a alínea c do inciso II e a alínea b do inciso III do § 7º do art. 9º e o art. 11 desta Lei poderão ser substituídas pelo instrumento de que trata a Lei 9.492, de 10 de setembro de 1997, e os credores deverão arcar, nesse caso, com o pagamento antecipado de taxas, de emolumentos, de acréscimos legais e de demais despesas por ocasião da protocolização e dos demais atos. (Incluído pela Lei 14.043, de 2020)

Embora seja difícil de entendê-la a partir de uma rápida leitura, verifica-se que a novel normatização possibilitou para as pessoas jurídicas, que desejam e podem abater do seu imposto de renda os créditos de contratos inadimplentes (por conta da inadimplência de seus clientes), a utilização do instrumento de protesto de títulos e outros documentos de dívida, de que trata a Lei 9.492/1997, em substituição à adoção do procedimento judicial. Segundo a legislação que disciplina o protesto de títulos e documentos, entende-se que o “protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida” (art. 1º da Lei 9.492, de 1997) (BRASIL, 1997). Com essa novidade, possibilita-se às instituições financeiras, em vez de propor ação judicial para a cobrança da dívida com o fim de abater como “perda” o crédito inadimplente (além de tentar receber o crédito via judicial, o que muitas vezes não se mostra efetivo nem célere), substituir esse procedimento judicial pelo procedimento extrajudicial, com a realização do protesto do título ou documento de dívida, cuja competência é privativa do Tabelião de Protesto de Títulos (conferir: art. 3º da Lei 9.492/1997).

Já no polo passivo, verificamos que muitas mudanças precisam ser realizadas, a começar por uma cultura que respeita o maior diálogo entre as partes e um privilégio por adotar mecanismos adequados de resolução extrajudicial de conflitos.

Entre alguns mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias, encontram-se, nas instituições financeiras, as Ouvidorias dos bancos e os Comitês de Conduta Ética. Há também os canais de reclamações realizadas diretamente para o Bacen. Igualmente, já se verificou a possibilidade de instituir o chamado “Ombudsman bancário” nas instituições financeiras do país. No entanto, todos esses mecanismos e iniciativas, embora boas e importantes, ainda não possuem uma concretude e incentivo para sua aplicabilidade como efetivos mecanismos de solução extrajudicial de conflitos.

Dessa forma, qualquer novidade que se queira implantar nas instituições financeiras para tentar resolver as milhares de controvérsias de forma extrajudicial, a nosso ver, primeiro precisam

ser direcionadas para fortalecer dois órgãos obrigatórios dessas instituições: as Ouvidorias e os Comitês de Conduta Ética. Aquelas, é interessante estruturá-las melhor, com uma equipe que possa, inclusive, ser uma mediadora de conflitos; já estas, pensa-se em sua utilização em casos que envolvem relacionamento de cliente e colaboradores dos bancos, como, por exemplo, eventual mal atendimento prestado por um gerente de agência bancária e um cliente ou usuário dos serviços, sem que envolva discussão a respeito de contratos ou consumo.

Muitas vezes, pelos próprios clientes e usuários dos serviços bancários esses órgãos são esquecidos ou sequer sabemos de sua existência. Por isso, qualquer novidade que se deseja apresentar para diminuir a litigiosidade bancária no tocante à posição das instituições financeiras no polo passivo das demandas precisa, primeiramente, ser voltada para (re)pensar a atuação eficaz de órgãos que são normativamente obrigatórios nestas instituições: as Ouvidorias e os Comitês de Ética.

Se as Ouvidorias apresentassem uma estrutura que comporte equipe multidisciplinar e treinada para tratar adequadamente os conflitos, seria um fator bastante interessante para não só tentar diminuir a alta litigiosidade bancária, mas também buscar a satisfação de interesses de clientes bancários e usuários dos serviços, almejando sempre uma otimização no atendimento. Capacitar certos funcionários para atuarem como verdadeiros mediadores, ou ter uma equipe própria de mediação de conflitos, se mostra, assim, uma atitude bastante interessante e louvável.

A mediação é compreendida como uma alternativa capaz de suprir o vazio originado pela inação violenta, como destaca Ricardo Goretti (2017, p. 145). O autor afirma, ainda, que ela “ganha projeção cada vez maior no Brasil, muito em função da crise de efetividade que atinge o nosso sistema jurídico-processual de administração de conflitos”. Ademais, a mediação “tem sua essência configurada a partir da observância dos princípios balizadores”, quais sejam: “a voluntariedade na escolha ou aceitação do procedimento; a não adversidade; a consensualidade e a autoridade das partes (os mediados) para decidir; a imparcialidade do terceiro interventor (o mediador); a flexibilidade e a informalidade dos procedimentos; e a confidencialidade” (GORETTI, 2017, p. 162).

Goretti enfatiza que o procedimento tem especial destaque para a conversação, para a busca do diálogo entre as partes: “A primeira exigência ou condição necessária para a superação autônoma e não violenta de um conflito é o diálogo: exercício transformador absolutamente necessário para a sobrevivência planetária e imprescindível nos processos de gestão autocompositiva de disputas” (GORETTI, 2017, p. 152).

O próprio movimento da desjudicialização, como destacado acima e enfatizado por Anselmo Laghi Laranja (2018, p. 21), almeja incentivar que as próprias partes do conflito alcancem uma solução para a controvérsia existente entre elas.

Já em relação à existência de inúmeros recursos que são apresentados pelas instituições financeiras no decorrer de um processo judicial, é importante a legislação processual passar por alterações, como ocorreu recentemente com o CPC/2015, para desincentivar cada vez mais a apresentação de peças recursais quando já se sabe que provavelmente a parte recorrente não obterá êxito. Criar mecanismos, como condenação em honorários majorados a cada perda de recursos – melhorar a parte do CPC/2015 que trata sobre essa questão –, é uma boa proposta.

Outro fator interessante que precisa ser combatido é a existência de cláusulas em contratos que as instituições financeiras mantêm com grandes escritórios de advocacia, cláusulas estas que preveem pagamento de um valor de honorários contratuais se ocorrer a “etapa recursal”. Nessas situações, há um “motivo financeiro” para o escritório adotar um recurso, mesmo que as chances de êxito sejam mínimas. Caso não recorra da decisão, o advogado contratado não terá direito ao recebimento desse valor de honorários, caso esteja previsto em seu contrato de prestação de serviços advocatícios com o banco.

Quanto à tentativa de diminuir tanto a propositura de demanda revisional de contratos bancários (instituições financeiras no polo passivo) quanto a recuperação de crédito bancário concedido (instituições financeiras no polo ativo das ações), há uma proposta interessante apresentada por Efig (2015, p. 686), que propõe a inclusão de norma processual que prevê a obrigatoriedade de tentativa de uma “reunião prévia de conciliação”. Segundo o autor, a proposta propicia uma “oportunidade de conciliação previamente à propositura da ação revisional ou de recuperação de crédito bancário concedido, bem como preenche a tendência inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015” (EFING, 2015, p. 690). Uma proposta a mais que necessita de atenção e oportunidade para implantação, tudo para tentar diminuir a litigiosidade bancária.

Considerações finais

Qualquer assunto envolvendo os bancos já é motivo de impasses, questionamentos e controvérsias. A problemática em torno da litigiosidade bancária em nosso país é um assunto que precisa ser colocado em pauta no âmbito das pesquisas jurídicas, sem apelo a cargas emotivas ou parcialidades que possam comprometer o rigor científico da pesquisa.

É notório que as instituições financeiras são grandes litigantes habituais do Poder Judiciário. Dados do CNJ e de outras tantas pesquisas demonstram que tais instituições apenas perdem para a Administração Pública como pessoas jurídicas que possuem mais processos judiciais ativos no Brasil.

Entre as vantagens específicas das instituições financeiras enquanto litigantes habituais, além daquelas que menciona Marc Galanter, destacam-se a existência de um corpo técnico multidisciplinar e com especialistas em diversos assuntos; a experiência e o conhecimento das legislações (principalmente normas bancárias); a possibilidade de apresentar recursos contra decisões desfavoráveis e calcular a probabilidade de perda (realizando o provisionamento dos valores que porventura irá dispendir com pagamento de condenações futuras); a existência de sistemas para realizar pesquisa de bens sujeitos à penhora em nome dos devedores e o benefício fiscal que possuirão quando ajuízam ações para recuperação do crédito inadimplente; e a influência que podem fazer tanto na elaboração de leis quanto na formação de precedentes judiciais, principalmente pela atuação da Febraban como *amicus curiae* em processos complexos e relevantes.

Com a utilização do método hipotético-dedutivo de Popper, foi possível demonstrar que, apesar das vantagens competitivas que possuem os bancos em detrimento dos litigantes eventuais, elas não representam, por si sós, violações a direitos dos litigantes, os quais normalmente são clientes (ou ex-clientes) ou usuários dos serviços bancários.

Todavia, isso não quer significar, automaticamente, que os bancos são “bons” litigantes habituais, ou que não exploram “espaços” criados pela própria burocracia, ineficiência e morosidade do Judiciário brasileiro. Por isso que pensar sobre e aplicar mecanismos de solução extrajudicial de conflitos sempre será uma alternativa viável para diminuir a litigiosidade bancária. Além disso, como refletido na parte final do segundo capítulo, não é a cultura do litígio que prepondera em nosso país, mas sim a cultura da violação de direitos. Por outro lado, as vantagens competitivas das instituições financeiras, neste estudo apresentadas, não são as causas de lesões aos consumidores dos produtos e serviços bancários.

Para não ser mais uma alternativa ou somente uma proposta sem concretização, é necessário que os bancos adotem de forma adequada e racional instrumentos como a mediação, fortalecendo, inclusive, a estrutura das atuais Ouvidorias e Comitês de Conduta Ética. Essas soluções são

importantes também para fortalecer seus laços com clientes e dar continuidade a atendimentos de forma respeitosa e cortês em relação aos consumidores, buscando otimizar a prestação de seus serviços. Ou seja, não se trata só de visualizar a diminuição dos litígios judiciais, mas também dar voz aos consumidores e garantir direitos, sem retirar o direito de todo cidadão ao acesso à justiça.

Já no plano do que o CNJ denomina de “gargalo”, propõe-se uma solução para tentar diminuir a litigiosidade bancária pela “desjudicialização” da execução civil, isto é, a retirada da obrigação de pagar quantia certa como procedimento exclusivamente judicial. Propostas legislativas e obras jurídicas sobre o tema já existem e ganham cada vez mais força.

Sendo assim, propostas para a alta litigiosidade do principal litigante habitual no âmbito privado do país não faltam. As vantagens competitivas desse litigante não serão aumentadas ou diminuídas com a concretização de mecanismos, de um lado, para diminuir sua participação no polo passivo das demandas (como a utilização da mediação dentro das instituições financeiras no tratamento de conflitos envolvendo relações contratuais e de consumo), e, de outro lado, para reduzir drasticamente a atuação das instituições financeiras como requerentes em ações de cobrança judicial de dívidas (com a implementação da desjudicialização da execução civil). Portanto, entendemos que tais propostas são positivas tanto para clientes e usuários dos serviços bancários, quanto para as próprias instituições financeiras.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996**. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. **Lei 9.492, de 10 de setembro de 1997**. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L9492.htm#:~:text=1%C2%BA%20Protesto%20%C3%A9%20o%20ato,e%20outros%20documentos%20de%20d%C3%ADvida.&text=Art.,-2%C2%BA%20Os%20servi%C3%A7os&text=Ao%20apresentante%20ser%C3%A1%20entregue%20recibo,sua%20responsabilidade%20os%20dados%20fornecidos. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. **Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Brasília: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015** (Código de Processo Civil). Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 jul. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **100 maiores litigantes 2012**: ano-base 2011. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 13 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **100 maiores litigantes 2011**: ano-base 2010. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 13 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2021**: ano-base 2020. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2022.

CONSUMIDOR MODERNO. O epicentro da judicialização. In: **Revista Consumidor Moderno**, São Paulo, ano 22, n. 234, p. 56-58, abr. 2018.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar. Direito constitucional de recorrer e a judicialização da ineficiência empresarial. In: **Espaço jurídico Journal of Law**, v. 18, n. 2, p. 421-432, 2017.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Administração pública como litigante habitual**: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento de conflitos. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B9HHYR/1/tese__marcelo_veiga_franco.pdf. Acesso em: 29 jun. 2020.

GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente**: especulações sobre os limites da transformação no direito. Organizadora e tradutora: Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

GORETTI, Ricardo. **Gestão adequada de conflitos**: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto. Salvador: Juspodivm, 2019.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: Juspodivm, 2017.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

LARANJA, Anselmo Laghi. **Fundamentos constitucionais da desjudicialização e limitação do acesso do Estado ao Poder Judiciário**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito de Vitória, Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, 2018. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/bitstream/fdv/12/1/tese-anselmo-laghi-laranja.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022.

MACHADO, Daniel Carneiro. **A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo**: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal

de Minas Ferais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-AW8M3F/1/tese___incidente_de_resolu__o_de_demandas_repetitivas___daniel_carneiro__machado.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

MACHADO, Vitor Gonçalves. O art. 3º do CPC/2015 e o acesso à justiça. In: **Jusbrasil**, 2019. Disponível em: <https://vitormachado.jusbrasil.com.br/artigos/676544423/o-art-3-do-cpc-2015-e-o-acesso-a-justica>. Acesso em: 10 abr. 2020.

MACHADO, Vitor Gonçalves. Os maiores litigantes do Poder Judiciário brasileiro em processos de consumo. In: **Blogspot.com**, 22 ago. 2020. Disponível em: <http://professorvitormachado.blogspot.com/2020/08/os-maiores-litigantes-no-poder.html>. Acesso em: 23 ago. 2020.

MACHADO, Vitor Gonçalves; FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. A extinção (?) da dívida do empréstimo consignado em virtude de falecimento de cliente bancário e os “desacordos no direito”. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 13, n. 1, p. 104-120, nov. 2019. Disponível em: <https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/article/view/1011/33>. Acesso em: 28 ago. 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do “excesso de acesso”. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 21-46, jan./jun, 2012.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. Decifrando o Fórum João Mendes: o que os números nos dizem? In: **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v.4, n. 3, p. 10-22, out. 2017.

Busca e Apreensão e a Súmula 72 do STJ: seria a comprovação da mora um pressuposto processual para ajuizamento de ação?

Daniel Soares de Jesus Pinheiro*

Naiane Mota Tavares**

Introdução. 1 Direito do consumidor entre a proteção e a indulgência normativa. 2 O momento e a comprovação da mora no Decreto-Lei 911, de 1969. 3 O momento e a comprovação da mora na jurisprudência. 3.1 O momento e a comprovação da mora na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. 3.2 O momento e a comprovação da mora na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná. 4 Seria a comprovação da mora um pressuposto processual? Conclusão. Referências.

Resumo

A atuação do agente jurídico, independentemente da área de sua especialização, por vezes é confrontada por obstáculos decorrentes da insegurança jurídica verificada nas decisões judiciais de Tribunais. Esta pesquisa foi desenvolvida sobre a temática da comprovação da mora de consumidores em contratos de alienação fiduciária prevista no Decreto-Lei 911, de 1969. Diante disso, definiu-se como objetivo de pesquisa a qualificação da Súmula 72 do STJ (Superior Tribunal de Justiça) perante a atual norma processual civil. Por fim, este estudo buscou responder se a comprovação da mora seria um pressuposto processual da ação de busca e apreensão, ou se seria um requisito para deferimento da liminar de busca e apreensão.

Palavras-chave: Alienação fiduciária. Mora. Pressupostos processuais.

* Mestre em Direito pela Universidade La Salle. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UniRitter. Especialista em Advocacia Cível pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Procurador da Empresa de Trens Urbanos de Porto Alegre S.A. – TRENSURB.

** Acadêmica de Direito na Universidade do Extremo Sul Catarinense. Estagiária na Vara Única da Comarca de Forquilha/SC.

Search and seizure and STJ Precedent 72: will proof of late payment be a procedural prerequisite for filing an action?

Abstract

The performance of the legal agent, regardless of the area of his specialization, is sometimes confronted by obstacles arising from the legal uncertainty verified in the decisions of the Courts. This research was developed on the theme of proof of consumer arrears in fiduciary alienation contracts provided for in Decree-law n. 911/1969. In view of this, it was defined as a research objective to qualify Precedent 72, of the STJ (Higher Court of Justice) before the current civil procedural norm. Finally, this study sought to answer whether the proof of delay would be a procedural presupposition of the search and seizure action, or if it would be a requirement for granting the search and seizure injunction.

Keywords: *Fiduciary alienation. Delay. Procedural assumptions.*

Introdução

A atuação do agente jurídico, independentemente da área de sua especialização, por vezes é confrontada por obstáculos decorrentes da insegurança jurídica verificada nas decisões dos órgãos jurisdicionais.

Para minimizar os efeitos das divergências interpretativas das normas jurídicas, institutos como orientações jurisprudenciais, teses firmadas em recursos repetitivos e súmulas são editados.

Ocorre que, em determinados casos, mesmo com a edição desses institutos, a matéria que deveria estar pacificada permanece sendo alvo de discussão e de divergência interpretativa no âmbito dos Tribunais. A Súmula 72 do STJ é exemplo disso, pois, apesar de estabelecer a necessidade de comprovação da mora do consumidor para a busca e apreensão prevista no Decreto-Lei 911, de 1969, a interpretação sobre o momento que essa comprovação deve ocorrer gera divergência sobre a súmula.

Essa divergência se estabeleceu na possibilidade ou impossibilidade de a comprovação da mora do consumidor em contratos de alienação fiduciária ocorrer após o ajuizamento da ação de busca e apreensão. Portanto, tem-se delimitado o tema de pesquisa como “a comprovação da mora do consumidor em contratos de alienação fiduciária previsto no Decreto-Lei. 911/1969”.

O problema que se buscou responder com este estudo foi se a comprovação da mora seria um pressuposto processual. Apenas duas hipóteses foram consideradas ao estudo: a) a comprovação da mora é um pressuposto processual; e b) a comprovação da mora não é um pressuposto processual.

Apesar da polarização das hipóteses apresentadas, a resposta do problema não é simples, caso contrário não haveria divergência interpretativa sobre a Súmula 72 do STJ.

Conseqüentemente, tratando-se a matéria de relação de consumo e de direito processual civil, desenvolveu-se um paralelo entre as disciplinas que envolvem o estudo do tema. Isso porque, entendeu-se que a resposta do problema não estaria exclusivamente no estudo do processo, nem tampouco na abordagem imponderada dos direitos dos consumidores.

Diante disso, a resposta do problema se mostrou possível no desenvolvimento de uma perspectiva crítica sobre a relação de consumo, e na confrontação da Súmula 72 do STJ com a norma processual civil.

Buscando atingir o objetivo principal de qualificar a Súmula 72 do STJ perante a atual norma processual civil, estabeleceu-se os objetivos secundários de (i) distinguir consumo de consumismo; (ii) distinguir mora de comprovação da mora; (iii) distinguir processo de busca e apreensão de ato construtivo de busca e apreensão; e (iv) de analisar decisões colegiadas sobre o momento da comprovação da mora.

Após dificuldades para estabelecimento do método de pesquisa, optou-se por desenvolver o estudo empregando-se o método de pesquisa qualitativa de jurisprudência. O emprego desse método foi útil para a conclusão e elucidação do tema.

A apresentação da pesquisa está estruturada neste artigo em quatro tópicos de desenvolvimento: no primeiro tópico, intitulado “Direito do consumidor entre a proteção e a indulgência normativa”, foi abordada a relação de consumo e obstáculos normativos relacionados ao tema; no segundo tópico, intitulado “O momento e a comprovação da mora no Decreto-Lei. 911/1969”, foram abordados os elementos conceituais da mora do consumidor nos contratos de alienação fiduciária; no terceiro tópico, intitulado “O momento e a comprovação da mora na jurisprudência”, foram analisadas decisões de dois importantes Tribunais de Justiça; e no último tópico do desenvolvimento, intitulado “Seria a comprovação da mora um pressuposto processual?”, buscou-se responder o problema mediante a análise realizada sobre a jurisprudência e sobre a legislação vigente.

Considerando que o problema apresentado decorreu da insegurança jurídica que os autores verificaram na prática da advocacia, o desenvolvimento deste trabalho assumiu caráter essencialmente técnico-jurídico, e, apesar de considerar a leitura dogmática-normativa do ordenamento jurídico, acredita-se que a contribuição desta pesquisa atenderá mais à prática jurídica do que ao estudo estritamente teórico do tema.

I Direito do consumidor entre a proteção e a indulgência normativa

“O consumo e o desejo de consumir compõem a formação da identidade de cada um” (KAMINSKI, 2010, p. 37). Indissociavelmente, o consumo se insere na identidade de cada indivíduo, e, inserindo-se no cotidiano de cada pessoa, o consumo acaba por definir os indivíduos como sociedade.

Para Bauman (2008, p. 73), existe uma pressão que é exercida pela sociedade de consumo sobre os indivíduos desde a infância, e estende-se ao longo de suas vidas adultas, sob essa pressão cada agente social é ajustado para viver em um habitat que se tornou natural e que se estabelece “[...] em torno dos *shoppings centers* em que as mercadorias são procuradas, encontradas e adquiridas e nas ruas exibidas ao público para que sejam notadas e para dotar seus portadores de valor de mercado”.

Universalmente o consumo está estabelecido na sociedade, e, como um fenômeno social universal, as relações interpessoais cotidianas estão pautadas em maior ou menor grau sobre relações consumeristas. Ao afirmar que as relações sociais se pautam no consumo, quer-se dizer que, por mais trivial que seja a interação social, o ambiente em que ela se desenvolve ou os elementos que nela podem ser observados possuem relação com o consumo, isso quando a própria interação social não se consubstancia em uma relação consumerista.

No entanto, há de se distinguir consumo de consumismo. Para desenvolvimento desta pesquisa, considerou-se como consumo a última etapa da atividade econômica, consistente na compra de produtos e serviços pelo consumidor final.

O consumismo, no entanto, pode ser compreendido como um fenômeno social desarranjado do consumo, em que produtos ou serviços são adquiridos de forma impulsiva e pouco racional.

O limiar que distingue consumo de consumismo é, à primeira vista, o comportamento dos agentes sociais enquanto consumidores, qualificando-se a conduta do agente como consumismo sempre que a aquisição de produtos ou serviços puder ser definida como impulsiva e pouco racional.

Realizada essa análise preliminar, é possível compreender que a distinção entre consumo e consumismo não possuiria relação exclusiva com o produto ou serviço ofertado, tampouco com a forma de oferta desse produto ou serviço. Isso porque, tanto para o consumidor consciente quanto para o consumidor impulsivo, o produto ou serviço ofertado e a forma de oferta desse produto ou serviço são os mesmos.

Assim, por mais abusiva que fosse uma publicidade comercial, não se poderia ignorar que ela alcançaria todos os consumidores de forma idêntica. Sendo o produto ou serviço identicamente apresentado aos consumidores, a produção de comportamentos diversos entre os consumidores se estabelecerá na assimilação da publicidade e no senso de necessidade pelo produto ou serviço.

Segundo Ceneviva (1991, p. 121), “na economia consumista de massa, a vontade do consumidor – convencido ou não pela publicidade – é a de adquirir o bem ou serviço, que nem sempre corresponde a outra necessidade que não a da pressão consumista”. Decerto que há enorme distância entre o pensar e o agir propriamente dito, pois, enquanto o agir exige a prática do ato, o pensar está limitado à idealização da prática do ato.

Se a vontade de adquirir produtos e serviços pode ser considerada a mesma entre os consumidores de forma geral, a distinção entre o consumidor consciente e o consumidor impulsivo se estabelecerá na distância entre o agir e o pensar. Enquanto o consumidor impulsivo age sem muito pensar, o consumidor consciente racionaliza a sua vontade de adquirir, e racionalizando-a é capaz de estabelecer parâmetros do que lhe é necessário e do que lhe seria supérfluo, de modo que o seu desejo pelo produto ou serviço é contido em seu pensamento.

Não se ignora que por razões psicossociais, alguns consumidores têm maior propensão para o consumismo, no entanto, até mesmo essas propensões seriam inatas desses consumidores, não sendo possível atribuí-las irrestritamente à publicidade de produtos ou serviços, por mais abusivas que elas possam ser apresentadas.

Longe de defender publicidades abusivas ou qualquer outra forma de violação dos direitos dos consumidores. No entanto, atribuir ao consumidor responsabilidade por suas condutas parece ser a maneira mais pertinente de conscientização sobre o consumismo.

Não pareceria adequado atribuir irrestritamente a marcas renomadas ou grandes indústrias a responsabilidade exclusiva pela conduta impulsiva de consumidores. Oportunamente a proteção e defesa do consumidor, estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, encontra nas políticas públicas idealizadas com base nesse diploma normativo importantes ferramentas de equilíbrio para as relações consumeristas.

Como fenômeno social, em relação ao consumo e ao consumismo, sob a perspectiva de seus efeitos sociais, entende-se que podem ser associados ao sentimento de liberdade. Essa associação seria enfraquecida diante da compreensão de que a liberdade produzida pelo consumo, e sobretudo pelo consumismo, revelar-se-ia mais fictícia do que real, já que o sentimento de liberdade que decorre do ato de consumir significa apenas isso mesmo: a liberdade para o consumo.

Consequentemente, consumidores impulsivos consumiriam exageradamente para suprir o sentimento de liberdade que lhes falta. Entre o infindável número de produtos e serviços disponíveis, pode-se dizer que um produto específico possui significativa relevância para satisfação da necessidade de liberdade dos consumidores: o automóvel.

Além de ser um dos principais objetos dos contratos regulados pelo Decreto-Lei 911, de 1969, estudado nesta pesquisa, talvez poucos produtos despertem tanto o sentimento de liberdade do que o automóvel, e a liberdade proporcionada pelo automóvel não se restringe apenas ao sentimento de liberdade para o consumo, pois a autonomia de ir e vir torna o sentimento de liberdade do consumidor tangível.

Deveras, a liberdade de ir e vir não é supérflua, e pode ser estabelecida como uma necessidade. Com razão entende-se que:

[...] o automóvel encanta o homem e torna tão difícil conter o uso desta forma de locomoção (individual). Este fato pode ser claramente percebido na rejeição ao rodízio estabelecido tanto em São Paulo quanto em outras cidades: restringir o uso do automóvel implica restringir a única sensação de liberdade para além da liberdade formal; e é esta a dificuldade de superação tanto do automóvel como meio de transporte, quanto da modernização, pois é nos objetos produzidos por esta modernização, as mercadorias a serem consumidas, que se mostram as formas de satisfação, mesmo que ilusórias, do desejo de ser livre. (SCHOR, 1999. p. 113).

Por conseguinte, seja por necessidade ou por anseio incontrolável de sentir-se livre, o automóvel se localiza em posição destacada na vontade dos consumidores.

Mas o consumo como fenômeno social, ou o consumismo como variante desarranjada desse fenômeno social, mesmo que considerada a relação passional dos agentes sociais com o automóvel, independentemente da real necessidade de cada agente social, não poderia levar a uma confusão interpretativa entre defesa e proteção dos interesses dos consumidores e a infantilização desses consumidores perante o Poder Judiciário. Por essa razão, não se acredita que a celebrada inversão do ônus da prova, instituída pelo art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor tenha aplicabilidade irrestrita e imponderada em litígios envolvendo consumidores e fornecedores de produtos ou serviços.

Assim, resguardada a necessária proteção dos consumidores, sobretudo aqueles de fato mais suscetíveis a abusos, como crianças ou idosos, estimular o consumidor a incorporar o protagonismo sobre o “[...] seu patrimônio promove a transformação do consumidor infantilizado e hipersuscetível às práticas abusivas em alguém consciente dos seus gastos, capaz de fazer escolhas, espalhando, assim, o senso de responsabilidade” (MARTINS, 113-139, 2017).

2 O momento e a comprovação da mora no Decreto-Lei 911, de 1969

“O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, nos termos do entendimento pacificado pelo STJ em sua Súmula 297.

Estando as relações contratuais entre consumidores e instituições financeiras reguladas pela norma consumerista, é indiscutível que também o contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia corresponde a relação de consumo. Desse modo, de um lado a instituição financeira é qualificada pelo art. 3º do Código de Defesa do Consumidor como fornecedora de serviço, enquanto a pessoa que se beneficiou do contrato de financiamento, o financiado, é qualificada pelo art. 2º do citado diploma normativo como consumidor.

O consumidor goza de ampla proteção de seus direitos, e é a amplitude dessa proteção frente à instituição financeira que se coloca em discussão nesta pesquisa.

De imediato, é necessário compreender e impor os limites que distingam proteção do consumidor da mera interpretação normativa indulgente. Isso porque, conforme se verificou anteriormente, uma interpretação normativa indulgente sobre as relações de consumo infantiliza o consumidor, tornando-o irresponsável pelas próprias decisões financeiras, e transferindo essa responsabilidade às empresas com as quais ele se relaciona, e de certo modo também ao restante da sociedade.

Certamente não poderia se confundir a irresponsabilidade do consumidor sobre as suas próprias finanças com a violação dos direitos do consumidor ou com qualquer outra circunstância que torne a relação consumerista injusta. No entanto, excetuados esses casos específicos, as perspectivas sobre as relações de consumo aparentemente necessitam ser ponderadas, avaliadas e criticadas.

A merecida crítica das perspectivas sobre as relações de consumo não poderia se dar de forma generalista, sob pena de se reforçar eventuais violações ao direito dos consumidores. Diante disso, entende-se que é na crítica pontual da perspectiva de determinados procedimentos das relações de consumo que se poderá contribuir de forma efetiva para esse ramo do direito.

Apesar da evidente hipossuficiência do consumidor frente à instituição financeira, ele não poderia gozar de irrestrita proteção, daí a necessidade de se compreender e impor os limites que distingam proteção do consumidor da mera interpretação normativa indulgente.

Mormente, os litígios envolvendo relações de consumo possuem como principal pleito por parte dos consumidores a inversão do ônus probatório. De fato, a norma permite ao consumidor pleitear em juízo a inversão do ônus da prova, visto que, conforme determina o art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, corresponde a um direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Esse direito, embora basilar, não deve ser interpretado como absoluto, limitando-se à circunstância em que o consumidor se mostraria hipossuficiente para a produção de prova sobre matéria que o fornecedor de produto ou serviço exerça dominância técnica. Ou seja, compreende-se que a inversão do ônus da prova guarda relação com a própria atividade empresarial do fornecedor de produto ou serviço.

Pesquisando a inversão do ônus da prova em processos entre fornecedores e consumidores Lima e Sobrinho (p. 311-332, 2017), analisaram decisões e verificaram verdadeiro “[...] procedimento automático: todo consumidor tem direito à inversão do ônus da prova! A lei não previu tal procedimento. Não basta ser consumidor para que a inversão se produza automaticamente. Eis a constatação da falta de consistência teórica das decisões em tela”.

Embora na prática sua aplicação se mostre quase irrestrita, compreende-se que a relativização da inversão do ônus da prova se impõe como primeiro limite da proteção do consumidor. Assim, pode-se acrescentar à discussão o tema específico desta pesquisa: a mora no Decreto-Lei 911, de 1969, pois o primeiro aspecto que deve ser considerado nesta abordagem é que o consumidor não goza de proteção irrestrita, e o ônus probatório não deveria incidir somente sobre o fornecedor de produto ou serviço.

O Decreto-Lei 911, de 1969, estabelece normas procedimentais sobre a alienação fiduciária. O art. 2º do Decreto-Lei 911, de 1969, com a redação dada pela Lei 13.043, de 2014, estabelece que, ocorrendo inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais com alienação fiduciária em garantia, o credor (instituição financeira) poderá proceder a venda do bem, salvo se houver expressa disposição contratual em sentido contrário. A venda tratada pelo dispositivo normativo não depende de leilão ou qualquer medida judicial ou extrajudicial, e o valor obtido deve ser aplicado para saldar a dívida contratual.

Ocorre que a posse direta do bem alienado fiduciariamente, em regra, não se encontra com o credor do contrato de financiamento, mas sim com o consumidor. Por essa razão, o *caput* do art 3º do Decreto-Lei 911, de 1969, estabeleceu que a instituição financeira, comprovando a mora, poderá “[...] requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário”.

Destarte, tem-se no art. 3º do Decreto-Lei 911, de 1969, o fundamento jurídico para o ajuizamento da ação de busca e apreensão. A ação de busca e apreensão, como qualquer outra ação judicial, possui pressupostos processuais que necessitam ser observados.

Em primeira análise, um dos pressupostos processuais da ação de busca e apreensão decorreria da interpretação dada à Súmula 72 do STJ, que informa que “a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”.

Na leitura realizada sobre o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei 911, de 1969, com a redação dada pela Lei 13.043/2014, encontra-se a definição normativa do momento em que ocorre a mora, decorrendo-a “[...] do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário”.

O momento da mora, portanto, encontra-se definido no art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei 911, de 1969, e corresponde ao simples vencimento do prazo para pagamento da obrigação contratada pelo consumidor.

Denota-se que o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei 911, de 1969, ainda esclarece a forma de comprovação da mora, que pode ocorrer por carta registrada com aviso de recebimento. A comprovação da mora, portanto, foi estabelecida como ônus da instituição financeira, mesmo que a própria mora decorra de conduta omissiva do consumidor. É especificamente na forma de comprovação da mora que se originam problemas relacionados à regularidade da tramitação da ação de busca e apreensão, pois, o preenchimento do “pressuposto processual” da ação de busca e apreensão previsto na Súmula 72 do STJ, por vezes, foge da alçada da instituição financeira.

Nos termos do art. 22, inciso V, da Constituição Federal, é de competência privativa da União legislar sobre o serviço postal. Assim, ao legislar sobre o serviço postal, a União optou por manter a exploração desse serviço sob a sua tutela, cabendo apenas a ela a sua exploração, nos termos do art. 2º da Lei 6.538, de 1978.

Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46, o Tribunal Pleno do STF informou que “o serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo Decreto-Lei 509, de 10 de março de 1969”.

Por conseguinte, pela interpretação literal do Decreto-Lei 911, de 1969, apenas por meio de serviço prestado pelos Correios a instituição financeira poderia comprovar a mora do consumidor, e assim preencher o “pressuposto processual” para ajuizamento da ação de busca e apreensão.

Ocorre que o serviço dos Correios possui limitações estruturais e não abrange todas as localidades do território nacional.

Além das limitações estruturais dos Correios, a desídia ou má intenção do consumidor em informar o seu correto endereço no momento da contratação, ou de informar posterior alteração de seu endereço, impõe limitações ao atendimento da Súmula 72 do STJ. Os motivos previstos no aviso de recebimento para não entrega da carta registrada são: (i) Ausente; (ii) CEP incorreto; (iii) Desconhecido; (iv) Falecido; (v) Endereço insuficiente; (vi) Mudou-se; (vii) Não existe número indicado; (viii) Não procurado; (ix) Recusado; e (x) Outros.

Para fins de esclarecimento, o Ministério do Turismo editou em 2020 a Portaria 643, informando em seu art. 4º o significado de cada justificativa para devolução da correspondência com negativa de entrega da carta registrada com aviso de recebimento:

Art. 4º Para fins desta Portaria, adotam-se as definições abaixo para as justificativas de devolução indicadas pela Empresa Brasileira de Correios (ECT) no aviso de recebimento que acompanha cada notificação: I - Ausente: atesta-se quando o objeto for destinado a endereço comercial e não puder ser entregue, sendo indicada a data e a hora da tentativa de entrega; II - CEP incorreto: atesta-se quando o CEP inscrito na etiqueta não corresponder ao endereço indicado, anotando-se o CEP correto no campo observações do registro de não entrega; III - Desconhecido: atesta-se quando o destinatário for desconhecido no endereço indicado na etiqueta, anotando-se o nome do responsável pela informação; IV - Falecido: atesta-se quando o objeto não puder ser entregue devido ao falecimento do destinatário, anotando-se o nome do responsável pela informação; V - Endereço insuficiente: atesta-se quando o endereço não for suficiente para permitir sua localização, especificando a insuficiência; VI - Mudou-se: atesta-se quando o objeto não puder ser entregue por motivo da mudança de endereço do destinatário, anotando-se o nome do responsável pela informação; VII - Não existe número indicado: atesta-se quando o número indicado no endereçamento não existir; VIII - Não procurado: nota realizada pela Agência de Correios quando o destinatário não for buscar o objeto dentro do prazo estabelecido/estimado; IX - Recusado: atesta-se quando o objeto for recusado no endereço indicado, anotando-se o nome do responsável pela informação; e X - Outros: em qualquer situação não especificada acima que impossibilite a entrega do objeto, especificando-se a situação da impossibilidade. Exemplo: área urbana não atendida por distribuição domiciliar.

Nota-se, na informação contida no art. 4º da Portaria 643/2020 do Ministério do Turismo, que existem causas para a frustração da entrega da carta registrada com aviso de recebimento que decorrem do próprio destinatário da correspondência, como a informação de “ausente” ou “mudou-se”. Existem causas para frustração da entrega da carta registrada que poderiam ser imputáveis tanto ao consumidor quanto à instituição financeira, como informações constantes no aviso de recebimento indicando incorreção no endereço do consumidor. A incorreção no endereço do consumidor poderia ser atribuída à instituição financeira caso ela tenha se equivocado no preenchimento do endereço para entrega da carta, mas também poderia ser atribuída ao consumidor caso ele tenha informado erroneamente o seu endereço ou deixado de atualizá-lo.

Uma causa específica para frustração da entrega da carta registrada pode ser atribuída tanto ao consumidor quanto aos Correios, que é a de “não procurado”, pois, segundo indica o artigo 4º, inciso VIII, da Portaria 643 de 2020 do Ministério do Turismo, a referida informação corresponde a “nota realizada pela Agência de Correios quando o destinatário não for buscar o objeto dentro do prazo estabelecido/estimado”.

A informação “não procurado” no aviso de recebimento em que a entrega da carta não ocorreu revela a limitação estrutural dos Correios, pois, nos termos do art. 14, inciso III, alínea a, da Lei 6.538, de 1978, o objeto postal pode ser classificado de acordo com o local de entrega, de modo que a entrega será interna quando o objeto postal “[...] deva ser procurado e entregue em unidade de atendimento da empresa exploradora”. Por outro lado, a entrega será externa, quando o objeto postal “[...] deva ser entregue no endereço indicado pelo remetente”, nos termos da alínea b do mesmo dispositivo normativo.

Para a finalidade da Súmula 72 do STJ, o serviço dos Correios seria o único meio válido para a instituição financeira entregar ao consumidor a carta registrada com aviso de recebimento notificando-o de sua mora, mas ele se mostra precário em determinadas circunstâncias, em decorrência de deficiências estruturais relacionadas tanto com a amplitude territorial do serviço prestado, quanto com a limitação de horários de oferta dos serviços, visto que informações de “ausente” no aviso de recebimento ocorre porque as tentativas de entrega da carta registrada se dão em horário comercial, em que as pessoas geralmente estão trabalhando, e não em suas residências.

Diante da impossibilidade de se comprovar a mora por intermédio do serviço prestado pelos Correios, mesmo não se encontrando previsão normativa no Decreto-Lei 911, de 1969, há a possibilidade de ser comprovada a mora na forma prevista no art. 15 da Lei 9.492, de 1997, em que ficou estabelecido que “a intimação será feita por edital se a pessoa indicada para aceitar ou pagar for desconhecida, sua localização incerta ou ignorada, for residente ou domiciliada fora da competência territorial do Tabelionato, ou, ainda, ninguém se dispuser a receber a intimação no endereço fornecido pelo apresentante”.

Portanto, frustrada a entrega da carta registrada com aviso de recebimento pelos Correios, em tese, a instituição financeira ainda poderia notificar o consumidor de sua mora, e assim comprovar a sua ocorrência, através de notificação por edital.

3 O momento e a comprovação da mora na jurisprudência

No dia 14 de abril de 1993, a Segunda Seção do STJ, por meio do enunciado da Súmula 72, assentou o entendimento sobre a necessidade de comprovação da mora nas ações de busca e apreensão, no entanto isso não significa que a matéria envolvendo o momento dessa comprovação esteja pacificado nos tribunais, sobretudo com as significativas alterações na norma processual civil.

Não existe consenso nos Tribunais de Justiça sobre o momento da comprovação da mora, portanto, para compreender essa divergência jurisprudencial, e, por conseguinte, para encontrar qual seria a interpretação mais adequada sobre a Súmula 72 do STJ, pesquisou-se decisões colegiadas proferidas em dois importantes Tribunais: o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR).

Para desenvolvimento da pesquisa, pensou-se inicialmente em adotar o método quantitativo para apurar qual entendimento jurisprudencial possuía maior incidência nos julgados dos Tribunais. No entanto, esse método de pesquisa não seria suficientemente capaz de esclarecer a adequação de cada posicionamento jurisprudencial à norma vigente.

Para atender aos objetivos desta pesquisa, o método qualitativo se mostrou mais eficaz, de modo que os autores optaram por empregá-lo. Pelo método qualitativo os autores analisaram o teor de decisões colegiadas do TJSP e do TJPR, obtendo dados relevantes sobre as fundamentações jurídicas que sustentaram cada interpretação sobre o momento da comprovação da mora.

Estabelecido o método de pesquisa e limitada a pesquisa em dois importantes Tribunais de Justiça, foram analisadas doze decisões colegiadas, seis de cada Tribunal, sendo que das seis decisões analisadas de cada Tribunal, foram analisadas três decisões que estabeleceram a necessidade de comprovação da mora para ajuizamento da ação de busca e apreensão, e três decisões que estabeleceram a possibilidade de a comprovação da mora ocorrer após o ajuizamento da ação.

Empregando-se parâmetros de busca nos sistemas dos Tribunais, não foi possível encontrar resultados úteis para a pesquisa. Isso porque, dada a especificidade do tema estudado, enquanto no sistema de um Tribunal o parâmetro de busca retornava determinados resultados, no sistema

do outro Tribunal os resultados eram diversos ou inexistentes. Assim, sem estabelecer parâmetro de busca comum para ambos os Tribunais, diversas buscas nos sistemas foram realizadas até que fossem localizadas decisões cujos conteúdos estivessem especificamente relacionados com o problema desta pesquisa.

Para padronização da discussão e melhor desenvolvimento da pesquisa, as decisões estudadas foram proferidas na vigência do atual Código de Processo Civil, sendo a decisão mais antiga proferida em 2017 e a mais recente em 2022.

As decisões estudadas foram nove acórdãos proferidos em recurso de apelação e três acórdãos proferidos em agravo de instrumento.

A análise realizada sobre os acórdãos, além de estudar a argumentação desenvolvida pelos órgãos colegiados, respondeu quesitos objetivos, quais sejam: (i) a informação constante no aviso de recebimento da carta registrada; (ii) o amparo jurídico que fundamentou a decisão recorrida de primeira instância; (iii) se foi encaminhada nova notificação após o ajuizamento da ação; e (iii) a decisão do órgão colegiado.

Para melhor organizar o desenvolvimento deste trabalho de pesquisa, dividiu-se a exposição dos resultados em dois tópicos, o primeiro expondo as decisões do TJSP e o segundo expondo as decisões do TJPR.

3.1 O momento e a comprovação da mora na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

Dos seis acórdãos analisados do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), três foram proferidos sobre recursos de apelação e três foram proferidos sobre agravos de instrumento. Assim, os acórdãos estudados do TJSP foram: Apelação Cível 1010560-03.2021.8.26.0566, da 26ª Câmara de Direito Privado, julgada em 7/2/2022; Apelação Cível 1000386-96.2021.8.26.0286, da 31ª Câmara de Direito Privado, julgada em 27/10/2021; Apelação Cível 1001095-98.2021.8.26.0394, da 30ª Câmara de Direito Privado, julgada em 13/12/2021; Agravo de Instrumento 2003627-12.2022.8.26.0000, da 34ª Câmara de Direito Privado, julgado em 10/03/2022; Agravo de Instrumento 2008941-36.2022.8.26.0000, da 34ª Câmara de Direito Privado, julgado em 24/02/2022; e Agravo de Instrumento 2029253-33.2022.8.26.0000, da 31ª Câmara de Direito Privado, julgado em 8/3/2022.

Na Apelação Cível 1010560-03.2021.8.26.0566, verificou-se que, em primeira instância, houve o envio de carta registrada com aviso de recebimento para notificação do consumidor de sua mora antes do ajuizamento da ação, e ele retornou com a informação “não procurado”. A sentença proferida em primeira instância extinguiu a ação por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Após o ajuizamento da ação, não foi encaminhada nova carta registrada, e o órgão colegiado decidiu pela reforma da decisão de primeira instância para ordenar o retorno dos autos à origem com a finalidade de oportunizar a emenda à inicial para apresentação de notificação válida.

Para deliberar o retorno dos autos à primeira instância, reformando a decisão singular, a decisão colegiada destacou que:

[...] ficou evidenciada a ausência de oportunidade de apresentação de notificação válida por meio da emenda à inicial, conforme determina o artigo 321 do Código de Processo Civil e em atenção aos princípios da celeridade, economia processual e instrumentalidade das formas. (SÃO PAULO, 2022a).

Portanto, na Apelação Cível 1010560-03.2021.8.26.0566, o entendimento colegiado foi no sentido de que é possível a comprovação da mora após o ajuizamento da ação de busca e apreensão.

Na Apelação Cível 1000386-96.2021.8.26.0286, verificou-se que, em primeira instância, houve o envio de carta registrada com aviso de recebimento para notificação do consumidor de sua mora antes do ajuizamento da ação, e ele retornou com a informação “ausente”. A sentença proferida em primeira instância extinguiu a ação por: (i) carência de interesse processual; (ii) indeferimento da inicial; e (iii) ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Após o ajuizamento da ação, foi encaminhada nova notificação ao consumidor, e o órgão colegiado decidiu pela reforma da decisão de primeira instância para anular a decisão recorrida, determinando o retorno dos autos à origem para regular processamento.

Para deliberar o retorno dos autos à primeira instância, reformando a decisão singular, a decisão colegiada destacou que:

A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, e sua efetivação em momento posterior ao ajuizamento da ação não acarreta prejuízo ao réu, pois resta mantida a possibilidade de purgação da mora, com o pagamento da integralidade da dívida, no prazo legal. (SÃO PAULO, 2021b).

Portanto, na Apelação Cível 1000386-96.2021.8.26.0286, o entendimento colegiado foi no sentido de que é possível a comprovação da mora após o ajuizamento da ação de busca e apreensão.

Na Apelação Cível 1001095-98.2021.8.26.0394, verificou-se que, em primeira instância, houve o envio de carta registrada com aviso de recebimento para notificação do consumidor de sua mora antes do ajuizamento, e ele retornou com a informação “ausente”. A sentença proferida em primeira instância extinguiu a ação por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Após o ajuizamento da ação foi encaminhada nova notificação ao consumidor, e o órgão colegiado decidiu pela reforma da decisão de primeira instância para reputar válida a notificação extrajudicial, afastando-se a extinção e determinando o regular prosseguimento da ação.

Para deliberar o retorno dos autos à primeira instância, reformando a decisão singular, a decisão colegiada destacou que:

Não se mostra razoável impor ao autor a extinção do feito pelo simples fato da notificação ter se concretizado após a distribuição da ação, o que apenas fará com que o credor ingresse novamente em juízo com demanda idêntica e com base no mesmo documento que se reputou ter sido produzido de forma extemporânea. (SÃO PAULO, 2021a).

Portanto, na Apelação Cível 1001095-98.2021.8.26.0394, o entendimento colegiado foi no sentido de que é possível a comprovação da mora após o ajuizamento da ação de busca e apreensão.

No Agravo de Instrumento 2003627-12.2022.8.26.0000, verificou-se que, em primeira instância, houve o envio de carta registrada com aviso de recebimento para notificação do consumidor de sua mora antes do ajuizamento, e ele retornou com a informação “ausente”. A decisão interlocutória proferida em primeira instância determinou a regularização da constituição em mora do devedor. Após o ajuizamento da ação, não foi encaminhada nova notificação ao consumidor, e o órgão colegiado decidiu de ofício extinguir o processo sem resolução de mérito por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Para decidir pela extinção processual de ofício, a decisão colegiada destacou que:

[...] a comprovação da mora do devedor é um dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido do processo, imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente (Súm. 72, STJ). Vale dizer: não basta a mora; sua comunicação ao devedor é essencial e a exordial deve ser instruída com essa prova, que, como dito, deve anteceder o ajuizamento. (SÃO PAULO, 2022c).

Portanto, no Agravo de Instrumento 2003627-12.2022.8.26.0000, o entendimento colegiado foi no sentido de que a comprovação da mora é pressuposto processual da ação de busca e apreensão.

No Agravo de Instrumento 2008941-36.2022.8.26.0000, verificou-se que, em primeira instância, houve o envio de carta registrada com aviso de recebimento para notificação do consumidor de sua mora após o ajuizamento da ação, e ele retornou com a informação “ausente”, sendo que a decisão interlocutória proferida em primeira instância, reconhecendo como válida a notificação, deferiu a liminar de busca e apreensão em favor da instituição financeira. O órgão colegiado, por sua vez, decidiu de ofício extinguir o processo sem resolução de mérito por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, e condenou a fornecedora de serviço (instituição financeira) à restituição do veículo e ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da causa.

Para decidir pela extinção processual de ofício, a decisão colegiada destacou que:

O objetivo da notificação extrajudicial é a de conceder ao réu a possibilidade de purgar a mora e manter o contrato mediante pagamento apenas das prestações em atraso. No curso da ação de busca e apreensão, se quiser reaver o bem livre de ônus, o devedor deve pagar a integralidade da dívida pendente, parcelas vencidas e vincendas, conforme interpretação conferida ao art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei 911/69 pelo E. Superior Tribunal de Justiça REsp 1.418.593/MS. (SÃO PAULO, 2022d).

Portanto, no Agravo de Instrumento 2008941-36.2022.8.26.0000, o entendimento colegiado foi no sentido de que a comprovação da mora é pressuposto processual da ação de busca e apreensão.

No Agravo de Instrumento 2029253-33.2022.8.26.0000, verificou-se que, em primeira instância, houve o envio de carta registrada com aviso de recebimento para notificação do consumidor de sua mora antes do ajuizamento, e ele retornou com a informação “ausente”. A decisão interlocutória proferida em primeira instância intimou a instituição financeira a se manifestar sobre notificação, pois, o juízo entendeu que não foi atendida a comprovação da norma. O órgão colegiado, ratificando o entendimento do juízo singular, negou provimento ao recurso da instituição financeira.

Para ratificar a decisão de primeira instância, a decisão colegiada destacou que

É importante notar que as três tentativas de entrega da correspondência foram realizadas em horários muito próximos e nos quais a maioria das pessoas, de fato, ausenta-se de sua residência por estar em seu local de trabalho (fls. 46 autos principais). Assim, nos horários em que foi tentada a entrega da correspondência (entre 10 e 11 horas da manhã), dificilmente, o morador seria encontrado. (SÃO PAULO, 2022b).

Portanto, no Agravo de Instrumento 2029253-33.2022.8.26.0000, o entendimento colegiado foi no sentido de que a comprovação da mora é pressuposto processual da ação de busca e apreensão.

3.2 O momento e a comprovação da mora na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná

Os seis acórdãos analisados do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) foram proferidos sobre recursos de apelação. Assim, os acórdãos estudados do TJPR foram: Apelação Cível 0003396-74.2017.8.16.0193, da 7ª Câmara Cível, julgada em 12/3/2019; Apelação Cível 0002991-33.2020.8.16.0193, da 7ª Câmara Cível, julgada em 18/6/2021; Apelação Cível 0007554-80.2020.8.16.0028, da 6ª Câmara Cível, julgada em 9/8/2021; Apelação Cível 1581862-9, da 14ª Câmara Cível, julgada em 15/2/2017; Apelação Cível 0000324-83.2021.8.16.0017, da 8ª Câmara Cível, julgada em 6/12/2021; e Apelação Cível 0010276-13.2016.8.16.0001, da 18ª Câmara Cível, julgada em 11/4/2018.

Na Apelação Cível 0003396-74.2017.8.16.0193, verificou-se que, em primeira instância, houve o envio de carta registrada com aviso de recebimento para notificação do consumidor de sua mora antes do ajuizamento, e ela foi recebida por terceiro. A sentença proferida em primeira instância extinguiu a ação por indeferimento da petição inicial. Após o ajuizamento da ação, foi encaminhada nova carta registrada, e o órgão colegiado decidiu pela reforma da decisão de primeira instância para ordenar o retorno dos autos à origem para que fosse dado regular prosseguimento ao trâmite processual.

Para deliberar o retorno dos autos à primeira instância, reformando a decisão singular, a decisão colegiada destacou “[...] que, ainda que a referida notificação (seq. 17.1) tenha sido realizada posteriormente ao ajuizamento da Ação, fora cumprida anteriormente à citação do devedor, pelo que ausente qualquer prejuízo ao Réu” (PARANÁ, 2019). Portanto, na Apelação Cível 0003396-74.2017.8.16.0193, o entendimento colegiado foi no sentido de que é possível a comprovação da mora após o ajuizamento da ação de busca e apreensão.

Na Apelação Cível 0002991-33.2020.8.16.0193, verificou-se que, em primeira instância, não houve o envio de carta registrada com aviso de recebimento ao consumidor. A sentença proferida em primeira instância extinguiu a ação por indeferimento da petição inicial. Após o ajuizamento da ação foi encaminhada a notificação, e o órgão colegiado decidiu por cassar a sentença ordenando o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento ao feito.

Para deliberar o retorno dos autos à primeira instância, cassando-se a decisão singular, a decisão colegiada destacou que:

O entendimento sobre o tema da comprovação da mora, firmado na vigência do Código de Processo Civil anterior (1973), era no sentido de que, ausente a notificação da mora, o processo deveria ser extinto sem resolução do mérito, eis que se tratava de condição especial para o ajuizamento da Ação de Busca e Apreensão em Alienação Fiduciária. Destaque-se, a ausência da notificação ou mesmo sua invalidade acarretaria no indeferimento da petição inicial, não se falando em emenda da peça exordial, uma vez que descabida a implementação do inadimplemento após a instauração da demanda (PARANÁ, 2021b).

Frisa-se que o órgão colegiado estava tratando de entendimento cabível na vigência do revogado Código de Processo Civil de 1973, de modo que, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, a aplicação do referido entendimento se mostraria contrária aos princípios norteadores do atual diploma processual. Consequentemente, a decisão colegiada informou que:

Evidente que a regular constituição em mora do devedor é requisito da petição inicial da Ação de Busca e Apreensão, em observância ao Decreto-Lei 911/69. Entretanto, a ausência de notificação válida ou de instrumento de protesto, se refere a vício sanável, nos termos do Código de Processo Civil, nos termos dos artigos 317 e 321 [...]. (PARANÁ, 2021b).

Portanto, na Apelação Cível 0002991-33.2020.8.16.0193, o entendimento colegiado foi no sentido de que é possível a comprovação da mora após o ajuizamento da ação de busca e apreensão.

Na Apelação Cível 0007554-80.2020.8.16.0028, verificou-se que, em primeira instância, houve o envio de carta registrada com aviso de recebimento para notificação do consumidor de sua mora antes do ajuizamento, e ele retornou com a informação “ausente”. A sentença proferida em primeira instância extinguiu a ação por indeferimento da petição inicial. Após o ajuizamento da ação foi encaminhada nova notificação, e o órgão colegiado decidiu pela anulação da decisão de primeira instância para ordenar o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento do feito, com a apreciação, inclusive, do pedido de liminar e, posteriormente, ao pedido revisional contraposto apresentado pelo consumidor.

Para deliberar o retorno dos autos à primeira instância, reformando a decisão singular, a decisão colegiada destacou que:

Nesta etapa preliminar de verificação dos requisitos de procedibilidade da ação, sobretudo enquanto facultada a emenda, é perfeitamente aceitável a constituição em mora do devedor fiduciante, sem lhe proporcionar qualquer prejuízo, dando aproveitamento aos atos processuais realizados. (PARANÁ, 2021a).

Portanto, na Apelação Cível 0007554-80.2020.8.16.0028, o entendimento colegiado foi no sentido de que é possível a comprovação da mora após o ajuizamento da ação de busca e apreensão.

Na análise da Apelação Cível 1581862-9, verificou-se que não houve entrega de carta registrada com aviso de recebimento antes do ajuizamento da ação, e a sentença proferida em primeira instância extinguiu a ação por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, com fundamento no artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil de 1973. Após o ajuizamento da ação, foi encaminhada notificação, e o órgão colegiado decidiu que a notificação extrajudicial posterior ao ajuizamento da demanda não era válida para comprovar a mora do devedor, e assim negou provimento ao recurso da instituição financeira.

Para negar provimento ao recurso, a decisão colegiada destacou que a comprovação da “[...] mora em momento posterior ao ajuizamento da demanda incide no descumprimento da lei que prevê que a notificação deve se dar de maneira prévia, devendo ser extinto o feito sem resolução do mérito” (PARANÁ, 2017). Portanto, na Apelação Cível 1581862-9, o entendimento colegiado foi no sentido de que a comprovação da mora é pressuposto processual da ação de busca e apreensão.

Na Apelação Cível 0000324-83.2021.8.16.0017, verificou-se que, em primeira instância, houve o envio de carta registrada com aviso de recebimento para notificação do consumidor de sua mora antes do ajuizamento, e ele retornou com a informação “ausente”. A sentença proferida em primeira instância extinguiu a ação por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Após o ajuizamento da ação foi encaminhada nova notificação, e o órgão colegiado ratificou a decisão de primeira instância, mantendo a extinção processual.

Para negar provimento ao recurso, a decisão colegiada destacou que:

Como é sabido, a comprovação da constituição em mora do devedor é pressuposto de constituição válida do processo, devendo instruir, obrigatoriamente, a petição inicial [...] apesar da tentativa de constituição em mora do devedor, esta restou inegavelmente inexistente, uma vez que o devedor não tomou ciência da respectiva notificação extrajudicial, inexistindo, ainda, prova da mudança de endereço impossibilitando a entrega da notificação. (PARANÁ, 2021c).

Portanto, na Apelação Cível 0000324-83.2021.8.16.0017, o entendimento colegiado foi no sentido de que a comprovação da mora é pressuposto processual da ação de busca e apreensão.

Na Apelação Cível 0010276-13.2016.8.16.0001, verificou-se que, em primeira instância, houve o envio de carta registrada com aviso de recebimento para notificação do consumidor de sua mora antes do ajuizamento, no entanto a notificação foi entregue em endereço diverso daquele constante no contrato. A sentença proferida em primeira instância extinguiu a ação por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Após o ajuizamento da ação foi encaminhada nova notificação, e o órgão colegiado ratificou a decisão de primeira instância, mantendo a extinção processual.

Para negar provimento ao recurso, a decisão colegiada destacou que:

Tendo em vista que a notificação extrajudicial foi enviada para endereço diverso ao constante no contrato e que o instrumento de protesto apresentado nos autos, foi realizado em data posterior da distribuição da ação, tem-se que é inválida a constituição em mora do réu, pelo que a sentença não merece reforma. (PARANÁ, 2018).

Portanto, na Apelação Cível 0010276-13.2016.8.16.0001, o entendimento colegiado foi no sentido de que a comprovação da mora é pressuposto processual da ação de busca e apreensão.

4 Seria a comprovação da mora um pressuposto processual?

O entendimento jurisprudencial dos Tribunais estudados não é uníssono, podendo-se encontrar posicionamento que revela a possibilidade de a mora ser comprovada após o ajuizamento da ação de busca e apreensão, e posicionamento diverso, em que foi estabelecida a necessidade de a comprovação da mora anteceder o ajuizamento dessa ação.

Constatou-se, em algumas decisões analisadas, a interpretação normativa indulgente, como nas informações colhidas da Apelação Cível 1010560-03.2021.8.26.0566, em que a ação foi extinta por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo tendo a carta registrada com aviso de recebimento retornado com a informação “não procurado”. Ou seja, no referido caso, não se verificou preocupação do juízo de primeira instância em considerar a peculiaridade de a entrega da notificação fugir do controle da instituição financeira, visto que o “não procurado” revela a carência estrutural dos Correios, e não a desídia da parte.

A extinção da ação por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo se mostrou quase padronizada nos casos analisados, que supervalorizaram a proteção do consumidor frente à instituição financeira. No entanto, a extinção do processo prematuramente produz efeitos na relação jurídica entre a instituição financeira e o consumidor, sendo um desses efeitos a perpetuação da inadimplência contratual do consumidor.

Analisada a jurisprudência, cabe uma nova leitura da Súmula 72 do STJ: “a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”. Com olhar mais

atento, e com o conhecimento da divergência interpretativa sobre a matéria, ainda resta examinar a origem dessa divergência através da leitura conjunta da súmula, da jurisprudência e da legislação.

A necessidade de comprovação da mora está pacificada, no entanto ainda pende discussão sobre o momento de sua exigência no processo de busca e apreensão. A interpretação sobre esse momento, portanto, será importante para estabelecer a comprovação da mora como pressuposto processual ou não.

Primeiramente, não se pode olvidar que, diferentemente das demais relações jurídicas, a relação jurídica processual possui natureza de relação jurídica contínua. Assim, tem-se que o processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo, diferentemente da relação jurídica que constitui a matéria posta em debate no processo, que se apresenta concluída (BULOW, 1964).

Importa destacar que, apesar de a publicação do livro *“La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales”* (BULOW, 1964) datar da década de 1960, os conceitos nele desenvolvidos são atualmente empregados na doutrina, como nas publicações de Gonçalves (2020); Frio (2021); e Gaio Júnior e Jobim (2019).

Portanto, pode-se considerar como válida a tese de que a relação jurídica processual possui natureza de relação jurídica contínua. Na prática jurídica, a natureza de relação jurídica contínua do processo pode ser compreendida nos arts. 2º, 6º, 7º, 8º e 139, do Código de Processo Civil, por exemplo. Mas é no art. 329, inciso I, do Código de Processo Civil que o processo se revela possuidor de natureza de relação jurídica contínua, fornecendo, assim, amparo para compreensão da divergência interpretativa sobre a Súmula 72 do STJ no entendimento jurisprudencial.

Conforme o teor do art. 329, inciso I, do Código de Processo Civil, até o aperfeiçoamento da citação, o autor da ação poderá “[...] aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu”.

Ainda, caso o órgão jurisdicional entenda que a petição inicial não preenche os requisitos processuais, “[...] ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor [...] a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado”, conforme o art. 321 do Código de Processo Civil.

Acrescentando-se esses dois dispositivos processuais à leitura sobre a comprovação da mora, a sua interpretação como pressuposto processual começa a se tornar opaca.

No Decreto-Lei 911, de 1969, encontram-se elementos que podem refutar ainda mais a interpretação da comprovação da mora como pressuposto processual da ação de busca e apreensão. O primeiro desses elementos é o próprio termo “busca e apreensão”. O Decreto-Lei 911, de 1969, confere ao termo “busca e apreensão” dois significados: a busca e apreensão como ação judicial, conforme definição dada pelo artigo 3º, § 8º, do Decreto-Lei 911, de 1969: “a busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior”; e a busca e apreensão como procedimento construtivo para entrega da tutela jurisdicional no trâmite processual da ação de busca e apreensão, conforme entendimento do art. 3º, § 9º, do Decreto-Lei 911, de 1969, que foi incluído pela Lei 13.043, de 2014:

Ao decretar a busca e apreensão de veículo, o juiz, caso tenha acesso à base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores - RENAVAM, inserirá diretamente a restrição judicial na base de dados do Renavam, bem como retirará tal restrição após a apreensão. (BRASIL, 1969).

À primeira vista, não existiria distinção entre os significados do termo “busca e apreensão”, pois o procedimento construtivo de buscar e apreender o bem poderia ser confundido com o próprio

processo de busca e apreensão. Isso porque o processo de busca e apreensão tem como objeto central o bem alienado fiduciariamente, e como objetivo a apreensão desse bem. Ou seja, os significados do termo “busca e apreensão” poderiam ser confundidos porque o ato construtivo de busca e apreensão é o cerne do processo de busca e apreensão.

No entanto, enquanto o processo de busca e apreensão corresponde a um conjunto dos atos processuais, o procedimento construtivo de busca e apreensão corresponde apenas a esse único ato processual: buscar e apreender o bem alienado fiduciariamente.

Outro elemento do Decreto-Lei 911, de 1969, que afastaria a interpretação da comprovação da mora como pressuposto processual da ação de busca e apreensão é a discriminação da mora e da comprovação da mora.

Nos exatos termos do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei 911, de 1969, “a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento [...]”. Portanto, vencido o prazo para pagamento, a mora já está configurada. Em continuação, o artigo 2º, § 2º, do Decreto-Lei 911, de 1969, informa que a mora “[...] poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário”.

Percebe-se que se está tratando de duas ocorrências distintas, a mora que se concretiza na inércia do consumidor em pagar a dívida no prazo contratado; e a comprovação da mora que se concretizaria com a entrega de carta registrada com aviso de recebimento.

A comprovação da mora, portanto, mostra-se apenas como assessorio da própria mora, não possuindo existência autônoma, visto que a sua existência depende da prévia existência da mora. Ocorre que a interpretação da comprovação da mora como pressuposto processual confere a essa comprovação relevância semelhante à da própria mora.

Conforme tratado anteriormente, a forma de comprovação da mora é a entrega de carta registrada com aviso de recebimento, no entanto, por diversos motivos a carta pode não ser entregue. Diante disso, a interpretação da Súmula 72 do STJ para conferir à comprovação da mora *status* de pressuposto processual mostrar-se-ia paradoxal diante da atual legislação, pois, enquanto na ação de busca e apreensão exigir-se-ia a entrega de carta registrada com aviso de recebimento para o seu regular ajuizamento, em outras ações reguladas pelo direito processual civil o autor nem sequer necessita dispor da informação do endereço do réu.

Conforme disposto no art. 319, § 1º, do Código de Processo Civil, “caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção”. O inciso II do art. 319 do Código de Processo Civil, informa que na petição inicial será indicado “[...] o domicílio e a residência do autor e do réu”.

Por outro lado, a tese argumentativa em que se estabeleceu entendimento do cabimento da comprovação da mora após o ajuizamento da ação de busca e apreensão parece mais adequada à leitura conjunta da norma processual e da norma especial contida no Decreto-Lei 911, de 1969.

Enquanto a interpretação da comprovação da mora como pressuposto processual se mostrou conflitante com a interpretação da norma processual civil e com o próprio Decreto-Lei 911, de 1969, em nova leitura da Súmula 72 do STJ não se poderia deixar de notar que o entendimento nela exposto é claro ao informar que “a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”. A Súmula 72 do STJ não especificou se tratava do processo de busca e apreensão ou se tratava do ato construtivo de busca e apreensão. Apesar de o objetivo do processo de busca e apreensão ser o cumprimento do ato construtivo de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, os atos processuais contidos nesse processo não estão limitados ao procedimento construtivo de buscar e apreender o bem.

Conforme dispõe o art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei 911, de 1969, no prazo de cinco dias da apreensão do bem, o consumidor pode pagar a integralidade da dívida e reaver o veículo. Diante do direito previsto ao consumidor no art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei 911, de 1969, a ação de busca e apreensão acaba proporcionando à instituição financeira, afinal a possibilidade de pagamento da dívida, e não apenas a apreensão do veículo.

Por conseguinte, ante à atual norma processual civil não pareceria coerente a interpretação de que a “[...] busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”, tratada na Súmula 72 do STJ, expresse mais do que apenas a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, compreendendo-se, assim, que a mora pode ser comprovada após o ajuizamento da ação de busca e apreensão.

Então a expressão busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente constante na Súmula 72 do STJ significa apenas isso mesmo: o procedimento construtivo de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, e não a ação de busca e apreensão em sua totalidade.

As decisões estudadas que permitiram a comprovação da mora após o ajuizamento da ação de busca e apreensão se mostraram mais coerentes com a atual norma processual civil. Enquanto as decisões estudadas que interpretaram a comprovação da mora como pressuposto processual estavam atreladas a posicionamentos anteriores à nova normativa processual civil.

Foi encontrada decisão que esclareceu que:

O entendimento sobre o tema da comprovação da mora, firmado na vigência do Código de Processo Civil anterior (1973), era no sentido de que, ausente a notificação da mora, o processo deveria ser extinto sem resolução do mérito, eis que se tratava de condição especial para o ajuizamento da Ação de Busca e Apreensão em Alienação Fiduciária. Destaque-se, a ausência da notificação ou mesmo sua invalidade acarretaria no indeferimento da petição inicial, não se falando em emenda da peça exordial, uma vez que descabida a implementação do inadimplemento após a instauração da demanda. (PARANÁ, 2021b).

Nessa mesma decisão, o órgão colegiado acrescentou que era evidente que a regularidade da constituição em mora do devedor seria requisito da petição inicial da Ação de Busca e Apreensão, em decorrência do Decreto-Lei 911, de 1969, “[...] entretanto, a ausência de notificação válida ou de instrumento de protesto, se refere a vício sanável, nos termos do Código de Processo Civil, nos termos dos artigos 317 e 321 [...]”. (PARANÁ, 2021b).

A Súmula 72 do STJ data de 14 de abril de 1993, e um aspecto em comum das decisões que a interpretam para qualificar a comprovação da mora como pressuposto processual foi a ausência de ponderação cronológica sobre o seu teor. Ou seja, para interpretar a comprovação da mora como pressuposto processual foi necessário desprezar algumas alterações legislativas ocorridas desde 1993.

Afeitas a posicionamentos do passado, as decisões que rejeitaram a possibilidade de comprovação da mora após o ajuizamento da ação de busca e apreensão desprezaram um princípio basilar da norma processual civil: o princípio da primazia da decisão de mérito.

O atual Código de Processo Civil prestigiou o princípio da primazia da decisão de mérito em diversos enunciados. Iniciando nas normas fundamentais do processo civil, a atual legislação entabulou o ideal da primazia da decisão de mérito nos arts. 4º e 6º, e em outros artigos ao longo do texto normativo, como o art. 76; art. 139, inciso IX, em que o juiz é instruído a “determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”; e o já mencionado art. 321.

Não se nega que a comprovação da mora é necessária, no entanto a exigência de comprovação da mora anterior à propositura da ação sob pena de inviabilizar o seu regular ajuizamento conflita com a norma vigente, pois:

Nem todo ato processual defeituoso pode redundar em um juízo de inadmissibilidade do processo: é preciso que o defeito deste ato impeça que o objeto litigioso seja apreciado - e isso só acontece quando o ato processual está dentro da cadeia de atos do procedimento principal, estruturado para dar resposta ao quanto foi demandado. Se não comprometer a apreciação do mérito do procedimento principal, não poderá ser considerado requisito de validade do processo: ou será um requisito de validade do ato processual isoladamente considerado, ou será requisito de admissibilidade de um procedimento incidental ou recursal. (DIDIER JR. 2017. p. 352).

Não sendo suficientes os problemas decorrentes da interpretação da comprovação da mora como pressuposto processual, ainda é imposto como obstáculo à tramitação da ação de busca e apreensão a falta de esclarecimento do que seria o esgotamento das tentativas de notificar o consumidor. Isso porque, em casos em que o aviso de recebimento retorna como “não procurado”, por exemplo, independentemente da quantidade de cartas registradas que fossem encaminhadas, todas retornariam com a mesma informação no aviso de recebimento: “não procurado”. Ainda, em casos em que a carta registrada com aviso de recebimento retorna com a informação “ausente”, a instituição financeira não teria ingerência sobre a atividade dos Correios para instruí-los a tentar entregar a notificação em horário diverso daquele que os seus funcionários trabalham.

Corolário, entende-se que interpretar a Súmula 72 do STJ extensivamente para impor à instituição financeira a comprovação da mora como pressuposto processual para ajuizamento da ação de busca e apreensão é, afinal de contas, interpretar a norma indulgentemente ao consumidor e em prejuízo da relação consumerista estabelecida no contrato de alienação fiduciária em garantia, sobretudo ante a atual sistemática processual.

Conclusão

Estabelecendo limites na proteção dos direitos dos consumidores e desenvolvendo uma perspectiva mais apurada sobre os contratos de alienação fiduciária regulados pelo Decreto-Lei 911, de 1969, esta pesquisa foi desenvolvida para responder se atualmente seria cabível interpretar a comprovação da mora do consumidor prevista na Súmula 72 do STJ como um pressuposto processual para ajuizamento da ação de busca e apreensão.

Para responder ao problema de pesquisa, o desenvolvimento deste artigo tratou de dificuldades estruturais dos Correios, que é a única empresa juridicamente válida para que as instituições financeiras constituam o consumidor em mora, apesar de a mora decorrer do simples vencimento sem o pagamento de parcela contratual.

Além das dificuldades dos Correios, verificou-se que a interpretação normativa indulgente sobre a proteção do direito do consumidor o infantiliza, e o desenvolvimento dessa infantilização frente ao Poder Judiciário desenvolve uma perspectiva distorcida dos órgãos jurisdicionais sobre as relações consumeristas.

Diante disso, mesmo com as significativas alterações normativas, algumas decisões judiciais parecem vinculadas a posicionamentos já superados, desconsiderando que os ideais da atual norma processual civil não comportam posicionamentos que denegam à parte o direito de ação.

Não se desconsiderou a hipossuficiência do consumidor frente às instituições financeiras, no entanto, tendo ponderado a proteção conferida a eles no âmbito judicial, foi possível desenvolver olhar crítico sobre elementos pontuais nas relações de consumo. Ressalta-se que não se criticou o direito dos consumidores em si, mas o uso irrestrito desse direito em prejuízo do direito de ação da instituição financeira.

Enquanto as violações aos direitos dos consumidores merecem ser combatidas por intermédio de políticas públicas, sobretudo quando envolvem consumidores de vulnerabilidade mais acentuada, seria ingenuidade acreditar que denegar a instituições financeiras o direito de julgamento de mérito em ações de busca e apreensão não teria consequência econômico-social, como o aumento de taxas de juros ou a acentuação da limitação de crédito a determinados perfis de consumidores, por exemplo. Essas consequências não foram objeto deste trabalho, mas merecem ser estudadas, pois, ao serem estabelecidas, poder-se-á compreender de forma mais ampla como a infantilização do consumidor afeta a sociedade.

No que diz respeito ao tema desenvolvido, concluiu-se que, diante da leitura conjunta do Decreto-Lei 911, de 1969, e da norma processual civil, apenas a interpretação normativa que admite a comprovação da mora do consumidor após o ajuizamento da ação de busca e apreensão é compatível com o atual cenário jurídico-normativo brasileiro. Em outras palavras: a comprovação da mora nas ações de busca e apreensão não corresponde a um pressuposto processual para ajuizamento da ação.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo** – a transformação das pessoas em mercadoria. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 20 mar. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em 20 mar. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015. Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l13105impressao.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 911, de 1º de outubro de 1969**. Estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/delo911.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 6.538, de 22 de junho de 1978**. Dispõe sobre os Serviços Postais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6538.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 9.492, de 10 de setembro de 1997**. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19492.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Ministério do Turismo. **Portaria 643, de 17 de setembro de 2020**. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelo Ministério do Turismo quanto à notificação - pessoal, por via postal e por edital - de atos administrativos emanados em processos administrativos fiscalizatórios dos prestadores de serviços turísticos. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-643-de-17-de-setembro-de-2020-278154339>. Acesso em: 6 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Súmula 72**. A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. Julgado em 14/04/1993. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2009_5_capSumula72.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 297, STJ**. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Julgado em 12/04/2004. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADPF 46**. Relator Marco Aurélio, julgado em: 5 ago. 2009, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>. Acesso em: 13 mar. 2022.

BULOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein**. Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1964.

CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: RT, 1991.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

FRIO, Nikolai Bezerra. **Função social das convenções processuais: uma análise no plano da validade**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; JOBIM, Marco Félix. **Teorias do processo: dos clássicos aos contemporâneos**. v. I. Londrina, PR: Editora Thoth, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil - Esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

KAMINSKI, Evelise. Consumo: uma construção identitária cultural na sociedade contemporânea. **Rev. Estudos de Comunicação**. vol. 11. n. 24. p. 31-38. Curitiba, jan.-abr. 2010.

LIMA, Fernando Rister de Sousa; SOBRINHO, Maria Beatriz Crespo Ferreira. Ônus da prova e complexidade social – o uso indiscriminado da inversão do ônus previsto no CDC: para uma análise empírica dos Juizados Especiais Cíveis do estado do Rio de Janeiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 109, p. 311-332, 2017.

MARTINS, Guilherme Magalhães; MIGUEL, Laila Natal; ARAUJO, Stella de Souza Ribeiro de. O protagonismo judicial e o superendividamento dos consumidores no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 109, p. 113 – 139, 2017.

PARANÁ. TJPR. 14^a Câmara Cível. Apelação Cível n. 1581862-9. Relator Octavio Campos Fischer, Curitiba/PR, julgado em 15/02/2017. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

PARANÁ. TJPR. 18^a Câmara Cível. Apelação Cível n. 0010276-13.2016.8.16.0001. Relator Marcelo Gobbo Dalla Dea, Curitiba/PR, julgado em 11/04/2018. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

PARANÁ. TJPR. 6^a Câmara Cível. Apelação Cível n. 0007554-80.2020.8.16.0028. Relatora Lilian Romero, Curitiba/PR, julgado em 09/08/2021a. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

PARANÁ. TJPR. 7^a Câmara Cível. Apelação Cível n. 0002991-33.2020.8.16.0193. Relatora Fabiana Silveira Karam, Curitiba/PR, julgado em 18/06/2021b. Disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

PARANÁ. TJPR. 7^a Câmara Cível. Apelação Cível n. 0003396-74.2017.8.16.0193. Relator Mario Luiz Ramidoff, Curitiba/PR, julgado em 12/03/2019. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

PARANÁ. TJPR. 8^a Câmara Cível. Apelação Cível n. 0000324-83.2021.8.16.0017. Relator Marco Antonio Antoniassi, Curitiba/PR, julgado em 06/12/2021c. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

SÃO PAULO. TJSP. 26^a Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n. 1010560-03.2021.8.26.0566. Relator Vianna Cotrim, São Paulo/SP, julgado em 07/02/2022a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em: 13 mar. 2022.

SÃO PAULO. TJSP. 30^a Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n. 1001095-98.2021.8.26.0394. Relator Andrade Neto, São Paulo/SP, julgado em 13/12/2021a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em 13 mar. 2022.

SÃO PAULO. TJSP. 31^a Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento 2029253-33.2022.8.26.0000. Relator Adilson de Araujo, São Paulo/SP, julgado em 08/03/2022b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em 13 mar. 2022.

SÃO PAULO. TJSP. 31^a Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n. 1000386-96.2021.8.26.0286. Relator Paulo Ayrosa, São Paulo/SP, julgado em 27/10/2021b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em 13 mar. 2022.

SÃO PAULO. TJSP. 34^a Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento n. 2003627-12.2022.8.26.0000. Relator Gomes Varjão, São Paulo/SP, julgado em 10/03/2022c. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em: 13 mar. 2022.

SÃO PAULO. TJSP. 34^a Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento 2008941-36.2022.8.26.0000; Relator Gomes Varjão, São Paulo/SP, julgado em 24/02/2022d. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em: 13 mar. 2022.

SCHOR, Tatiana. **O automóvel e o desgaste social**. São Paulo em Perspectiva, v. 13, n. 3, 1999.

Moedas Digitais dos Bancos Centrais: comentários sobre o Projeto de Lei Complementar 9, de 2022

Luiz Felipe Horowitz Lopes*

Introdução. 1 Considerações gerais sobre a moeda. 1.1 Teorias jurídicas sobre a moeda. 2 A regulação no ciberespaço. 3 Considerações sobre as moedas digitais. 3.1 As moedas digitais de bancos centrais. 4 Comentários ao Projeto de Lei Complementar 9, de 2022. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica, analisa a conformação jurídica dos desenhos das *Central Bank Digital Currencies* (CBDC) no ordenamento jurídico. Partindo da concepção da moeda como uma instituição social complexa e essencial ao núcleo da liberdade nas economias de mercado, constituindo um conjunto de práticas empregadas para a mobilização de interesses, as CBDC são compreendidas como moeda no seu sentido jurídico-formal. Para a teoria da matriz ativa, porém, o sucesso ou o fracasso da regulação pode ser mensurado pela força gravitacional de certos agentes que assumem papéis de centralidade na economia de mercado, inclusive para solucionar as dificuldades de confiança. Assim, considerando o papel dos bancos centrais na atualidade, as CBDC poderão instituir importante instrumento em relações travadas no ciberespaço, sendo importante ao núcleo da liberdade na economia digital. Nas *wholesale CBDC*, há o melhoramento da implantação das reservas bancárias nos bancos centrais para fins de liquidação e pagamentos. Nas *retail CBDC*, os bancos centrais oferecem uma arquitetura direta, de modo a executar a política monetária mediante relacionamento direto com particulares, sendo chamadas de *account-based CBDC*, ou atuam indiretamente, fornecendo a arquitetura tecnológica de *e-money*, a ser transacionado livremente por entes privados, sendo chamada de *token-based CBDC*. Há situações híbridas, a exemplo da *official cryptocurrency*, emitida por entes públicos ou autorizados pelo Estado e sujeita a mecanismos de criptografia e confirmação descentralizada de transações, desvinculada de contas de reserva bancária nos bancos centrais. Defende-se que, além de mais propícia à adesão da comunidade, a opção da CBDC com a participação de intermediários pelo Projeto de Lei Complementar 9, de 2022, está em consonância com o desenho institucional previsto na Constituição, o qual não tornou despicienda a intermediação das instituições financeiras na condução de políticas monetárias. Porém, em relação ao dispositivo relativo ao tratamento e processamento de dados pessoais, a proposição legislativa aparenta estar eivada de vício de inconstitucionalidade material, pois impõe a responsabilização solidária do BC independentemente da existência de uma conduta administrativa da autarquia e da presença do nexo de causalidade entre a ação ou inação administrativa e os danos decorrentes de condutas de outras pessoas envolvidas no tratamento dos dados pessoais.

* Procurador do Banco Central. Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Especialista em Direito Empresarial pela FGV. Especialista em Direito Público pela UCS. Bacharel em Direito pela UnB.

Palavras-chave: Direito Econômico. Direito Digital. Sistema Financeiro Nacional. Banco Central. Moedas Digitais. Real Digital.

Central Bank Digital Currencies: Comments about the Projeto de Lei Complementar 9 of 2022

Abstract

The present work, through bibliographic research, analyzes the legal conformation of the designs of the Central Bank Digital Currencies (CBDC) in the legal system. Starting from the concept of currency as a complex social institution essential to the core of freedom in market economies, constituting a set of practices employed to mobilize interests, CBDC are understood as currencies in their legal-formal sense. However, according to the active matrix theory, the success or failure of regulation can be measured by the gravitational force of certain agents that take on central roles in the market economy, including to solve trust difficulties. Thus, considering the role of central banks today, the CBDC may establish an important instrument in relationships held in cyberspace, being important to the core of freedom in the digital economy. In wholesale CBDC, there is an improvement in the deployment of bank reserves in central banks for settlement and payment purposes. In retail CBDC, central banks offer a direct architecture, in order to execute monetary policy through a direct relationship with individuals, being called account-based CBDC, or act indirectly, providing the technological architecture of e-money, to be transacted freely by private entities, being called token-based CBDC. There are hybrid situations, such as official cryptocurrency, issued by public entities or authorized by the State and subject to encryption mechanisms and decentralized confirmation of transactions, disconnected from bank reserve accounts at central banks. It is argued that, in addition to being more conducive to community adherence, the CBDC option with the participation of intermediaries by the Projeto de Lei Complementar n. 9, of 2022, is in line with the institutional design provided for in the Constitution, which did not detract the intermediation of financial institutions in conducting monetary policies. However, in relation to the device relating to the treatment and processing of personal data, the legislative proposal appears to be riddled with a defect of material unconstitutionality, as it imposes joint and several liability on the BC regardless of the existence of an administrative conduct by the autarchy and the presence of a causal link between the administrative action or inaction and damages arising from the conduct of other persons involved in the processing of personal data.

Keywords: Economic Law. National Financial System. Central Bank. Digital Currencies. Real Digital.

Introdução

As *Central Bank Digital Currencies* (CBDC), ou moedas digitais de bancos centrais, têm sido objeto de intenso debate. Em setembro de 2021, Jerome Powell, *chair* do *Federal Reserve Board* (FED), a propósito, reconheceu a necessidade de discussão para a implementação do dólar digital nos Estados Unidos da América, destacando o peso da moeda norte americana no mundo.¹ Após um ano, afirmou que o dólar digital deveria pressupor a atuação de um intermediário, proteger a privacidade, ter a identidade verificada e ter interoperabilidade.² A China, por sua vez, já apresenta estágio avançado em relação à implementação do yuan digital.³ No Brasil, a implementação do Real Digital passou a fazer parte da Agenda BC#,⁴ em razão dos objetivos estratégicos do Banco Central do Brasil (BC), em especial a promoção da competitividade e da inovação no mercado financeiro.

Nessa medida, o presente artigo, por meio de pesquisa bibliográfica, apresenta algumas considerações acerca da conformação jurídica dos modelos de CBDC no ordenamento jurídico brasileiro. Na primeira parte, serão apresentadas algumas considerações acerca do entendimento sobre a moeda, inclusive sobre as teorias jurídicas que abordam o tema. Na segunda e terceira partes, serão analisados, respectivamente, o debate de como deveriam as relações travadas no ciberespaço ser reguladas e o modo como funcionam as moedas digitais, dando-se ênfase às possíveis formatações jurídico-institucionais das moedas digitais de bancos centrais. Por fim, o trabalho tece algumas considerações acerca do Projeto de Lei Complementar (PLP) 9, de 2022, concluindo pela adequação da escolha do modelo de CBDC e pela inconstitucionalidade do art. 5º, que prevê a responsabilização objetiva e solidária do BC e das instituições financeiras, instituições de pagamento e outras entidades submetidas ao seu poder de supervisão por falhas em políticas de segurança cibernética e por violações à legislação de proteção de dados pessoais.

I Considerações gerais sobre a moeda

Diz-se, comumente, que a moeda surge quando uma comunidade procura denominar e quantificar, de maneira mais homogênea possível, as relações entre seus membros, tornando-se, conseqüentemente, (1) meio de pagamento, havendo a convergência de comportamento dos agentes econômicos para assegurar a troca de bens, constituindo a moeda uma mercadoria de aceitação geral; (2) unidade de conta, de modo a possibilitar a quantificação do valor dos bens e dos serviços, servindo como um padrão de valor para referência; e (3) reserva de valor, representando a manutenção de um poder de compra ao ser entesourada ao longo do tempo.

Desan (2015, p. 21) acrescenta ser a moeda um método de representação e movimentação de recursos entre os membros de um grupo, produzido por uma engenharia jurídica e institucional. Assim, a moeda não é apenas uma mera referência para as relações comerciais, mas representa uma intervenção política capaz de modificar o relacionamento das pessoas com recursos e a própria

¹ <https://www.reuters.com/business/finance/us-fed-navigates-policy-minefield-with-impending-digital-dollar-report-2021-09-30/>.

² <https://www.moneytimes.com.br/o-dolar-digital-cbdc-precisa-ter-essas-quatro-caracteristicas-segundo-jerome-powell/>.

³ <https://www.moneytimes.com.br/china-ira-expandir-testes-com-yuan-digital-e-cny-para-novas-provincias/>

⁴ A Agenda BC# consiste na divulgação das intenções e dos objetivos estratégicos do BC durante a execução do Plano Estratégico Institucional (PEI) do período de 2020 a 2023, conforme sua missão institucional (estabilidade do poder de compra e solidez, eficiência e competitividade do sistema financeiro). Nesse sentido, os objetivos estratégicos da Agenda BC# são (1) cumprir as metas de inflação definidas pelo Conselho Monetário Nacional; (2) manter a estabilidade financeira nacional; (3) facilitar o acesso aos mercados financeiros; (4) melhorar a transparência, a qualidade e fluxo de informações; (5) incentivar a competitividade no Sistema Financeiro e no Sistema de Pagamentos; (6) estimular a poupança e a participação consciente no mercado; (7) promover finanças sustentáveis e contribuir para a redução de riscos socioambientais e climáticos na economia e no sistema financeiro; e (8) aprimoramento com inovação, com tecnologia e com o uso eficiente de recursos.

distribuição dos custos e dos lucros nas atividades econômicas. Por conseguinte, a despeito da prevalência da concepção “neutra” da moeda, inclusive bastante representativa na ortodoxia dos estudos da economia, a moeda não seria apenas uma mera referência para as relações comerciais, mas também constituiria uma forma de intervenção política e institucional, inclusive com o potencial de modificar o relacionamento das pessoas e a própria distribuição dos custos e dos lucros nas atividades econômicas.

Em outras palavras, a moeda consiste em um instrumento construído coletivamente, estando os custos e os benefícios de sua produção alocados diferentemente ao longo da história. Em razão do desenvolvimento das atividades financeiras, especialmente experimentado nas colônias inglesas na América no século XIX e no século XX, constata-se uma transformação no suprimento da moeda, passando da alocação de determinada *commodity* (ouro ou prata, em especial) para a impressão de papel-moeda, para a aceitação do governo do papel-moeda como meio de pagamento de tributos, para o financiamento público pelo sistema bancário e, em especial, para a autorização para o acolhimento de depósitos e a concessão de empréstimos aos particulares (DESAN, 2015, p. 33-35).

Com efeito, Jairo Saddi (2021, p. 36-37) rememora o debate ocorrido no século XIX acerca do *free banking*, que, com fulcro na visão liberal (*laissez faire*),⁵ entendia como inadequado o monopólio estatal de emissão de moeda, de tal sorte que o suprimento de moeda deveria ser definido pela demanda no âmbito do livre mercado (no caso, por meio das notas bancárias), e não por uma autoridade monetária. A propósito, Friedrich von Hayek chegou a defender o “Movimento da Moeda Livre”, argumentando que, para que não pereçam a livre iniciativa e a economia de mercado, “não temos escolha senão substituir os sistemas de monopólio governamental sobre a moeda e a moeda de curso legal por uma livre competição entre bancos emitentes privados” (HAYEK, 2011, p. 153).

Ocorre que a chamada *haute finance*⁶ do século XIX e do começo do século XX conduziu a uma série de transformações políticas e institucionais em relação aos pilares civilizatórios da época.⁷ No decorrer do século XIX, as oscilações do comércio exterior demandavam a redução de preços no mercado interno, em especial nos casos de depreciação cambial (escassez de moeda-mercadoria em relação à moeda simbólica). Tal situação foi agravada pela deflação desencadeada pelos conflitos bélicos do começo do século XX, culminando no abandono do padrão-ouro internacional, no surgimento de regimes totalitários na Europa e na elaboração do *New Deal* e revelando a insuficiência do mercado autorregulado da moeda (POLANYI, 2021, p. 79-88). Nesse momento, o *free banking* foi abandonado, e a atividade dos bancos centrais “substituiu o mecanismo autorregulador da oferta de crédito” (POLANYI, 2021, p. 310), de modo que a administração centralizada da moeda fiduciária nacional passou a conferir relativa segurança ao possibilitar o amortecimento de certos fatores externos na economia interna.

5 “Relativamente à criação da moeda como instrumento cunhado, a regra prevalente seguia a orientação liberal, isto é, era atividade deferida a qualquer agente econômico que dispusesse de metal precioso e o encaminhasse para os que cunhavam a moeda, dando-lhe forma especial; determinadas marcas apostas nas peças cunhadas asseguravam-lhes a qualidade pelo conteúdo de metal precioso.

A emissão de notas de banco, como adiante trataremos, em razão de determinado lastro de ouro ou prata coloca o problema de haver ou não necessidade de regulamentar a criação de moeda e em que medida essa atividade poderia permanecer como atribuição de setor privado.” (DE CHIARA, 1986, p. 18).

6 A *haute finance* é entendida como uma instituição *sui generis* que funcionava como elo entre a organização política e a organização econômica do mundo, fornecendo os instrumentos ao sistema de paz internacional de modo independente da comunidade internacional no plano das finanças internacionais e mantendo contato com os governos, com os corpos diplomáticos das soberanias e com os bancos centrais dos países (POLANYI, 2021, p. 59).

7 “A civilização do século XIX apoiava-se em quatro instituições. A primeira era o sistema de equilíbrio de poder, que preveniu a ocorrência de qualquer guerra prolongada e devastadora entre as grandes potências durante um século. A segunda era o padrão-ouro internacional, símbolo de uma organização única da economia mundial. A terceira era o mercado autorregulado, que produzia uma riqueza material sem precedentes. A quarta era o Estado liberal. Classificadas de uma maneira, duas dessas instituições eram econômicas, duas eram políticas. Classificadas de outra maneira, duas eram nacionais, duas eram internacionais. Em conjunto, determinavam os contornos característicos da história de nossa civilização.” (POLANYI, 2021, p. 53).

A crescente popularidade das criptomoedas reacendeu debate similar ao ocorrido no final do século XIX e início do século XX em relação ao monopólio da emissão de moeda pelo Estado, relativo à regulação do espaço virtual. Afinal, após a crise do *subprime* de 2008, alguns desenvolvedores de criptomoedas passaram a propugnar a substituição dos mecanismos tradicionais de emissão de moeda por operações algorítmicas realizadas de maneira imparcial por computadores, embora a moeda não seja um mero fenômeno econômico (FAMA *et al.*, 2019, p. 185). De qualquer forma, o debate acerca da competência para a emissão da moeda representou também mudanças em relação às teorias jurídicas sobre a moeda, conforme será exposto a seguir.

1.1 Teorias jurídicas sobre a moeda

Em 1892, Carl Menger ponderou que a teoria da moeda deve necessariamente pressupor a teoria do caráter comerciável dos bens (*theory of the saleableness of goods*). Dessa maneira, alguns bens podem ser mais vendáveis ou menos vendáveis conforme a maior ou menor facilidade para a comercialização no mercado em um determinado momento e a um determinado preço. Contudo, a prática e o hábito contribuem para a consolidação de certos bens comerciáveis como meios de troca por outros bens. Assim, a diferenciação do potencial de determinado bem como meio de troca surge de maneira gradativa, espontânea e não premeditada no mercado, em razão do somatório dos esforços dos indivíduos (MENGER, 2009, p. 38). Extraí-se, portanto, que a moeda teria uma origem consuetudinária e seria construída a partir da reiteração de relações contratuais firmadas em um determinado mercado.

Georg Friedrich Knapp, em 1905, apresentou a teoria estatal da moeda, compreendendo-a como um produto decorrente de uma fonte estatal. Os meios de pagamento (*means of payment*) não podem ser confundidos com as mercadorias de trocas (*exchanges-commodities*). As mercadorias de trocas, para serem meios de pagamento, dispensam uma aceitação geral e passam a ser reconhecidas como meios de pagamento pelos costumes e, posteriormente, pela lei. Por outro lado, nem todos os meios de pagamento serão mercadorias de trocas, sobretudo quando não puderem ser definidos como mercadorias, a exemplo do papel-moeda, por não apresentar outra utilidade senão a capacidade de troca.

A unidade de conta da moeda acaba por tornar desnecessária a comparação entre *commodities* ao longo do tempo, e os débitos decorrentes dessas relações assumem uma característica nominalista. Assim, tão logo seja substituído um meio de pagamento, a lei (1) deverá descrever o novo meio de pagamento a ser imediatamente reconhecido; (2) deverá estabelecer o nome para a nova unidade de conta e validar o novo meio de pagamento com o estabelecimento da unidade de conta; e (3) deverá estabelecer a relação entre a unidade de conta a ser utilizada e a unidade de conta que não mais será utilizada, ressaltando que o novo meio de pagamento será válido para adimplemento de obrigações contraídas durante o período anterior, isto é, terá o efeito liberatório decorrente do curso legal⁸ (KNAPP, 1924, p. 21).

8 Nesse sentido, impõe-se distinguir o curso legal da moeda, entendido como a vedação à recusa de determinada moeda como meio de pagamento, tornando compulsória a circulação desta, e o curso forçado da moeda, o qual, além da circulação compulsória, também veda a conversibilidade da moeda, de sorte a fazer prevalecer o valor nominal do instrumento monetário (DE CHIARA, 1986, p. 39-40). Em razão do curso legal da moeda nacional, discute-se na doutrina a natureza jurídica da moeda estrangeira. Para uma corrente, a moeda estrangeira perde a sua natureza jurídica de moeda e passa a ser considerada no plano interno como uma mercadoria. Para outra corrente, a moeda estrangeira não perde a sua natureza simplesmente pela ausência do curso legal (ver OLIVEIRA, 2009, p. 110-111).

Desse modo, a validade de moeda na sua gênese⁹ dependerá da proclamação legal – e, portanto, estatal no contexto moderno – no sentido de que determinada coisa sob determinada forma será válida como meio de pagamento e, independentemente de seu valor intrínseco (o que afasta o metalismo), representativa de certa unidade de conta (KNAPP, 1924, p. 30), assumindo, dessa forma, uma formatação cartal, sendo, por isso, também chamada de cartalismo (KNAPP, 1924, p. 31-33).

Mises ressalta que, sob o ponto de vista legal, a moeda não é o meio de troca comum (*commom medium of exchange*), mas o meio comum de pagamentos ou liquidação de débitos (*commom medium of payment or debt-settlement*). A moeda apenas se torna um meio de pagamento em virtude de sua aceitação generalizada como meio de troca pelo mercado, não tendo a sua gênese como um produto legal (isto é, de uma decisão estatal), mas em razão da ação livre dos particulares em eleger certa *commodity* como meio de troca (MISES, 2009, p. 69), ou seja, a moeda teria a sua origem no próprio mercado, e não no Estado. Assim, a teoria estatal da moeda não poderia ser considerada uma teoria monetária ruim, pois sequer seria uma teoria monetária, sendo incapaz de explicar o fenômeno (MISES, 2009, p. 468).

Na década de 1930, Arthur Nussbaum desenvolve a teoria social da moeda (*society theory of money*), segundo a qual a essência do conceito de moeda, diverso do conceito de *commodities*, residiria na referência exclusiva e imediata de uma coisa fungível (metal ou papel, por exemplo) a uma unidade ideal (dólar, libras esterlinas, francos, entre outros)¹⁰ – que, ao longo do tempo, revela uma separação entre a constância legal de valor e a variação do poder de compra –, sendo equivocado caracterizar a moeda pela sua função de meio de pagamento, justamente por pagamentos pressuporem a existência de débitos, e por débitos pressuporem o conhecimento do que seja moeda (NUSSBAUM, 1950, p. 12-18). A teoria social da moeda, assim, confirma o nominalismo e, embora reconheça uma conexão entre metais e moedas, aponta a inexistência do metalismo quanto à identificação de como certos objetos se transformam em moedas.

Ademais, a teoria social da moeda não nega o fato de que, normalmente, os Estados exercem seu poder sobre o dinheiro. Porém, há evidências no sentido de que as moedas podem circular independentemente de seu curso legal (*legal tender*), especialmente em circunstâncias específicas, a exemplo da adoção de moedas estrangeiras em momentos de elevada inflação ou em países dependentes sob a perspectiva econômica. Dessa forma, a hipótese da teoria de Knapp seria incapaz de dar respostas a tais situações anormais, sendo artificial em demasia (NUSSBAUM, 1950, p. 55-58).

Apesar de apontar sua limitação em relação às dívidas de valor,¹¹ Tullio Ascarelli corrobora a teoria social da moeda, ao reconhecer que as obrigações em dinheiro não possuem por objeto um

9 Em termos genéticos, os meios de pagamento pensatórios (*pensatory*), os quais dependem do peso de sua composição para a definição de seu valor, tendo uma natureza hilogênética (*hylogenesis*), tendem a surgir como amórficos e a passar a ser mórficos, conforme a necessidade ou desnecessidade de adoção de determinada formatação para serem considerados válidos como meios de pagamento. Em seguida, os meios de pagamento tendem a se transformar em proclamatórios (e cartais), assumindo necessariamente um caráter mórfico e dependente de uma declaração de validade de uma entidade soberana.

Os meios de pagamento proclamatórios, por sua vez, podem ser hilogênicos (*hylogenic*), conforme a necessidade de estarem atrelados a um metal (*hylic metal*) ou podem ser autogênicos (*autogenic*), os quais não decorrem da conversão de um metal em moeda (mas podem ser produzidos como discos de metais) e cuja validade surge a partir da proclamação estatal independentemente da necessidade de um *hylic metal* (KNAPP, 1924, p. 43-44). É importante registrar que, mesmo os meios de pagamento hilogênicos (pensatórios e proclamatórios), dependem de uma atribuição legal como meio de pagamento, tendo em vista a necessidade de se definir a unidade de conta conforme a unidade de peso de ouro, por exemplo.

10 Referente à função unidade de conta. Nussbaum critica a expressão unidade de conta em razão da sua imprecisão em relação ao fenômeno monetário.

11 Ascarelli distingue as dívidas em dinheiro e as dívidas de valor. Incide sobre as dívidas em dinheiro o princípio do valor nominal, pois a quantidade de moeda devida no pagamento é determinada pela sua correspondência à quantidade de moeda no momento da constituição da dívida. Por outro lado, às dívidas de valor não se aplica o aludido princípio em um primeiro momento, na medida em que deverão ser consideradas as oscilações monetárias ocorridas até o momento da liquidação, ocasião em que a dívida de valor ficará sujeita às regras gerais das dívidas em dinheiro e, pois, ao princípio do valor nominal (ASCARELLI, 2008, p. 294). Nessa quadra, afirmou que a tese de Nussbaum “é, parece-me, exata quanto ao débito de dinheiro, enquanto encarado nominalmente; duvido, ao contrário, da sua exatidão quanto ao débito em geral, divergindo, sob esse aspecto, de Nussbaum” (ASCARELLI, 2008, p. 273-274).

determinado peso de metal amoeado, um número específico de determinadas espécies monetárias ou um valor patrimonial em abstrato, mas um número de peças monetárias correspondentes a um múltiplo ou submúltiplo de uma unidade ideal básica do sistema monetário indicado, subordinando-se ao princípio do valor nominal da moeda (ASCARELLI, 2008, p. 273).

Tanto a definição da moeda como primariamente uma *commodity* intercambiável pelos costumes (conveniência) do mercado como a compreensão da moeda como um sistema nominalista de atribuição estatal de créditos e débitos acabam por ficar restritas à discussão acerca dos aspectos formais e funcionais¹² da moeda, de certa forma ignorando as possíveis discordâncias políticas sobre o propósito da moeda (EICH, 2022, p. 11). Daí a importância em considerar a moeda como uma instituição social¹³ complexa e essencial ao núcleo da liberdade nas economias de mercado, de sorte a reconhecer que suas funções ultrapassam a de meio de pagamento, a de unidade de conta e a de reserva de valores, e constituem um conjunto de práticas institucionais empregadas para a mobilização de interesses, seja por meio de relações de coordenação entre os agentes, seja por meio do conflito entre esses mesmos agentes (CASTRO; FERREIRA, 2018, p. 115-118). Afinal, as teorias jurídicas tradicionais sobre a moeda não parecem conferir a devida importância ao seu componente político (com algumas ressalvas à teoria social da moeda¹⁴) e tendem a reconhecê-la como algo neutro numa sociedade.

2 A regulação no ciberespaço

As chamadas moedas virtuais, mais especificamente as criptomoedas descentralizadas (*Bitcoin*, *Ethereum*, *USD Coin*, entre outras), foram concebidas para servir (em tese) como meio de pagamento, unidade de conta e reserva de valor aos membros de determinada comunidade virtual, sem a necessária equivalência com a moeda estatal corrente (BALDUCCINI *et al.*, 2015, p. 20; BINNIE; MARTINS, 2015, p. 203-205). Porém, antes de proceder ao seu exame em específico, impõe-se a examinar, ainda que de maneira superficial, a forma como as interações entre as normas jurídicas e as arquiteturas de *softwares* podem ocorrer no ciberespaço.

Inicialmente, na década de 1980 e nos primeiros meados da década de 1990, o movimento ciberlibertário manifestava-se no sentido de que a natureza da internet inviabilizaria as formas tradicionais de regulação, por ser um espaço não geográfico em que as barreiras tradicionais das fronteiras não existem (MURRAY, 2011, p. 198). Apenas a autorregulação seria efetiva, na medida em que os indivíduos poderiam facilmente burlar as determinações de jurisdições por intermédio da realocação do conteúdo e da atividade em outro espaço virtual. Por isso, os ciberlibertários costumam defender a ideia de imunidade à regulação e à coerção estatal das transações com

12 Aliás, é salutar o seguinte apontamento: “As distorções resultantes da parcialidade no tratamento do direito acadêmico, que se concentra no papel do jurista como guardião da ordem e deixa na obscuridade a sua função de facilitador da mudança, tem consequências incômodas, mas inescapáveis, para a prática jurídica. Nesse sentido, é possível perceber, por exemplo, que “[o] judiciário, apesar de seu espaço crescente, é conservador”. Torna-se claro ainda que a doutrina, embora seja “em tese mais ‘livre’ do que o juiz, também não tem contribuído aos avanços sociais aparentemente procurados pela constituição”. E torna-se patente que conceitos vazios são amplamente utilizados, de modo que “[a] estratégia discursiva jurídica tem sido de reificação”, sob a qual “os textos parecem entendidos como meros descritores de ‘coisas’ (natureza jurídica disso ou daquilo) e não como parte de procedimentos jurídicos em construção” (CASTRO, 2012, p. 233).

13 Ao compreender a moeda como uma instituição social projetada, Daniel Fideles Steinberg pondera ser ela “uma ferramenta jurídico-institucional de cunho coletivo, cujo vínculo entre os usuários pode ser consensual, o que não significa que o fato monetário seja espontâneo” (STEINBERG, 2022, p. 34-35), podendo assumir uma variedade de formas e usos. A moeda é projetada no sentido de que “sua diferenciação depende de ações reflexivas norteadas pelos diferentes mecanismos de governança existentes, decorrentes de inovações tecnológicas e/ou mudanças socioeconômicas” (STEINBERG, 2022, p. 35), constituindo o Direito uma importante ferramenta para a viabilização da governança monetária, permitindo a coexistência de diversos mecanismos de coordenação.

14 A teoria social da moeda reconhece a influência de discussões políticas, mas a teorização jurídica sobre a natureza da moeda e a sua concepção de unidade ideal não parecem ter considerado a relevância do componente político (ver NUSSBAUM, 1950, p. 116).

criptomoedas, em virtude da inexistência de um único ponto de controle nas redes de registro e autenticação (UHDRE, 2021, p. 108).

Em contraposição, já em meados seguintes da década de 1990, o ciberpaternalismo passou a propugnar a inconveniência da não regulação do ciberespaço, tendo em vista a possibilidade de se conferir abertura a condutas lesivas e reprováveis,¹⁵ tais como fraudes, pedofilia, ofensas pessoais, crimes financeiros, entre outras. O ciberpaternalismo é dividido em duas correntes: o ciberrealismo e o tecnodeterminismo. O ciberrealismo destaca ser falaciosa a concepção da internet como uma espécie de nova jurisdição na qual as regras tradicionais seriam inaplicáveis (*cyberspace fallacy*), na medida em que todo ator envolvido em transações e relações na internet possui uma existência no mundo real e está sujeito a um ordenamento jurídico. O tecnodeterminismo aponta que o arcabouço normativo para as atividades virtuais é construído a partir da interação dos atores do ciberespaço, desenvolvendo a concepção de *Lex Informatica* (análoga à *Lex Mercatoria*) e a ideia de que o código em si também seria uma das formas de regulação (MURRAY, 2011, p. 198-201).

A *Lex Informatica* é construída a partir dos padrões de arquitetura de um determinado programa, e não por meio de proposições decorrentes de um processo legislativo e, ao contrário do sistema normativo tradicional, não está restrita a espaços territoriais de jurisdições, mas incide sobre a rede como um todo, independentemente de fronteiras. O conteúdo da *Lex Informatica* é conformado pelas capacidades tecnológicas e pelas práticas costumeiras na rede, tendo por fonte a atividade de tecnólogos, independentemente de uma ação estatal direta. A customização de regras pela *Lex Informatica* não ocorre por intermédio da realização de negócios jurídicos, mas sim por meio da modificação da configuração tecnológica do programa. Por consequência, o processo de customização é bem menos custoso em relação à customização pela via jurídico-contratual, a exemplo das configurações fora da prateleira (*off-the-shelf configurations*), das configurações instaláveis ou das escolhas de configuração pelos próprios usuários. Por fim, a aplicação da *Lex Informatica* ocorre de maneira automática e autoexecutória, independentemente da intervenção de um terceiro (árbitro ou juiz, por exemplo) (REIDENBERG, 1997, p. 570-572).

Tendo vista tais características, verifica-se que a *Lex Informatica* possui três vantagens em relação à regulação jurídica tradicional. A primeira é que a aplicação da *Lex Informatica* não possui as restrições territoriais da jurisdição, na medida em que possui alcance além de fronteiras e não enfrenta o mesmo problema das escolhas relativas a qual ordenamento jurídico ou norma jurídica será aplicável em conflitos transfronteiriços (que demandam soluções pelo direito internacional) (REIDENBERG, 1997, p. 578). A segunda vantagem é a flexibilidade e a possibilidade de customização de regras para adequação a situações específicas da rede e para preservar as escolhas individuais dos participantes. A terceira vantagem consiste na melhor capacidade de *enforcement*, na medida em que a regulação jurídica, em geral, atua em momento posterior (*ex post*) às violações às regras, ao passo que a *Lex Informatica*, em geral, incide *ex ante*. Isto é, a adoção de condutas que venham a violar as regras pode ser previamente impedida pela própria arquitetura do programa (REIDENBERG, 1997, p. 579-580).

Conquanto a *Lex Informatica* possa substituir determinações legais nas circunstâncias em que as soluções tecnológicas possuírem um melhor desempenho em relação à conformação de comportamentos, a regulação jurídica tradicional pode servir como mecanismo de encorajamento para o desenvolvimento da arquitetura dos programas, seja por meio da imposição de responsabilidades aos atores da rede, seja por meio da criação de imunidades e de espaços de

¹⁵ Após a condenação dos criadores do site *Silk Road*, ambiente virtual em que diversas transações ilícitas eram realizadas, o debate acerca da regulamentação das criptomoedas passa a se intensificar.

proteção para a implementação de regras técnicas quando houver algum princípio fundamental em jogo (REIDENBERG, 1997, p. 583).

A propósito, Reidenberg destacou as tecnologias de aumento da privacidade (*privacy-enhancing technologies*) e as tecnologias de anonimização (*technologies of anonymity*), em especial por meio da criptografia, como mecanismo de customização de regras relativas a troca de mensagens, transações comerciais e navegação na internet (REIDENBERG, 1997, p. 574). Calha advertir, porém, que a flexibilidade das configurações tecnológicas traz novos desafios e novos riscos, porquanto as regras ali estabelecidas também poderiam ser burladas por outras configurações tecnológicas, demandando uma constante atualização da arquitetura do sistema.

Nesse sentido, as tecnologias de consenso e de confiança de criptomoedas buscam solucionar o “problema dos generais bizantinos”, em que se busca desenvolver um algoritmo com vistas a (1) garantir que todos os generais leais cheguem a um consenso sobre como agir, independentemente da decisão e da ação dos generais traidores; e (2) assegurar que o número de generais traidores não seja capaz de prejudicar o curso de ação dos generais leais (DANTAS *et al.*, 2020, p. 50). Assim, as criptomoedas podem ser (1) descentralizadas, quando se valem dessas tecnologias de consenso e de confiança, de sorte a substituir por um algoritmo (*proof of work*, *proof of stake*, entre outros) a intervenção de uma autoridade para confirmação da autenticidade de certa operação submetida a criptografia, ou podem ser (2) centralizadas, quando os dilemas relacionados à confiança são solucionados pela atuação de um intermediário (público ou privado) externo à relação (o que não necessariamente seria um impeditivo ao uso de tecnologias de consenso e de confiança).

No caso do *Bitcoin*, a troca ocorre diretamente (sem intermediação) entre os interessados, que não precisam se identificar pessoalmente, bastando que apresentem uns aos outros seus respectivos endereços virtuais, que, por sua vez, não necessariamente estão atrelados ao seu nome ou qualquer outro elemento de identificação real (BALDUCCINI *et al.*, 2015, p. 21).¹⁶ O *Bitcoin*, portanto, é uma criptomoeda descentralizada. O sistema, assim, assegura a autonomia plena e o tratamento equitativo dos integrantes da rede, o funcionamento contínuo e ininterrupto, a redundância da informação e a independência em relação a outros *hardwares*, outros sistemas operacionais e outros sistemas locais. Entretanto, há uma tendência de crescimento do grau de complexidade, o que eleva o tempo para a conclusão de cada transação (cerca de 10 minutos), e a remuneração pela mineração será reduzida sempre pela metade,¹⁷ de modo que o estoque de *bitcoins* irá crescer em uma velocidade cada vez menor até o limite de 21 milhões, demandando o aumento da capacidade computacional e elevando o consumo de energia elétrica. Tais problemas relacionados ao “código” do *Bitcoin* acabam por dificultar a sua utilização como meio de pagamento em um maior número de transações, em especial as transações de pequeno valor ocorridas de maneira corriqueira no varejo.

Contudo, a tecnologia de *blockchain* paulatinamente tem assumido a característica de uma tecnologia regulatória, isto é, de uma tecnologia que pode ser usada tanto para definir e incorporar

¹⁶ Calha esclarecer que, para a composição dos endereços virtuais das partes de uma operação no sistema do *Bitcoin*, há uma chave privada e, a partir desta, é extraída uma chave pública. Em razão da criptografia assimétrica, a operação que gera a chave pública a partir da chave privada é relativamente simples, mas a operação de obter a chave privada a partir da chave pública é extremamente complexa, tornando-se inviável em termos computacionais (DANTAS *et al.*, 2020, p. 55). Ao armazenar as chaves em um aplicativo (*wallet*), passa-se a deter *unspent transaction outputs* referenciados em *satoshis*, os quais poderão ser agrupados ou divididos, conforme um *software* da própria *wallet*, para realizar outras transações. A conclusão de uma transação dará ensejo à atribuição de um valor ao destinatário, à atribuição de uma taxa de transação ao minerador (responsável pela autenticação da operação) e à atribuição da quantia restante ao emitente (DANTAS *et al.*, 2020, p. 60).

Os mineradores atuam em um sistema de concorrência conforme a melhor performance computacional, de sorte que o vencedor comunicará aos demais nós da rede a solução do problema relativo à criptografia, os quais, por meio de um algoritmo de consenso (*proof of work*), confirmarão a validade da solução encontrada, ocorrendo o registro da operação em uma sequência de blocos encadeados na rede (*blockchain*) por meio de um código *hash* que terá como referência o código *hash* anterior (DANTAS *et al.*, 2020, p. 60).

¹⁷ Ressalte-se que, além da taxa da transação, o minerador é remunerado pela própria rede (*coinbase*). Atualmente, a remuneração elegível é de 6,25 BTC, o que equivale a R\$644.406,44 reais, segundo a cotação do dia 2 de setembro de 2022.

disposições contratuais como para reforçá-las independentemente de subsistir ou não uma regra legal subjacente (DE FILIPPI; HASSAN, 2016, p. 10), em especial em relação às *distributed autonomous organizations* (DAO),¹⁸ a exemplo da *Ethereum blockchain*, por meio de contratos inteligentes (*smart contracts*). Ocorre que os processos tecnológicos impostos unilateralmente por desenvolvedores de *softwares* não deveriam integral e exclusivamente subordinar o Direito, retirando deste o substrato democrático. Ademais, a automática execução de contratos por meio de máquinas prejudica a implementação de cláusulas mais flexíveis e abertas, as quais podem ser úteis para solucionar especificidades ao longo da relação contratual. Afinal, dada a incidência *ex ante* da tecnologia regulatória e o déficit de flexibilidade em suas regras, os programas que se valem do *blockchain* podem ser incapazes de distinguir situações e casos emblemáticos que possam demandar formas diversas de tratamento e em que medida esse tratamento deve ocorrer (DE FILIPPI; HASSAN, 2016, p. 12), a exemplo da teoria da imprevisão.

Nesse sentido, Lessig (2006, p. 121-125) afirma estarem os indivíduos (*dots*) submetidos à restrição de diversas espécies de reguladores no ciberespaço. O Direito e as convenções sociais não seriam apenas as únicas forças regulatórias, mas o próprio mercado, em razão do sistema de preços, seria uma forma de conformação de comportamentos. Além da atuação direta pela previsão de sanções por violações a direitos subjetivos, o Direito, com efeito, pode atuar de maneira indireta ao transformar a regulação do código ou influenciar as normas sociais e o comportamento dos agentes econômicos no mercado. Fala-se, assim, em “*code of law*” (código do Direito). O código (ou arquitetura) também é um regulador no ciberespaço porque define os termos pelos quais o ciberespaço será oferecido, e, por consequência, aqueles que definem tais termos reconhecem o próprio código como um meio para obter comportamentos em seu benefício. Fala-se, assim, em “*code as law*” (código como Direito).

Karen Yeung (2019, p. 215), com fulcro nos apontamentos de Lessig acerca do *code as law* e do *code of law*, identifica três posicionamentos da tecnologia¹⁹ em relação às determinações jurídicas tradicionais: (1) a evasão hostil, cujo objetivo consiste em afastar as restrições substantivas das normas jurídicas, resultando em uma dinâmica de gato e rato decorrente da luta pela prevalência em um determinado cenário; (2) o alinhamento eficiente, em que se verifica uma relação harmônica (na maioria das vezes) entre o *code of law* e o *code as law* (o código pode fomentar o *enforcement* das normas jurídicas convencionais ou pode existir uma interação de apoio mútuo entre o código e as normas jurídicas), admitindo os participantes a submissão às normas jurídicas, valendo-se a autora da representação das “alegrias de um casamento patriarcal”; e (3) o suporte a novas formas de coordenação e cooperação entre partes (*peer-to-peer*), aliviando as fricções transacionais (*alleviating transactional friction*) relacionadas com as normas jurídicas tradicionais, mas também caracterizada por uma coexistência desconfortável decorrente da mútua suspeita e de incertezas.

18 Em relação às DAO, De Filippi e Hassan (2021, p. 6) destacam: (1) a falta de clareza quanto ao nível da descentralização, isto é, se é suficiente definir a descentralização apenas na camada de infraestrutura ou se também deve ser implementada no nível de governança, de sorte que a DAO não deveria ser controlada por nenhum ator centralizado ou grupo de atores; (2) a indefinição quanto ao papel da participação humana, havendo dúvidas se uma DAO deve ser totalmente autônoma e totalmente automatizada ou se o conceito de “autonomia” deve ser interpretado em um sentido mais fraco; e (3) a indefinição quanto à caracterização como organização, tendo em vista que as interações ocorrem por meio de contratos inteligentes.

19 Embora o foco do estudo se refira às aplicações de *blockchain*, os apontamentos podem ser estendidos para outros casos.

Em complemento, Murray (2011, p. 202-208) confere maior relevância ao comunitarismo de rede (*network communitarianism*) e, com fulcro nos princípios da teoria do ator-rede,²⁰ propõe a *active matrix theory*. A teoria da matriz ativa reconhece o indivíduo como um ponto da própria rede e como integrante de uma comunidade maior, de maneira que, longe de estar isolado (e compreendido como um mero *dot*) e sujeito às forças regulatórias externas (código, Direito, mercado e convenções sociais, conforme Lessig), o indivíduo possui participação ativa na própria regulação, esta entendida como um processo discursivo e dialógico entre o indivíduo e a sociedade.

A teoria diferencia-se das teorias clássicas do ciberespaço, na medida em que (1) reposiciona o indivíduo como membro de uma comunidade em rede, a qual compartilha ideias, crenças, ideais e opiniões; e (2) reconhece que os fatores externos de regulação, como o Direito, as normas sociais e o mercado, extraem a sua legitimidade da própria comunidade, o que significa que o processo regulatório é, por sua própria natureza, dialogal, e apenas os arranjos regulatórios aceitos pela comunidade irão vincular a própria comunidade.

Além disso, Murray identifica a sobreposição entre as diversas redes do ciberespaço, o que tornaria alguns pontos da comunidade espécies de macronós com maior força gravitacional em relação ao ambiente ou *gatekeepers*²¹ com um variado impacto no controle do fluxo de informações. Note-se que a posição dos macronós lhes confere uma poderosa capacidade regulatória, embora não necessariamente eles tenham legitimidade. Ademais, o sucesso ou o fracasso da regulação pode ser mensurado pela força gravitacional dos nós em uma determinada comunidade do ciberespaço, o que destaca o enorme poder dos *gatekeepers* e o novo papel dos governos (e, por conseguinte, dos bancos centrais), em especial na economia digital.

Considerando que o sucesso ou o fracasso da regulação pode ser mensurado pela força gravitacional desses macronós, inclusive para solucionar as dificuldades de confiança²², e o peso dos bancos centrais como macronós nas relações econômicas, as CBDC poderão instituir importante instrumento em relações travadas no ciberespaço, sendo importante ao núcleo da liberdade, ao buscar a correção de dificuldades relativas à infraestrutura monetária na economia digital e ao buscar o alinhamento eficiente entre as novas formas de relacionamento no ciberespaço. Nesse sentido, impende proceder ao exame das moedas digitais e suas espécies, a fim de realizar o adequado reconhecimento jurídico das CBDC.

20 A teoria propõe a assunção de três deveres diferentes em sucessão para o estudo da experiência social: desdobramento, estabilização e composição. Primeiramente, impende desdobrar controvérsias e aferir o número de novos participantes num futuro agregado; depois, acompanhar o modo como os próprios atores estabilizam incertezas decorrentes dessas controvérsias, elaborando formatos, padrões e metrologias; e, por último, procura-se identificar como os grupos irão renovar o senso de existência no mesmo coletivo. Em breve síntese: "(...) a questão do social emerge quando os laços em que estamos enredados começam a se desfazer; o social é depois detectado graças aos surpreendentes movimentos de uma associação a outra; esses movimentos podem ser suspensos ou retomados; quando são prematuramente suspensos, o social normalmente constituído é agrupado com participantes já aceitos, chamados 'atores sociais', que são membros de uma 'sociedade'; quando o movimento em direção ao agrupamento é retomado, desenha o social como associações por meio de inúmeras entidades não sociais que, mais tarde, podem se tornar participantes; se conduzido sistematicamente, esse rastreamento às vezes termina numa definição partilhada de um mundo comum, que chamei de um coletivo; entretanto, não havendo procedimentos para torná-lo comum, ele não é agregado; e, por fim, a sociologia é mais bem definida como a disciplina em que os participantes, de maneira explícita, se empenham em reagrupar o coletivo." (LATOUR, 2012, p. 352)

21 A *network gatekeeping theory* refere-se, de maneira ampla, ao controle das informações quando perpassam por um filtro ou um portal e é associada ao exercício de alguma espécie de poder sobre essas informações. A teoria identifica o processo de controle sob quatro perspectivas. A primeira procura identificar o tipo de poder que o *gated* (titular das informações) possui em relação ao *gatekeeper* (controlador e processador das informações), a exemplo do exercício da iniciativa popular em relação à apresentação de projetos de lei, de modo a substituir a atuação dos parlamentares (tradicionalmente, compreendidos como *gatekeeper*). A segunda refere-se à produção das informações pelo *gated*, compreendendo a dualidade dessa produção, inclusive como tradução de diluição do próprio poder do *gatekeeper*. A terceira ressalta as relações entre o *gatekeeper* e o *gated*, apontando o dinamismo dessa relação com a frequente troca de papéis. E a quarta perspectiva de análise são as alternativas no contexto de controle do fluxo de informações disponíveis ao *gated* (BARZILAI-NAHOM, 2009, p. 1-79)

22 O setor financeiro é marcado por "problemas de confiança", os quais envolvem a vulnerabilidade econômica em relação ao fluxo de recursos e as incertezas inerentes ao futuro, inclusive em relação a fatores exógenos à relação estabelecida entre credores e devedores (CARRUTHERS, 2009, p. 367). Assim, terceiros em comum entre devedores e os credores podem funcionar como laço de união, ao fornecer informações confiáveis e ao corroborar a confiabilidade dos devedores, a exemplo da garantia de liquidez oferecida pelos bancos centrais no mercado interbancário.

3 Considerações sobre as moedas digitais

As moedas digitais são representações digitais referenciadas em alguma espécie de unidade de valor, não se confundindo com a moeda física, isto é, com o papel-moeda e a moeda metálica em poder do público e emitida por um banco central, e com a moeda escritural, isto é, com os depósitos à vista em bancos comerciais, caso em que a realização de uma operação meramente contábil no balancete do banco, lançando o depósito do lado do passivo e um empréstimo do lado do ativo, dará ensejo à ampliação da base monetária (CARVALHO *et al.*, 2015, p. 3-17).

As moedas digitais não possuem definição no ordenamento jurídico brasileiro. Somente a definição das moedas eletrônicas foi positivada, conforme se extrai do inciso VI do art. 6º da Lei 12.865, de 9 de outubro de 2013, e do § 1º do art. 3º da Resolução BCB 80, de 25 de março de 2021. Sendo espécie de moeda digital, as moedas eletrônicas correspondem aos recursos referenciados em moeda corrente (no Brasil, referenciados em Real), mantidos em algum mecanismo ou sistema eletrônico e atribuídos a um determinado usuário final de um arranjo de pagamento com vistas à realização de transações de pagamento.

As moedas virtuais também são espécies de moedas digitais – geralmente emitidas e controladas por seus criadores e utilizadas e aceitas como meio de pagamento em determinada comunidade em ambiente virtual –, mas, ao contrário das moedas eletrônicas, sem a necessária equivalência com a moeda estatal corrente. Assim, existem moedas virtuais que (1) apresentam relação unidirecional com as moedas reais, possibilitando a compra dessa moeda virtual com moeda real para aquisição de bens ou serviços em certa comunidade digital, a despeito da impossibilidade de reconversão dessas moedas virtuais para a moeda real; e que (2) apresentam cotação de compra e venda, possibilitando a conversão de moeda real em moeda virtual e, posteriormente, sua reconversão em moeda real, agindo de maneira muito semelhante às próprias moedas reais (BALDUCCINI *et al.*, 2015, p. 28). Nesse último caso, as relações de troca de moedas virtuais podem ser feitas hoje em plataformas mantidas por *exchanges*,²³ definidas na Instrução Normativa da SRF 1.888, de 3 de maio de 2019, como as pessoas jurídicas, ainda que não financeiras, que oferecem serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.

As criptomoedas, dessa maneira, podem ser definidas como espécies de moedas virtuais que viabilizam e asseguram a integridade e a autenticidade de transações entre partes (*peer-to-peer*) por meio de um *software* e resguardam a confidencialidade dessa mesma operação por um protocolo criptográfico. Excetuados certos casos, as criptomoedas, por serem aceitas como meio para troca em certo ambiente virtual específico, não equivalem a uma moeda estatal emitida e regulada pelas autoridades competentes (especialmente conforme a teoria estatal da moeda). Assim, no Brasil, as criptomoedas hoje existentes não poderiam ser consideradas propriamente como “moeda” no sentido jurídico-formal (*fiat money*), conforme se extrai do art. 21, inciso VII,

²³ As *exchanges* de criptoativos são definidas no art. 5º, inciso II, da Instrução Normativa da SRF 1.888, de 2019, como as pessoas jurídicas, ainda que não financeiras, que oferecem serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos. As *exchanges* podem ser centralizadas, quando houver uma representação de toda a transação em um sistema fora do *blockchain*, estando os criptoativos em nome da própria *exchange* para a custódia, a exemplo da Foxbit (GRUPENMACHER, 2019, p. 60-63), e podem ser descentralizadas, quando houver a disponibilização de um *software* capaz de permitir o encontro de compradores e vendedores e de possibilitar a realização de transações a serem registradas sem a participação de um intermediário, a exemplo da Coinbase (GRUPENMACHER, 2019, p. 81-83). As *exchanges* centralizadas têm por objetivo oferecer a liquidez dos ativos, ao passo que as *exchanges* descentralizadas almejam aproximar compradores e vendedores, tal como um *marketplace* (GRUPENMACHER, 2019, p. 84).

e art. 164, *caput*, ambos da Constituição, e do art. 1º, *caput*, da Lei 9.069, de 1995.²⁴ Tanto é que, no Comunicado 31.379, de 16 de novembro de 2017, foi destacada a ausência de regulação e de supervisão de operações com moedas virtuais pelo BC.

Entretanto, a Lei 14.478, de 21 de dezembro de 2022, buscou solucionar a ausência de regulação, ao atribuir competência para disciplinar e supervisionar a atividade desempenhada pelas prestadoras de serviço de ativos virtuais (ou *virtual asset service providers* – VASP).²⁵ No art. 3º da Lei 14.478, de 2022, os ativos virtuais são conceituados como “a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento”.²⁶ A referida definição não abarca (1) a moeda nacional e as moedas estrangeiras; (2) as moedas eletrônicas; (3) os instrumentos que provejam ao seu titular acesso a produtos ou serviços especificados ou a benefício proveniente desses produtos ou serviços, a exemplo de pontos e recompensas de programas de fidelidade; e (4) as representações de ativos cuja emissão, escrituração, negociação ou liquidação esteja prevista em lei ou regulamento, a exemplo de valores mobiliários e de ativos financeiros.

Em termos funcionais, os ativos virtuais podem ter como objetivo principal a realização de pagamentos, caso em que serão considerados *payment tokens*; a representação de valores mobiliários, caso em que serão considerados *security tokens*; e a viabilização de projetos variados, sendo chamados de *utility tokens* (UHDRE, 2021, p. 88-97).

A definição de ativo virtual da Lei 14.478, de 2022, possui um escopo mais amplo do que o conceito de criptoativo, previsto no art. 5º, inciso I, da Instrução Normativa da SRF 1.888, de 2019, porquanto esta espécie de ativo virtual se refere a uma unidade de conta, e a confidencialidade das suas operações é resguardada por um protocolo criptográfico. A integridade e a autenticidade dessas mesmas transações são garantidas por meio de tecnologias de registros distribuídos. Assim, se o ativo virtual em análise tiver sido criado para exercer a função de meio de troca e valer-se de protocolos de criptografia e de consenso, estar-se-á diante de uma criptomoeda.

As características dessa espécie permitem ao ativo virtual assumir a funcionalidade de “bem intermediário de troca” em uma dada comunidade virtual, embora não necessariamente possa existir clareza em relação ao desenvolvimento das funções de unidade de conta e de reserva de valor, típicas de uma moeda. Isso porque a volatilidade de algumas criptomoedas atenuou as respectivas capacidades de consolidarem-se como unidade de conta e como reserva de valor e limitou a utilização delas como meio de troca em transações corriqueiras (DELL'ERBA, 2019, p. 4-5).

A despeito do desenvolvimento das *stablecoins*, que são espécies de criptomoedas que surgiram como uma alternativa menos volátil às criptomoedas tradicionais, combinando-se com ativos e moedas de maior liquidez e qualidade (ouro ou dólares, por exemplo) ou valendo-se de mecanismos algorítmicos de estabilização de oferta com vistas a definir um valor mínimo de troca (DELL'ERBA, 2019, p. 7), alguns estudos empíricos demonstram que as criptomoedas, mesmo as *stablecoins*, passaram a ser utilizadas como ativos financeiros para especulação financeira, e não

²⁴ Para Daniel Fideles Steinberg, as criptomoedas devem ser consideradas moedas paralelas. As criptomoedas “dependem de confiança na criptografia e de consenso entre os usuários” (STEINBERG, 2022, p. 125) e “são criadas como moedas, isto é, com o objetivo de serem usadas como meio de pagamento”, representando um projeto monetário alternativo – paralelo – de sistema bancário. As moedas paralelas constituem instituições sociais projetadas, pois “há acomodação de intenções e interesses dos atores econômicos envolvidos” (STEINBERG, 2022, p. 134) e “há aceitação e repetição, com internalização de atos, mas também ações reflexivas oriundas de novas informações” (STEINBERG, 2022, p. 134). As novas práticas monetárias decorrem dessas ações reflexivas, as quais podem substituir as ações rotineiras, especialmente diante de estímulos advindos de inovações tecnológicas, de novos formatos de interação entre as partes interessadas e de mudanças ou crises econômicas (STEINBERG, 2022, p. 135-136).

²⁵ As prestadoras de serviços de ativos virtuais constituem gênero do qual são espécies as chamadas *exchanges* de criptoativos.

²⁶ A definição de ativo virtual, inclusive, é bastante similar à definição proposta pelo *Financial Action Task Force* (FATF), elaborado pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (Gafi), organização intergovernamental destinada ao combate e prevenção à lavagem de dinheiro na economia global.

para a realização de transações (FAMA *et al.*, 2019, p. 186), o que dificulta a sua utilização como moeda na prática.

Os ativos virtuais também podem ter por escopo a representação de valores mobiliários já existentes (*off-the-chain*) ou, nos termos dos incisos do art. 2º da Lei 6.385, de 7 de setembro de 1976, poderão constituir valores mobiliários por si sós (*on-the-chain*), caso em que serão considerados como *security tokens*. Calha assinalar que as criptomoedas não são consideradas valores mobiliários. Em geral, os valores mobiliários são títulos cuja eventual rentabilidade está atrelada ao sucesso de um empreendimento comum a diversos agentes, que partilham os riscos de certa atividade. Por outro lado, a lucratividade do investimento em criptomoedas decorre da interação da cotação desses ativos com a oferta e demanda por eles no mercado, não havendo que se falar na existência de um empreendimento conjunto para qual recursos serão revertidos (BALDUCCINI *et al.*, 2015, p. 30-31).

No Parecer de Orientação 40, de 18 de outubro de 2022, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) destacou que os ativos virtuais podem ser um valor mobiliário e “sua caracterização como tal dependerá da essência econômica dos direitos conferidos a seus titulares, bem como poderá depender da função que assumam ao longo do desempenho do projeto a ele relacionado”. Assim, algumas ofertas públicas de criptomoedas, as chamadas *Inicial Coin Offers* (ICO), podem se caracterizar como operações com valores mobiliários já sujeitas à legislação e à regulamentação específicas, devendo se conformar às regras aplicáveis.

Dessa forma, as operações de ICO devem submeter-se ao chamado *Howey Test*,²⁷ ocasião em que, para serem consideradas valores mobiliários, quatro características devem ser identificadas: (1) o investimento deve ser em dinheiro; (2) o empreendimento deve ser comum; (3) deve haver a expectativa de lucro; e (4) os rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros (DELL'ERBA, 2019, p. 31). Por isso, o parágrafo único do art. 1º e o inciso IV do art. 3º da Lei 14.478, de 2022, afastaram de seu âmbito normativo os ativos representativos de valores mobiliários, porquanto sujeitos ao regime da Lei 6.385, de 1976, preservando as competências da CVM.

Por último, o *utility token* constitui categoria residual, podendo servir para viabilizar economicamente projetos independentemente do oferecimento de contrapartidas (*founding token*), assegurar o direito de voto em um determinado empreendimento sem representar a titularidade de uma parcela do capital social de uma sociedade empresária (*voting token*), retribuir determinado comportamento em uma plataforma (*work token*) e ser a representação de um ativo tangível ou intangível (*non fungible token*) (UHDRE, 2021, p. 96).

As vantagens das tecnologias das moedas virtuais – não obstante as ideias anárquicas declaradas por seus desenvolvedores, inseridas em um movimento *cyberpunk* – contraditoriamente acabaram por chamar a atenção de grandes empresas de tecnologia (*BigTechs*), a exemplo do *Facebook*²⁸ (*Meta Platforms, Inc.*), e também despertaram o interesse de diversos governos (UHDRE, 2021, p. 52; KOSINSKI, 2021, p. 5) e, por conseguinte, dos bancos centrais, os quais passaram a estudar a implementação das CBDC.

²⁷ No Brasil, não se seguia a conceituação de *security* do direito norte-americano, preferindo o legislador apenas enumerar os valores mobiliários. Com o advento da Lei 10.198, de 14 de fevereiro de 2001, passaram a ser considerados valores mobiliários os títulos ou contratos de investimento coletivo, ofertados publicamente, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros. Assim, o legislador brasileiro passou a conferir maior amplitude à acepção do conceito de valor mobiliário, aproximando-se do direito norte-americano (EIZIRIK *et al.*, 2019, p. 90-94).

²⁸ A empresa chegou a propor a criação de uma moeda digital para seus usuários e, recentemente, lançou uma carteira digital (ver <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/10/19/ft-facebook-lana-carreira-de-moeda-digital-novi.ghml>).

3.1 As moedas digitais de bancos centrais

Nesse contexto, as CBDC podem ser definidas como espécie de moedas digitais emitidas por bancos centrais (portanto, centralizada e entendida como moeda no sentido jurídico-formal), constituindo inovação tecnológica e institucional emergente, cuja possível implementação tem sido estudada por diversas autoridades monetárias. Portanto, as CBDC, sob a perspectiva jurídica e com base no ordenamento jurídico, constituem categoria apartada dos ativos virtuais destinados à realização de pagamento (*payment tokens*) e, mais especificamente, separada das criptomoedas (entendidas como espécie de criptoativo, conforme comentado alhures), disciplinados pela Lei 14.478, de 2022, bem como das moedas eletrônicas, sujeitas ao regime da Lei 12.865, de 2013.

O *Bank for International Settlements* (BIS) recomendou²⁹ aos bancos centrais a adoção de três princípios³⁰ por ocasião da construção das CBDC pelos bancos centrais. O princípio da vedação ao retrocesso (*do no harm*) propugna que as novas formas de suprimento monetário devem assegurar o cumprimento dos objetivos de políticas públicas e não diminuir a capacidade dos bancos centrais em promover a estabilidade monetária e financeira. O princípio da coexistência (*coexistence*) ressalta a importância da continuidade da oferta de dinheiro existentes hoje, devendo a CBDC assumir uma função de complemento ao sistema monetário atual. O princípio da inovação e eficiência (*innovation and efficiency*), por fim, postula que os particulares devem ser livres para escolher quais meios de pagamentos serão usados, pois a contínua inovação e competição tornam os serviços de pagamento mais seguros, acessíveis e eficientes ao usuário final.

O BC, em março de 2023,³¹ divulgou as diretrizes principais para implementação da sua moeda digital, as quais podem ser sintetizadas (1) no fomento ao desenvolvimento de inovações com a incorporação de tecnologias, como os *smart contracts* e o dinheiro programável (dinheiro com uma finalidade pré-determinada eletronicamente); (2) no foco do uso de moedas digitais em operações *on line*, mantendo a possibilidade de realização de operações *off line*; (3) na emissão do Real Digital, com a distribuição ao público de *tokens* intermediada por entidades integrantes do sistema financeiro e do sistema de pagamentos; (4) na ausência de remuneração da moeda digital,³² de sorte a equiparar o valor desta ao valor da moeda física, mantendo o Real como reserva de valor e unidade de conta; (5) na adoção de solução tecnológica que possibilite o registro de ativos de diversas naturezas, a descentralização no provimento de produtos e serviços, a interoperabilidade e integração a sistemas transfronteiriços; e, mais importante para o escopo do presente trabalho, (6) na aderência a todos os princípios e regras de privacidade e segurança determinados, em especial, pela Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001 (Lei do Sigilo Bancário – LSB), e pela Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD).

Segundo Prasad (2021, p. 13), as CBDC, a depender da maneira como serão desenhadas, têm o potencial de afastar dificuldades na execução da política monetária e oferecer um sistema oficial de pagamentos eletrônicos mais inclusivo ao mercado financeiro e de ser mais efetiva em relação às

29 O BIS é uma organização internacional, criada em 1930, que fomenta a cooperação entre os bancos centrais e outras agências com vistas à estabilidade monetária e financeira. As suas recomendações não possuem a mesma força jurídica dos tratados internacionais, constituindo espécie de *soft law* no âmbito do direito internacional público, sendo o seu cumprimento mais uma recomendação do que uma obrigação propriamente (MAZZUOLI, 2018, 118).

30 Informação obtida em <https://www.bis.org/publ/othp33.pdf>. Acesso 23 out 2021.

31 Informação obtida em <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/667/noticia>. Acesso em: 7 maio 2023.

32 O fenômeno da senhoriação consiste no resultado financeiro positivo decorrente da emissão da moeda. No caso da CBDC, a senhoriação poderia ocorrer se os bancos centrais, ao receberem depósitos bancários sem qualquer remuneração ou prometerem remuneração com juros baixos, utilizarem os recursos para a aquisição de títulos com uma remuneração superior à remuneração concedida aos particulares (LABONTE; NELSON, 2021, p. 24-25). Note-se, porém, que as emissões excessivas de moeda podem ocasionar um aumento no nível de preços (CARVALHO *et al.*, 2015, p. 85).

transferências de renda ou ao incentivo ao crédito. Assim, a despeito das inúmeras conformações institucionais concebíveis (*de lege ferenda*) para as CBDC, é possível esboçar a seguinte tipologia geral para tais propostas: (1) *wholesale CBDC*: propõe o melhoramento da implantação das reservas bancárias nos bancos centrais para fins de liquidação e pagamentos, substituindo o sistema de liquidação bruta em tempo real (LBTR)³³ por tecnologias de *Distributed Ledger Technology* (DLT), a exemplo da tecnologia *blockchain* (PRASAD, 2021, p. 195; HSU; TSAI, 2021, p. 330); e (2) *retail CBDC*: referente à utilização da moeda por consumidores e empresários, podendo os bancos centrais valer-se de uma arquitetura direta (não há intermediação entre os bancos centrais e os particulares), indireta (a atuação dos bancos centrais depende de intermediários) ou híbrida (os bancos centrais atuam como liquidantes de cada operação individualizada ou de conjunto de operações em determinado período) (ver HSU; TSAI, 2021, p. 341).

Por sua vez, a *retail CBDC* poderia ser subdividida nas seguintes categorias principais: (2.a) *account-based CBDC*: possibilita a política monetária direta em relação aos particulares, permitindo que os bancos centrais possam efetuar a distribuição de dinheiro ou manipular a remuneração de contas de depósitos para afetar o consumo e o investimento, podendo, inclusive, estar integrado à política fiscal pelo endividamento público (CHIU, 2021, p. 265); (2.b) *token-based CBDC*: dinheiro digital (*e-money*) fornecido por uma arquitetura tecnológica dos bancos centrais e transacionado livremente por entes privados (CHIU, 2021, p. 267), tal como o e-Krona; (2.c) *official cryptocurrency*: moeda emitida por entes públicos ou autorizados pelo Estado, sujeita a mecanismos de criptografia e confirmação descentralizada de transações, independente da atuação de intermediários e desvinculada de contas de reserva bancária nos bancos centrais, a exemplo do Petro (PRASAD, 2021, p. 197; DIDENKO; BUCKLEY, 2019, p. 1089-1090).³⁴

Tais arranjos institucionais poderiam ser importantes não apenas em recessões graves, a exemplo da crise do *subprime* de 2008, da pandemia da Covid-19 ou da Guerra na Ucrânia, mas também em momentos normais, ao permitirem, por exemplo, o controle do consumo e do investimento pela definição da remuneração de uma conta de moeda digital emitida por banco central (*account-based CBDC*), sem a necessidade de manipulação dos depósitos compulsórios e da realização de operações de *open market* ou operações de redesconto (PRASAD, 2021, p. 206).

Contudo, novos riscos poderão surgir ou antigos problemas poderão ser agravados com o advento de tais transformações, tais como a maior suscetibilidade a ataques cibernéticos (vulnerabilidade tecnológica), os custos para criação e para a operacionalização das transações (o que envolve problemas de acessibilidade a tecnologias pela população) e a inviabilização da atividade de instituições financeiras (decorrente da concorrência direta com os bancos centrais pelos depósitos bancários). A propósito, Prates (2021, p. 224-225), conquanto identifique o relevante potencial

33 Com as transformações da economia brasileira, especialmente no mercado financeiro, foi iniciado, no final da década de 1990 e início da década de 2000, um projeto de reformulação do sistema de pagamentos, dada a insuficiência dos instrumentos vigentes, especialmente no tocante ao gerenciamento do risco sistêmico, à ausência de transferência de valores com liquidação bruta em tempo real (LBTR) e ao regime operacional da conta reservas bancárias. À época, o BC acabava por desempenhar o papel de garantidor de operações de transferências de fundos que cursaram pelas contas de reservas bancárias nos casos em que uma instituição não encaminhasse, no encerramento do dia, os recursos necessários à satisfação das ordens, ampliando em demasia o risco sistêmico no caso de insolvência das instituições financeiras (ver AGUIAR JÚNIOR, 2001, p. 51). Por isso, a Lei 10.214, de 2001, ao dispor sobre a atividade das câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação, criou importantes mecanismos de redução do risco sistêmico, desenvolvendo ambiente seguro à ampliação de serviços de transferências de fundos. Com base no art. 10 da Lei 10.214, de 2001, criou-se o Sistema de Transferências de Recursos (STR), por meio da Circular 3.100, de 28 de março de 2002, atualmente regulamentado pela Resolução BCB 105, de 9 de junho de 2021, o qual, no art. 3º, § 1º, prevê o mecanismo de liquidação bruta em tempo real.

34 A propósito, Didenko e Buckley (2019, p. 1090) comentam que o foco da moeda “deve estar nos mecanismos utilizados pelo Estado para promover a circulação da nova moeda como meio de troca”, pois “[a] aceitação de uma moeda por um Estado para pagamentos de obrigações para com ele é uma característica definidora de moedas oficiais”. Dessa forma, a categoria possui a peculiaridade de ser “uma moeda oficial oferecida não por emissão de um banco central da maneira usual, mas em uma ICO”, de tal sorte que a oferta dessa moeda estaria limitada até que haja nova emissão em outra ICO (tradução livre).

transformador da *account-based* CBDC, em razão da relação direta entre os bancos centrais e as pessoas, agindo como um “Banco Central para todos”, sublinha os riscos à estabilidade financeira no caso de sua adoção imponderada.

A escolha do modelo institucional da CBDC não apenas poderá afetar a estabilidade do sistema financeiro, tal como ressaltado por Prates (o que poderia contrariar o disposto no art. 192 da Constituição e no art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar 179, de 24 de fevereiro de 2021), mas também poderá ter repercussões em relação à tutela da privacidade, em especial em razão dos incrementos promovidos no tocante à rastreabilidade dos recursos financeiros, à auditoria de operações financeiras e à supervisão do sistema financeiro.

Afinal, os dados obtidos por meio das moedas digitais são capazes de revelar informações e padrões de comportamento dos indivíduos que venham a ter qualquer espécie de transação no âmbito do sistema financeiro, sobretudo quando combinados com outros dados. Nesse sentido, poderiam ser identificados opositores políticos e suas relações, poderia ser minada a atuação política de dissidentes por meio da criação de empecilhos ao financiamento de protestos, poderiam ser suprimidos movimentos sociais, entre outras medidas de cunho autoritário (PRASAD, 2021, p. 238). Não por outro motivo, há manifestações em debates públicos³⁵ no sentido de que a CBDC poderia constituir vilipêndio à privacidade dos cidadãos.

A despeito da legitimidade das preocupações em relação ao tratamento dos dados e às violações das espécies de sigilo envolvidas em transações financeiras, Prasad (2021, p. 238-239) bem destaca constituírem as CBDC apenas uma ferramenta digital, sendo equivocada (em circunstâncias normais) a noção de que o governo (atuando de maneira legítima) subverteria sua moeda digital, com vistas a transformá-la em uma arma de vigilância contra seus cidadãos. Evidentemente, o ordenamento jurídico vigente não comportaria a criação de uma CBDC nesses termos, sendo falsa a ideia de haver um necessário *trade-off* entre os seus benefícios e os abusos à privacidade dos cidadãos.

Apesar das diretrizes divulgadas pelo BC mencionadas acima e das notícias sobre a intenção de implementação de uma moeda digital,³⁶ ainda não foi apresentada formalmente pelo Presidente da República uma proposição legislativa com vistas a disciplinar o Real Digital. Contudo, isso não impede a apresentação de projetos de lei por iniciativa parlamentar na forma do art. 48, inciso XIII, da Constituição, tal como o PLP 9, de 2022, examinado a seguir.

4 Comentários ao Projeto de Lei Complementar 9, de 2022

Tendo em vista os princípios da coexistência e da inovação e eficiência para a regulamentação das CBDC, verifica-se a rejeição do modelo *account-based* pelo PLP 9, de 2022, ao conferir nova redação ao art. 12, § 1º, da Lei 4.595, de 1964, no sentido de que “[a]s carteiras digitais de pessoas naturais e jurídicas, necessárias à operação e circulação de moeda digital, serão disponibilizadas pelas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil”. Há posicionamento crítico no sentido de que a *account-based* CBDC é o modelo que possui o melhor potencial transformador do sistema monetário, em razão da ampliação da inclusão financeira, da facilitação do uso dos instrumentos destinados à estabilidade financeira e da diminuição de tarifas para varejistas e consumidores (CRAWFORD *et al.*, 2021, p. 119).

35 Nesse sentido: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/04/moeda-digital-expoe-debate-sobre-risco-a-privacidade.shtml>. Acesso em: 13 jun. 2022.

36 Informação obtida em <https://exame.com/economia/ppps-debentures-real-digital-o-que-esta-na-lista-de-medidas-de-credito-anunciadas-pelo-governo/>. Acesso em: 15 maio 2023.

De fato, comparada aos outros modelos apresentados no item 3.1, a *account-based* CBDC é o modelo que apresenta maior repercussão na ordem econômica. Contudo, não há evidências de que, adotados os outros modelos, não haveria também a ampliação da inclusão financeira, a facilitação do uso de instrumentos para a estabilidade financeira e a diminuição de tarifas com o possível ganho de eficiência e incentivo à concorrência.

Assim, a despeito dos questionamentos, a CBDC com a participação de intermediários pode ser mais propícia à adesão da comunidade, considerando a preservação de atividades das entidades supervisionadas e, conforme os apontamentos da teoria da matriz ativa (ver item 2), a potencial força gravitacional dos “nós” (instituições financeiras, instituições de pagamento e outros intermediários financeiros) em relação à realização de transações financeiras no ciberespaço. Ademais, o desenho institucional previsto nos arts. 21, incisos VII e VIII, 48, inciso XIII, e 164, §§ 1º e 3º, todos da Constituição não tornou despicenda a intermediação das instituições financeiras na condução de políticas monetárias, de tal sorte que a implementação da *account-based* CBDC demandaria a aprovação de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC). Portanto, sob a perspectiva jurídico-formal, a opção pela CBDC com a intermediação das entidades supervisionadas pelo BC é correta, tendo em vista o processo legislativo para aprovação de leis complementares.

As discussões acerca da privacidade surgem, no mundo moderno, a partir da dissolução da dicotomia entre as esferas públicas (em que prevalece a ampla transparência) e as esferas privadas (em que prevalece a intimidade) do mundo antigo, tendo em vista a influência, nas economias de mercado, de interesses sociais em ambientes privados, e não apenas em relação aos assuntos da *Polis*. Porém, conquanto a privacidade tenha origem em um contexto de exacerbação do individualismo, impõe-se destacar a sua importância para uma sociedade democrática como requisito fundamento ao exercício de outras liberdades (DONEDA, 2021, p. 110).

A privacidade encontra resguardo constitucional, conforme se extrai do art. 5º, incisos X e XII, da Constituição, cuja proteção é instrumentalizada preponderantemente³⁷ pelo *habeas data*, nos termos do art. 5º, LXXII, da Constituição. Recentemente, foi inserido o inciso LXXIX no art. 5º pela Emenda Constitucional 115, de 10 de fevereiro de 2022, que incluiu a proteção dos dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais, sendo possível compreender tal proteção como decorrência da tutela constitucional da privacidade. No PLP 9, de 2022, há preocupação com o tratamento dos dados pessoais e do sigilo dos indivíduos. Inclusive, a proposição, no art. 5º, previu a responsabilização objetiva e solidária do BC e das instituições financeiras, instituições de pagamento e outras entidades submetidas ao seu poder de supervisão por “danos decorrentes de falhas operacionais, de deficiências nas políticas de segurança cibernética e de violações à legislação de proteção de dados pessoais”.

Dispõe o *caput* do art. 42 da LGPD que “[o] controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo”. O controlador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, enquanto o operador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador. Assim, a Administração Pública poderá atuar tanto como controlador como operador.

37 A depender do contexto, o mandado de segurança também pode servir para a proteção da privacidade em termos gerais, a exemplo da tentativa de impedir a publicação de matéria em sítio eletrônico (HD 100 AgRHD, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25-11-2014, 1ª T, DJE de 16-12-2014), da necessidade de se obter acesso a processo administrativo (HD 92 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18-8-2010, P, DJE de 3-9-2010; REsp 904.447/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª T, julgado em 8/5/2007, DJ de 24/5/2007) ou da obtenção de informação de terceiros (HD 87 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 25-11-2009, P, DJE de 5-2-2010).

Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem (1) que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; (2) que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou (3) que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiros.

Discute-se quanto ao sistema de responsabilização adotado pela LGPD. Para alguns, a LGPD adotou o modelo de responsabilidade objetiva, considerando a semelhança com o art. 927 do Código Civil e com o microsistema de proteção do direito do consumidor, em especial diante da possibilidade de inversão do ônus da prova *ope iudicis* e das hipóteses de exclusão de responsabilidade. Para outros, a LGPD adotou o regime da responsabilidade subjetiva, ao criar padrões de conduta aos agentes de tratamento, aproximando-se do conceito moderno de culpa normativa (adotando-se um parâmetro objetivo de conduta), conforme se extrai do inciso II do art. 43, que exclui a responsabilidade caso seja demonstrada a não violação à legislação de proteção de dados (GUEDES; MEIRELLES, 2019, p. 230-238). Em que pese a existência de decisões no sentido da responsabilização objetiva pelos danos decorrentes do tratamento de dados pessoais,³⁸ o histórico de tramitação da LGPD evidencia a adoção do regime de responsabilidade subjetiva.

Conforme se extrai do parágrafo único do art. 44 e do art. 46 da LGPD, os agentes de tratamento deverão adotar medidas de segurança, 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 qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito, respondendo pelos danos causados quando deixarem de adotar tais medidas. Ademais, nem sempre haverá a responsabilidade solidária entre os agentes de tratamento, havendo, em regra, uma divisão conforme as atribuições de cada agente de tratamento. O operador somente responderá solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador. E apenas os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados responderão solidariamente.

Saliente-se que as atribuições da autoridade monetária dependerão da atuação de intermediários (conforme a nova redação ao art. 12, § 1º, da Lei 4.595, de 1964), de tal sorte que, no caso específico, determinar a solidariedade pelas violações à legislação de proteção de dados por instituições financeiras e outras entidades submetidas à sua fiscalização não parece ser a melhor conformação no tocante à condução de uma política relacionada a uma moeda digital.

A título meramente exemplificativo, a Resolução BCB 1, de 12 de agosto de 2020, que instituiu o arranjo de pagamentos Pix e aprovou o seu regulamento, no art. 32, inciso V, prevê a responsabilização dos participantes por fraudes decorrentes de falhas nos seus mecanismos de gerenciamento de riscos, inclusive em relação ao tratamento de dados pessoais.

Até o presente momento, foram registrados quatro incidentes com dados pessoais. O primeiro incidente ocorreu no dia 24 de agosto de 2021, quando dados cadastrais vinculados a 414.526 chaves do Banco do Estado de Sergipe S.A. (Banese) foram expostos.³⁹ O segundo incidente ocorreu entre os dias 3 e 5 de dezembro de 2021, ocasião em que os dados cadastrais de 160.147 chaves da Acesso Soluções de Pagamentos S.A. (Acesso) foram expostos.⁴⁰ O terceiro incidente ocorreu com a Logbank Soluções em Pagamentos S/A no dia 24 e 25 de janeiro de 2022, quando os dados

38 TJSP, Apelação Cível 1109251-92.2021.8.26.0100; Rel. Des. Gil Coelho, data do julgamento 18/7/2022.

39 Informação obtida em <https://canaltech.com.br/seguranca/vazamento-de-160-mil-chaves-pix-da-acesso-solucoes-envolve-300-instituicoes-208577/>. Acesso em: 9 maio 2023.

40 Informação obtida em <https://canaltech.com.br/seguranca/vazamento-de-160-mil-chaves-pix-da-acesso-solucoes-envolve-300-instituicoes-208577/>. Acesso em: 9 maio 2023.

cadastrais de 2.112 chaves dos clientes da instituição de pagamento foram expostos.⁴¹ O último incidente noticiado ocorreu em 16 de setembro de 2022, quando 137.285 chaves Pix foram vazadas a partir de falhas de segurança no aplicativo Abastece Aí, do grupo Ipiranga.⁴² Em nenhum dos quatro casos é cabível a imputação de responsabilidade ao BC, porquanto os vazamentos dos dados pessoais ocorreram não em razão de problemas relacionados ao tratamento dos dados realizados pela autoridade monetária, mas sim por falhas operacionais dos participantes dos arranjos de pagamento.

Nesse sentido, em relação ao tratamento de dados pessoais e à emissão de moedas digitais, o art. 5º do PLP 9, de 2022, aparenta estar eivado de vício de inconstitucionalidade material, em dissonância com o art. 37, § 6º, da Constituição, bem como não corresponde ao sistema adotado pela LGPD, em especial ao art. 43, I e III, ao impor a responsabilização solidária do BC independentemente da existência de uma conduta administrativa (comissiva ou omissiva) específica da autarquia e da presença do nexo de causalidade entre a ação ou inação administrativa e os danos decorrentes de condutas de outras pessoas envolvidas no tratamento dos dados pessoais, optando-se pela adoção da teoria do risco integral e tornando-o uma espécie de segurador universal de todas as falhas operacionais e deficiências de segurança cibernética das instituições financeiras, das instituições de pagamentos e de outras entidades submetidas ao seu poder de supervisão, o que poderia incentivar comportamentos descuidados por esses agentes (risco moral).

Conclusão

Em geral, as teorias jurídicas sobre a moeda apresentam certa dificuldade em abordar o seu componente político da moeda e tendem a reconhecê-la como algo neutro numa sociedade. Assim, o presente artigo considera a moeda como uma instituição social complexa essencial ao núcleo da liberdade nas economias de mercado, constituindo um conjunto de práticas empregadas para a mobilização de interesses, seja por meio de relações de coordenação entre os agentes, seja através do conflito entre esses mesmos agentes.

No que se refere às relações entre as arquiteturas dos *softwares* e as normas jurídicas, impõe-se obter o alinhamento eficiente, em que se verifica uma relação harmônica entre elas, de tal maneira a fomentar não apenas o *enforcement* das normas jurídicas por meio do próprio código, mas também o desenvolvimento de novas tecnologias por meio de uma interação com o Direito. Considerando que o sucesso ou o fracasso da regulação pode ser mensurado pela força gravitacional de certos agentes, as CBDC poderão instituir importante instrumento em relações travadas no ciberespaço. As CBDC podem ser definidas como as moedas digitais, isto é, representações digitais referenciadas em alguma espécie de unidade de valor, emitidas por bancos centrais (e, portanto, centralizadas e entendidas como moeda no sentido jurídico-formal) e constituem uma inovação tecnológica e institucional emergente. Dessa forma, dado que se referem ao formato de emissão de uma moeda nacional, as CBDC não se confundem propriamente com os ativos virtuais destinados à realização de pagamento (*payment tokens*), a exemplo das criptomoedas ou *stablecoins*.

Apesar das inúmeras conformações institucionais possíveis, foi apresentada a seguinte tipologia para as CBDC: (1) *wholesale* CBDC, referente ao aprimoramento tecnológico das reservas bancárias

41 Informação obtida em <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/bc-comunica-vazamento-de-21-mil-chaves-pix-da-instituicao-financeira-logbank-veja-como-se-proteger/>. Acesso em: 9 maio 2023.

42 Informação obtida em <https://forbes.com.br/forbes-money/2022/09/bc-registra-vazamento-de-dados-de-1373-mil-chaves-pix-em-app-do-posto-ipiranga/>. Acesso em: 9 maio 2023.

nos bancos centrais para fins de liquidação e pagamentos; e (2) *retail* CBDC, correspondente ao oferecimento pelos bancos centrais uma arquitetura direta e independente de intermediação, tratando-se de uma (2.a) *account-based* CBDC; ou uma arquitetura indireta, ocasião em que os bancos centrais fornecem a arquitetura tecnológica de um *e-money* para ser livremente transacionado pelos particulares, mantendo a estrutura de intermediação para fins de execução da política monetária, sendo denominada (2.b) *token-based* CBDC; ou uma arquitetura híbrida, a exemplo da (2.c) *official cryptocurrency*, a qual é emitida por entes públicos ou por entes privados autorizados pelo Estado, mas desvinculada de contas de reserva bancária nos bancos centrais.

A escolha do PLP 9, de 2022, pela CBDC com a participação de intermediários pode ser mais propícia à adesão da comunidade, considerando a preservação de atividades das entidades supervisionadas pela e em razão da potencial força gravitacional destas em relação à realização de transações financeiras no ciberespaço. Ademais, o arranjo previsto pela Constituição não dispensou a intermediação das instituições financeiras na condução de políticas monetárias, de tal sorte que a implementação da *account-based* CBDC demandaria a aprovação de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC).

Contudo, o art. 5º da aludida proposição legislativa aparenta estar eivado de vício de inconstitucionalidade material, pois impõe a responsabilização solidária do BC independentemente da existência de uma conduta administrativa da autarquia e da presença do nexo de causalidade entre a ação ou inação administrativa e os danos decorrentes de condutas de outras pessoas envolvidas no tratamento dos dados pessoais, optando-se pela adoção da teoria do risco integral e tornando-o uma espécie de segurador universal.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, N. A. de. Aspectos Jurídicos Fundamentais do Sistema de Pagamentos Brasileiro. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. II, jan 2001, p. 51-63.
- ASCARELLI, T. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Quórum, 2008.
- BALDUCCINI, B. SALOMÃO, R. P. KADAMANI, R. BEDICKS, L. B. **Bitcoins – Os lados desta moeda**. In: *Revista dos Tribunais*, v. 104, n. 953, mar. 2015, p. 19-33.
- BARZILAI-NAHOM, K. Gatekeeping Revisited: A Critical Review. In: **Annual Review of Information Science and Technology** 43, jan. 2009, p. 1-79.
- BINNIE, R.; MARTINS, A. C. R. Criptomoeda: considerações acerca de sua tutela jurídica no direito internacional e brasileiro. **Revista de Direito Empresarial**. vol. II. ano 3, São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015, p. 195-221.
- CARRUTHERS, B. G. A sociologia do crédito e das finanças. In: **Sociologia econômica e das finanças: um projeto em construção**. São Carlos: EdUFSCar, 2009, p. 365-380.
- CARVALHO, F. J. C. de. SOUZA, F. E. P. de. SICSÚ, J. PAULA, L. F. R. de. STUDART, R. **Economia Monetária e Financeira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

- CASTRO, M. F. de. FERREIRA, H. L. P. **Análise jurídica da política econômica: a efetividade dos direitos na economia global.** Curitiba: CRV, 2018.
- CASTRO, M. F. de. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia.** São Paulo: Saraiva, 2012.
- CHIU, I. H.-Y. Central Bank Digital Currency for the Crypto-Economy: An Experimental Proposal Based on the European Single Market and Institution Building. *In: California Western International Law Journal*, vol. 51, n° 2, 2021, p. 253- 326.
- CRAWFORD, J. MENAND, L. RICKS, M. FedAccounts: Digital Dollars. *In: George Washington Law Review*, vol. 89, n° 1, Jan. 2021, p. 113-172.
- DANTAS, R. G. CARVALHO, M. COSTA, I. S. da. Você tem alguns minutos para ouvir a palavra do *blockchain*? *In: Cryptolaw: Inovação, direito e desenvolvimento.* São Paulo: Almedina, 2020, p. 35-67.
- DE CHIARA, J. T. **Moeda e ordem jurídica.** Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.
- DE FILIPPI, P. HASSAN, S. **Blockchain Technology as a Regulatory Technology:** From Code is Law to Law is Code. *First Monday* Vol. 21, n. 12, special issue on 'Reclaiming the Internet with distributed architectures, December 5, 2016, p. 1-16. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3097430>. Acesso em: 9 set. 2022.
- DE FILIPPI, P. HASSAN, S. Decentralized Autonomous Organization. *In: Internet Policy Review, Alexander von Humboldt Institute for Internet and Society*, Berlin, Vol. 10, Iss. 2, 2021, pp. 1-10.
- DELLERBA, M. Stablecoins in Cryptoeconomics from Initial Coin Offerings to Central Bank Digital Currencies. *In: New York University Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 22, 1, 2019, p. 1-48.
- DESAN, C. Money as a Legal Institution. *In: Money in the Western Legal Tradition* (David Fox and Wolfgang Ernst), Harvard Public Law Working Paper, 2015, p.13-36.
- DIDENKO, A. N. BUCKLEY, R. P. The Evolution of Currency: Cash to Cryptos to Sovereign Digital Currencies. *In: Fordham International Law Journal*, vol. 42:4, 2019, p. 1041-1094.
- DONEDA, D. **Da privacidade à Proteção de Dados Pessoais.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.
- EICH, S. **The Currency of Politics:** The Political Theory of Money from Aristotle to Keynes. Oxford: Princeton University Press, 2022.
- EIZIRIK, N.; GAAL, A. B.; PARENTE, F.; HENRIQUES, M. F. **Mercado de Capitais: Regime Jurídico.** 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- FAMA, M. FUMAGALLI, A. LUCARELLI, S. Cryptocurrencies, Monetary Policy, and New Forms of Monetary Sovereignty. *In: International Journal of Political Economy*, n. 48:2, 2019, p. 174-194.
- GRUPENMACHER, G.T. **As Plataformas de Negociação de Criptoativos:** uma análise comparativa com as atividades das corretoras e da Bolsa sob a perspectiva da proteção do investidor e da

prevenção à lavagem de dinheiro. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento). Escola de Direito. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019.

GUEDES, G. S. da C.; MEIRELES, R. M. V. Término do Tratamento de Dados. In: **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 219-242.

HAYEK, F. A. **Desestatização do Dinheiro**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2011.

HSU, J. TSAI, L. **An Alternative Monetary System Reimagined: The Case for Central Bank Digital Currency**. In: California Western International Law Journal, vol. 51, nº 2, 2021, p. 327-358.

KNAPP, G. F. **The State Theory of Money**. Londres: Macmillan & Company Limited, 1924.

KOSINSKI, D. S. A digitalização dos meios de pagamento: o pix e as *central bank digital currencies* em perspectiva comparada. In: **Textos de Economia**, Florianópolis, v. 24, n. 1, jan-jul 2021, p. 1-26.

LABONTE, M. NELSON, R. M. **Central Bank Digital Currencies: Policy Issues**. In: Congressional Research Service, jul. 2021, p. 1-31.

LATOURE, B. **Reagregando o Social**. Salvador: Edufba, 2012.

LESSIG, L. **Code: version 2.0**. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

MAZZUOLI, V. de O. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENGER, C. **On the Origins of Money**. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2009.

MISES, L. von. **The Theory of Money and Credit**. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2009.

MURRAY, A. D. **Nodes and Gravity in Virtual Space**. In: *Legisprudence*, 5:2, 2011, p. 195-221.

NUSSBAUM, A. **Money in the Law National and International: a comparative Study in the Borderline of Law and Economics**. Nova Iorque: The Foundation Press, Inc., 1950.

OLIVEIRA, L. M. S. de. **Mercado de Câmbio**. Curitiba: Juruá, 2009.

POLANYI, K. **A grande transformação: as origens políticas e econômicas de nossa época**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2021.

PRASAD, E. S. **The future of Money: how the digital Revolution is transforming currencies and finance**. Cambridge: Harvard University Press, 2021.

PRATES, M. M. Money in the Twenty-First Century: From rusty coins to digital currencies. In: **Ohio State Business Law Journal**, n. 15, 2021, p. 164-234.

REIDENBERG, J. R. **Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology**, 76 Tex. L. Rev. 553, 1997, Disponível em https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/42. Acesso em: 9 set 2022.

SADDI, J. Moeda Digital Soberana (Central Bank Digital Currency – CBDC). In: **Criptoativos: Estudos Regulatórios e Tributários**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 31-44.

STEINBERG, D. F. **A qualidade jurídica da moeda:** uma análise das moedas paralelas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

UHDRE, D. de C. **Blockchain, tokens e criptomoedas:** análise jurídica. São Paulo: Almedina, 2021.

YEUNG, K. Regulation by Blockchain: The Emerging Battle for Supremacy between the Code of Law and Code as Law. *In: Modern Law Review, Forthcoming*, July 2, 2018, p. 207-239, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3206546>. Acesso em: 9 set. 2022.

A Relação entre o Banco Central do Brasil e o Tesouro Nacional em Perspectiva Jurídica: da conta-movimento e do orçamento monetário ao regime de autonomia

Leandro Maciel do Nascimento*

Introdução. 1 O relacionamento entre autoridades fiscais e monetárias no Brasil no período de inflação alta. 2 A criação do Banco Central do Brasil e o sincretismo de funções com o Tesouro Nacional e com o Banco do Brasil. 3 A criação da Secretaria do Tesouro Nacional, a segregação de funções e a Constituição de 1988. 4 Estabilidade monetária: Plano Real, tripé macroeconômico e Lei de Responsabilidade Fiscal. 5 Crises financeiras internacionais (período de 2008 a 2020): aumento do balanço dos bancos centrais, equalização cambial e autonomia do BC. Considerações finais. Referências.

Resumo

O trabalho apresenta, em perspectiva jurídica, um panorama recente do relacionamento entre autoridades fiscais e monetárias no Brasil. Inicia-se com a criação do Banco Central do Brasil (BC), em 1964, e a confusão de atribuições com o Banco do Brasil (BB). São abordadas também questões relativas ao orçamento monetário, à conta-movimento e à dívida pública. Indica-se a relação entre a crise econômica no começo dos anos 1980 e as reformas na estrutura das finanças públicas brasileiras no período, como a criação da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), a unificação dos orçamentos, o fim da conta-movimento, a criação da Conta Única, a constitucionalização do BC e a separação de competências entre STN, BB e BC. São expostas alterações normativas no relacionamento entre BC e STN, no período de estabilização inflacionária após o Plano Real (1993/1994). São abordadas as grandes crises econômicas internacionais do século XXI e seus impactos sobre a regulação do relacionamento entre bancos centrais e tesouros. No Brasil, os pontos relevantes foram: o aumento (e manutenção) das reservas internacionais e o aumento da autonomia operacional do BC.

Palavras-chave: Direito Financeiro. Relacionamento. Banco Central. Tesouro Nacional.

* Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP); mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); pesquisador do grupo “Orçamentos Públicos: Planejamento, Gestão e Fiscalização”, vinculado à Faculdade de Direito da USP; procurador do Ministério Público de Contas do Estado do Piauí.

The Relationship between the Central Bank of Brazil and the National Treasury in a Legal Perspective: from the movement account and the monetary budget to the regime of autonomy

Abstract

The work presents, from a legal perspective, a recent overview of the relationship between fiscal and monetary authorities in Brazil. It starts with the creation of the Banco Central do Brasil (BC), in 1964, and the confusion of attributions with the Bank of Brazil (BB). Issues related to the “monetary budget”, the “movement account” and public debt are also addressed. The relationship between the economic crisis in the early 1980s and the reforms in the structure of Brazilian public finances that took place in the period is indicated, such as the creation of the National Treasury Secretariat (NTS), the unification of budgets, the end of the “movement account”, the creation of the government Single Account, the constitutionalization of the BC and the separation of powers between NTS, BB and BCB. Normative changes in the relationship between BC and NTS are exposed in the period of inflationary stabilization after the “Real Plan” (1993/1994). The major international economic crises of the 21st century and their impacts on the regulation of the relationship between central banks and treasuries are addressed. In Brazil, the relevant points were: the increase (and maintenance) of international reserves and the increase in the operational autonomy of the BCB.

Keywords: Budget Law. Relationship. Central Bank. National Treasury.

Introdução

O trabalho apresenta um panorama do relacionamento, na perspectiva jurídica, entre autoridades fiscais e monetárias no Brasil, a partir da segunda metade do século XX.

Embora o tema não seja novo, seu interesse foi renovado nos últimos anos, especialmente após a crise financeira iniciada em 2008. Na ocasião, tesouros nacionais e bancos centrais passaram a atuar em conjunto para conter os efeitos da desaceleração das atividades econômicas (BERNANKE, GEITHNER, PAULSON JR., 2019). Por sua vez, uma década depois, essa atuação coordenada passou a ser novamente demandada e efetivamente exercida, em razão dos impactos econômicos e sociais da pandemia de Covid-19 (BERNANKE, 2022). Com efeito, a “resposta imediata de política econômica ao choque do coronavírus se valeu diretamente das lições de 2008. A política fiscal foi ainda mais ampla e imediata. As intervenções de bancos centrais foram ainda mais espetaculares” (TOOZE, 2021, p. 20).

Diante de tal contexto de crises e de respostas estatais por meio de mecanismos fiscais e monetários, mostra-se necessário analisar os termos jurídicos do relacionamento entre Tesouro Nacional e o Banco Central brasileiros. Nesse ponto, algumas perguntas devem ser respondidas: em que termos tal relacionamento ocorria nos períodos recentes de inflação alta no Brasil? Considerando que o Banco Central somente foi criado no ano de 1964, qual instituição executava as ações de política monetária no Brasil até então? Considerando o fato de que a Secretaria do Tesouro Nacional somente foi criada no ano de 1986, como era a previsão normativa de distribuição e do exercício das competências fiscais e monetárias nesse período anterior? Quais os contextos político, econômico e jurídico, nos anos 1980, sob os quais ocorreu a efetiva segregação entre as

funções fiscais e monetárias no Estado brasileiro? E, por fim, quais são as principais normas jurídicas que tratam do tema, no recorte temporal compreendido entre a promulgação da Constituição brasileira de 1988 e a Lei Complementar 179, de 24 de fevereiro de 2021, a qual ampliou a autonomia do Banco Central do Brasil?

Para responder a tais perguntas, o texto está dividido em cinco partes, além da introdução e das considerações finais.

Na primeira, expõe-se o relacionamento entre funções monetárias e fiscais, ao longo do século XX, e a crescente demanda por aperfeiçoamento de suas bases institucionais no Brasil. Indica-se a origem dos bancos centrais, como as agências governamentais responsáveis pela concepção e execução da política monetária. No caso brasileiro, aponta-se o recorrente processo inflacionário como o contexto essencial para a compreensão das alterações normativas e da segregação das funções, desde a criação do Banco Central do Brasil (BC), em 1964, até a implantação de seu regime de plena autonomia, em 2021.

A segunda parte tem como marco inicial a Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que criou o BC como sucessor da Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc). Expõe-se a confusão de atribuições monetárias com o Banco do Brasil (BB). São abordados também o orçamento monetário, a chamada conta-movimento e aspectos relativos à dívida pública.

Na terceira parte, indica-se o contexto de crise econômica, no começo dos anos 1980, como fundamento a justificar reformas na estrutura das finanças públicas brasileiras, como a criação da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), a unificação dos orçamentos, o fim da conta-movimento, a criação da Conta Única, a constitucionalização do BC e a gradativa separação de competências entre STN, BB e BC.

Na quarta parte, são expostas alterações normativas no relacionamento entre BC e TN, no contexto da estabilização inflacionária com o Plano Real (1993/1994), da adoção do tripé macroeconômico, em 1999, e da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), em 2000.

Na quinta e última seção, são apontadas as grandes crises econômicas internacionais do século XXI (tanto a chamada Grande Recessão iniciada, em 2008, quanto a que decorreu da pandemia de Covid-19, a partir de 2020) e seus impactos sobre o relacionamento entre bancos centrais e tesouros. No Brasil, os pontos relevantes foram: 1) o aumento (e manutenção) das reservas internacionais; 2) a criação (e revogação após mais de dez anos) do mecanismo de equalização cambial e 3) o aumento da autonomia operacional do BC, com a Lei Complementar 179, de 24 de fevereiro de 2021.

Em termos metodológicos, a análise e a crítica utilizam, de modo predominante, fontes bibliográficas e documentais. Assim, ao recuperar e contextualizar as principais bases normativas relativas ao tema, busca-se contribuir para o constante aperfeiçoamento das instituições e das diversas e complexas questões jurídicas suscitadas nas relações entre Tesouro Nacional e Banco Central no Brasil.

I O relacionamento entre autoridades fiscais e monetárias no Brasil no período de inflação alta

Mesmo antes da criação do BC, em 1964, e da STN, em 1986, questões sobre os vínculos entre o financiamento das ações estatais, a emissão de moeda e o crédito (público e particular) eram objeto de constantes debates econômicos e jurídicos. A história do tema no Brasil é marcada por crises econômicas e longos períodos de alta inflação, quando essas discussões se mostravam presentes (FRANCO, 2016).

O ponto de confluência no relacionamento entre bancos centrais e tesouros está no modo como receitas, despesas, dívida pública, política monetária, taxa de juros e metas de inflação se relacionam por meio dos orçamentos públicos. Tais questões são objeto do Direito Financeiro brasileiro já há algum tempo. Entre o final do século XIX e início do século XX, a economia brasileira passou por um período de grave crise, que ficou conhecida por “encilhamento”, gerada por ampla emissão monetária, expansão do crédito, desregulamentação bancária (FRANCO, 1983, p. 129) e descontrole orçamentário (COSTA NETO, 2004).

No entanto, essa relação entre tesouro e banco emissor é mais antiga e remonta à chegada da Família Real, em 1808. Na ocasião, a estrutura moldada para atender a corte no Rio de Janeiro incluía, de um lado, o Erário Régio ou Tesouro Real e Público (CAVALCANTI, 1896, p. 436) e, de outro, o primeiro Banco do Brasil, este com funções de crédito e de emissão monetária (OLIVEIRA, 2009, p. 212-213). As justificativas sugeriam a necessidade de segregar funções fiscais, monetárias e creditícias (CAVALCANTI, 1896, p. 416). Registre-se que esse Banco do Brasil encerrou suas atividades em 1829, pois tinha se convertido “em verdadeira fábrica de papel-moeda, cujas emissões sucediam-se, para satisfazer, quasi exclusivamente, às exigências do Tesouro” (CAVALCANTI, 1896, p. 416).

De todo modo, é possível constatar que, embora o atual BC seja instituição nova na organização estatal, suas atribuições são antigas. Em um panorama mais amplo, verifica-se que, embora bem difundido, o formato padrão dos bancos centrais é fruto de criação recente na estrutura dos estados soberanos, tendo sido iniciada no século XIX e consolidada ao longo do século XX (GOODHART, 1988; UGOLINI, 2017; FRANCO, 2017; TUCKER, 2018; PAPADIA, VÄLIMÄKI, 2018; CHAUDHURI, 2018).

Nesse sentido, é possível afirmar que novos “Estados soberanos criam uma bandeira, compõem um hino nacional e constituem um banco central”, visto que, ao longo do século XX, “o número de bancos centrais no mundo passou de 19 para mais de 170, ou seja, mais de 90% dos Estados soberanos passaram a contar com a estrutura de um banco central” (DURAN, 2013, p. 43). Inclusive, a afirmação de que os bancos centrais devem atuar como instituições apartadas dos governos e dotadas de autonomia inicia-se somente nos anos 1980 e 1990 (CONTI-BROWN, 2016). Em suma, a caracterização das atribuições consideradas próprias de *central banking* (banco emissor, banqueiro do governo, supervisor do sistema financeiro e prestador de última instância) “é uma construção institucional recente, que surge gradualmente ao longo do século XIX em alguns países mais avançados, a partir de diferentes contextos e tradições, e amadurece no decorrer da segunda metade do século XX” (FRANCO, 2017, p. 284-285).

No Brasil, o antecedente mais próximo do BC foi a Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc), criada em 1945. Com efeito, até “1946, o Brasil não tinha sequer um embrião de banco central, e as funções de autoridade monetária eram exercidas pelo Banco do Brasil, que era um banco comercial comum” e somente com a adesão do Brasil aos acordos de Bretton Woods foi “que o Banco do Brasil perdeu uma pequena parte do poder de exercer as funções de banco central, que passaram a ser divididas com um departamento a ele ligado, a Superintendência da Moeda e do Crédito, a Sumoc” (PASTORE, 2021, p. 73).

De acordo com o art. 1º do Decreto-Lei 7.293, de 2 de janeiro de 1945, a Sumoc estava subordinada ao Ministério da Fazenda e tinha o “objetivo imediato de exercer o controle do mercado monetário e preparar a organização do Banco Central”. Tratava-se de uma “solução de compromisso por parte dos signatários do acordo de Bretton Woods [...] aceitar a Sumoc como se fosse um verdadeiro banco central” (PASTORE, 2021, p. 74). Porém, não obstante o caráter transitório (art. 3º), a Sumoc

passou a exercer suas atribuições por quase vinte anos, até a criação do Banco Central da República do Brasil, com Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Durante esse período, o BB, que ocupava a maioria do conselho da Sumoc (art. 2º) e, como detinha força política, continuou a exercer papel relevante na execução das atividades de *central banking*. Na prática, pode-se afirmar que, o banco central “foi, até 1965, o Banco do Brasil S. A., na entrosagem consciente e legalmente estabelecida de suas Carteiras com a Superintendência da Moeda e do Crédito, a Fiban, e com a Caixa de Mobilização Bancária” (BALEEIRO, 1978, p. 152). Isso porque a transição para a criação de uma nova instituição enfrentava resistências da parte de grupos receosos de perder acesso a créditos subsidiados junto ao BB, temendo que este perdesse relevância ante a criação de uma entidade que lhe retirasse as atribuições de autoridade monetária (AYRES, GARCIA, GUILLEN, KEHOE, 2019, p. 26; PASTORE, 2021, p. 73-74).

Por sua vez, a STN, como órgão responsável pela política fiscal, gestão da dívida pública e execução orçamentária, é instituição ainda mais recente na burocracia brasileira, tendo menos de quarenta anos de existência.

Para o escopo deste trabalho, não serão expostos detalhes da evolução das instituições fiscais e monetárias no Brasil ao longo de todo o século XX. Como recorte, parte-se da criação do BC, em 1964, até à Lei Complementar 179, de 24 de fevereiro de 2021, a qual veicula a última alteração legislativa relevante. O contexto geral corresponde às tentativas de controle da inflação ao longo desse período, uma vez que tais medidas foram os fatos relevantes do período que antecedeu ao Plano Real, em 1994.

No Brasil, o descontrole inflacionário era agravado por distorções institucionais (como a confusão de atribuições entre BB, BC e o TN) e impactava o planejamento e a execução orçamentária (CONTI, 2017, p. 85-86). Ademais, a experiência de descontrole de preços, à qual a população brasileira foi submetida de modo intenso entre o fim dos anos 1970 e a primeira metade dos anos 1990, deixou clara a necessidade de padrões normativos efetivos para a interação entre as políticas fiscal e monetária, já que a estabilidade monetária e a preservação de seu poder de compra passaram a ser reconhecidos como bens públicos (DURAN, 2010, p. 31), constituindo verdadeiro direito fundamental, um direito a ter acesso a outros direitos. Nesse sentido, não há muito exagero em afirmar que a “política monetária é, possivelmente, a política pública mais importante de um país, pois afeta diretamente a atividade econômica, as finanças públicas e a solidez do sistema financeiro” (CARVALHO JUNIOR, PINTO, 2018, p. 218).

Entre os anos 1980 e começo dos anos 1990, houve vários planos de controle da inflação, todos com impactos no relacionamento entre BC e TN (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 179-180). Para Ayres, Garcia, Guillen e Kehoe (2019), a persistência da inflação elevada no período anterior ao Plano Real teve como fator determinante a combinação de déficits fiscais, a frágil institucionalidade das autoridades econômicas e a reduzida capacidade de financiamento estatal por meio de títulos públicos. Por sua vez, esse panorama demandava três condições para controlar a inflação, a saber: 1) a eliminação (ou redução ao mínimo possível) da indexação de salários, preços e câmbio; 2) redução do déficit público, o qual terminava ficando oculto pela ação da inflação nas receitas e nas despesas públicas; e 3) o estabelecimento de “uma ancora nominal que eliminasse a indeterminação das taxas de inflação”, a qual fosse respaldada pelo controle fiscal (PASTORE, 2015, p. 131-132).

Contudo, a implementação dessas condições não foi possível até o Plano Real em 1994. Entre 1986 e 1991, os planos Cruzado I, Cruzado II, Bresser, Verão, Collor I e Collor II enfatizaram o controle de preços, contratos e salários. Mesmo quando houve propostas de ajustes fiscais e de redução de déficits, essas ou não avançaram plenamente ou não tiveram a eficácia esperada. Em

quase todos os casos, não houve apoio popular para medidas de restrição fiscal (AYRES; GARCIA; GUILLEN; KEHOE, 2019). O resultado é que o descontrole de preços resultou em hiperinflação no final dos anos de 1980 (FRANCO, 2017, p. 62).

Com o Plano Real (1993-1994), o controle inflacionário no Brasil foi mais amplo e passou a impactar mais fortemente a ação do Poder Público, dos agentes econômicos e da população em geral. Inclusive, o relacionamento entre TN e BC foi objeto de alterações legislativas, como o estabelecimento de limites à emissão monetária e a metodologia de cálculo e de repasse dos resultados da autoridade monetária (FRANCO, 2016).

Sendo assim, além de medidas de desindexação da economia, foram adotadas ações “ortodoxas” (ALÉM, GIAMBIAGI, 2016, p. 112-113), como redução de despesas primárias, aumento e desvinculação de receitas e privatizações, inclusive quanto aos entes subnacionais, em especial no setor financeiro, além de controle do valor da moeda e do câmbio, por meio de operações com títulos públicos e utilização de elevadas taxas de juros. Ficavam mais claras as relações entre o orçamento público e as políticas monetária, fiscal, cambial e creditícia.

Houve críticas no sentido de que tais medidas, embora promovessem o controle da inflação, acarretavam elevados custos fiscais e sociais, pois a desvinculação de receitas e a redução de despesas primárias comprometiam o financiamento e a efetivação de direitos fundamentais, como as ações e serviços públicos de saúde e de educação (PINTO, 2010). Tentou-se, inclusive, reforçar controles quantitativos da emissão de moeda, por meio de “âncora cambial” (com atrelamento da base monetária aos saldos das reservas internacionais) e de programação monetária (CARVALHO JUNIOR, PINTO, 2018, p. 209). De todo modo, a “implementação de uma reforma fiscal, como condição para a posterior reforma monetária, difere [o Plano Real] dos outros planos de estabilização” (DURAN, 2010, p. 104).

Portanto, de todas as tentativas, o Plano Real foi a que alcançou resultados mais expressivos e mais duradouros. Contudo, gerou efeitos colaterais. Entre esses, o aumento da dívida pública, agravado pelo fim da cobertura de déficits por meio da desvalorização das despesas (o chamado imposto inflacionário¹) e de política monetária restritiva, com elevação das taxas de juros, a qual elevou as despesas financeiras da União (PINTO, 2010, p. 200-201).

De todo modo, mesmo antes do Plano Real, o reconhecimento do desequilíbrio fiscal como componente relevante do processo inflacionário reforçou as atenções ao relacionamento entre as autoridades fiscal e monetária. Dessa forma, no contexto da transição democrática e dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), houve transformações da estrutura estatal brasileira, quanto ao dimensionamento das receitas e das despesas e quanto à gestão da moeda e ao controle inflacionário. Até então, tais atribuições eram exercidas de modo conjunto entre o Ministério da Fazenda, o BC e BB e parte considerável dos fluxos não transitavam pelo orçamento público (NUNES, 1999).

Assim, devem ser mencionadas as seguintes mudanças institucionais ocorridas na época: 1) a unificação orçamentária, a partir de 1986; 2) a criação da STN, em 1986; 3) a criação do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI) e do regime de conta única, em 1987; 4) o encerramento da conta-movimento do BB junto ao BC; e 5) a “purificação” do BC, por meio da transferência de atribuições consideradas estranhas a um banco central.²

1 “Inflação é um imposto sobre a propriedade de moeda, porque qualquer pessoa que a detenha, quando os preços sobem, perde parte do seu valor. A inflação reduz o poder de compra da moeda: um indivíduo que começa o ano com Cr\$100,00 terá de adicionar Cr\$70,00 às suas reservas durante o ano somente para manter seu valor real constante” (LONGO, 1982, p. 339-340. Grifado).

2 Na época, o BC não era um banco central na estrita acepção do termo, cabendo-lhe também “exercer a função de banco rural e industrial de segunda linha, coordenador do crédito rural em geral e repassador de recursos financeiros aos demais bancos para essas finalidades, bem como receber alguns tipos de depósitos do público e das instituições financeiras” (HORTA, 1981, p. 5).

A tais medidas devem ser acrescidas as regras previstas na Constituição de 1988, como o artigo 164, que constitucionalizou o BC e lhe atribuiu o monopólio da emissão monetária, a gestão exclusiva das disponibilidades de caixa da União e a proibição de conceder empréstimos ao TN. Na verdade, procurou-se reforçar a autonomia da autoridade monetária e restringir a possibilidade de financiamento das atividades governamentais mediante financiamento pelo BC (CARVALHO JUNIOR, PINTO, 2018, p. 206-207).

A partir do Plano Real, verificou-se maior autonomia operacional do BC. A mudança, em 1999, do controle da base monetária para o regime de metas de inflação reforçou a tendência. Em seguida, a aprovação da LRF, em 2000, inseriu a obrigação de os orçamentos da União apresentarem metas e informações sobre política monetária, cambial e creditícias no ciclo de planejamento e execução. Nesse sentido, com a LRF, reforçou a centralidade do Direito Financeiro no regramento da interação entre BC e TN.

Ressalte-se que esse relacionamento é muito próximo e gera pontos de tensão (CAMPOS, 1994, p. 673). De um lado, o Tesouro executa a política fiscal. Esta, se expansiva, incrementa a despesa pública e, conseqüentemente, aumenta a liquidez na economia, que pode gerar pressão inflacionária. Por outro, o Banco Central, com o objetivo de manter os preços sob controle, atua para restringir eventuais efeitos negativos da expansão do gasto público. Não à toa, ao longo dos anos de 1980 e 1990, um dos temas recorrentes acerca dos bancos centrais era a garantia formal de sua autonomia frente aos governos, exatamente para conter possíveis efeitos da política fiscal expansionista (KING, 2016, p. 165-166).

Com efeito, no curto período sem crises econômicas mais acentuadas nos países de economia avançada, que ficou conhecido como *Great Moderation* (KING, 2016, p. 5), duas metáforas costumavam ser utilizadas para justificar a atuação dos bancos: em uma delas, invoca-se a figura de Ulisses, o personagem que, conforme a narrativa de Homero, ordenou ser amarrado ao mastro do navio e ter seus ouvidos protegidos com cera para não sucumbir ao canto das sereias, para não correr o risco de levar a embarcação a se chocar contra as pedras e ao naufrágio; na outra, utiliza-se a imagem da pessoa incumbida de retirar a bebida alcoólica de uma festa, justamente no momento em que o ambiente começa a ficar mais animado, de modo preservar os convidados de seus efeitos (CONTI-BROWN, 2016, p. 2-3). Os bancos centrais seriam, de acordo com essa visão, agentes de contenção fiscal, guardiões da austeridade e dos níveis ótimos de inflação. Para tanto, precisariam da independência perante os governos.

Em crises recentes, essa imagem começou a mudar: tesouros e bancos centrais passaram a atuar de forma coordenada com o objetivo de reverter os efeitos da desaceleração e da recessão, evitar depressões e promover a retomada do crescimento econômico (IRWIN, 2014; KING, 2016; BERNANKE, GEITHNER, PAULSON JUNIOR, 2019; TOOZE, 2021). Essa atuação passou a exigir cada vez mais harmonia e coordenação, com parâmetros estabelecidos nas constituições e nas leis, sem os quais o resultado aparece sob a forma de insegurança jurídica e de desequilíbrios econômicos, materializados pelo aumento da inflação, acompanhada (ou não) de recessão, do endividamento público e do comprometimento das receitas públicas (LOYOLA, 2016, p. 219).

Em linhas gerais, é comum surgirem expectativas e/ou pressões por parte do governo (ou de agentes do mercado) no sentido de afrouxamento da política monetária ou de financiamentos (implícitos ou explícitos) de despesas públicas por meio do banco central. Acrescente-se que o controle inflacionário não gera resultados imediatos, já que opera sobre expectativas, as quais somente se consolidam com o passar do tempo (BLINDER, 1999, p. 73).

Em regra, os governantes submetem-se a eleições periódicas, e, nesse contexto, a restrição monetária pode ser prejudicial aos seus interesses de curto prazo (CHAUDHURI, 2018, p. 9).

Por outro lado, a depender da política monetária adotada, os bancos centrais podem impactar positivamente as receitas do governo, aliviando o peso fiscal no curto prazo (REIS, 2017). De todo modo, em não havendo sintonia e coordenação entre banco central e tesouro, a tendência é de descontrole nas finanças públicas, a comprometer a estabilidade de preços e o financiamento de projetos, atividades e serviços à população.

Assim, a experiência brasileira indica a necessidade de regras que propiciem segurança jurídica, autonomia para ambos os lados da relação, bem como proteção em face de pressões do governo e de grupos de interesse privado (PINTO, 2018). Dito isso, considerando o impacto inflacionário dos déficits e a tensão entre as políticas fiscal e monetária, é possível classificar o relacionamento entre TN e BC em fases distintas, conforme será exposto a seguir.³

2 A criação do Banco Central do Brasil e o sincretismo de funções com o Tesouro Nacional e com o Banco do Brasil

O projeto de criação do BC, que resultou na Lei 4.595, de 1964, foi apresentado em março de 1963 (PL 15/63), como substitutivo a um projeto apresentado originalmente em 1947 (FRANCO, 2016, p. 341), e tinha os seguintes objetivos e diretrizes, conforme registrado na exposição de motivos:

O anteprojeto visa a dois objetivos fundamentais: a) o estabelecimento de uma administração monetária federal eficiente e flexível, capaz de formular e executar uma política monetária e creditícia de controle quantitativo global e de caráter seletivo, em moldes nacionais, de forma a conter o processo inflacionário sem afetar o ritmo de desenvolvimento; b) promover as modificações que se impõem no regime jurídico das instituições financeiras privadas, de forma a que a sua atuação contribua para utilização mais eficiente dos recursos financeiros nacionais, promova a distribuição mais equitativa desses recursos e facilite o desenvolvimento harmônico das diferentes regiões do país. (...)

A nova estrutura prevista para a administração monetária federal se apoia nas seguintes premissas básicas: 1 – utilização plena dos recursos humanos e materiais com que já conta a Administração Federal; 2 – separação clara e definida dos níveis normativos e executivo; 3 – unificação da ação executiva de controle monetário em uma só entidade de personalidade jurídica própria, evitando-se a fragmentação da autoridade monetária em vários órgãos distintos, como ocorre presentemente; 4 – separação clara e definida das funções públicas de banco central daquelas que dizem respeito a atuação direta do Governo no setor das operações de crédito ativas e passivas com o público; 5 – preservação da ampliação da posição do Banco do Brasil de grande banco comercial e instrumento fundamental de atuação direta do Governo no setor do crédito bancário (BRASIL, 1963, p. 1.260).

Na proposta, três pontos chamam a atenção. O primeiro é a preocupação em separar as funções fiscal, creditícia e monetária e em concentrar a última “em uma só entidade de personalidade jurídica própria, evitando-se a fragmentação da autoridade monetária em vários órgãos distintos”. O segundo é o fato de que o banco central deveria ser submetido a um conselho, “em separação clara e definida dos níveis normativo e executivo”; no caso, o Conselho Monetário Nacional (CMN), que

³ Essa divisão parte da proposta de divisão apresentada por Nunes (1999), ao abordar a evolução da estrutura institucional da coordenação da política econômica (fiscal e monetária) o Banco Central e o Tesouro Nacional.

viria a substituir a Sumoc. O terceiro é a diretriz de preservar “a ampliação da posição do Banco do Brasil de grande banco comercial e instrumento fundamental de atuação do governo brasileiro”.

A lei aprovada gerou, nos anos seguintes, um relacionamento confuso entre o recém-criado BC, o já existente BB e o que mais tarde viria a ser a STN. Diante da proximidade, da intersecção de atribuições e dos fluxos de dinheiro, chegou-se a afirmar a existência de uma “relação incestuosa” no exercício das respectivas atribuições:

Até os anos 1980, o Tesouro Nacional constituía uma entidade virtual. A execução do Orçamento da União era feita por um departamento do Banco do Brasil, que cumpria determinações da Comissão de Programação Financeira do Ministério da Fazenda. A gestão da dívida pública cabia ao Banco Central. Não havia um órgão para cuidar das finanças do Tesouro em sentido amplo. A autorização para expandir a dívida pública cabia ao Conselho Monetário Nacional (CMN), e não ao Congresso. Durante quase todo o século XX, as finanças públicas e a gestão da moeda viveram uma relação incestuosa, primeiramente com o Banco do Brasil e, a partir de 1965, com a participação do Banco Central. O Banco do Brasil se transformou, durante quase todo o século XX, no centro das finanças públicas e da política monetária. As funções modernas de um banco central começaram a ser exercidas após a criação, em sua estrutura, da Carteira de Redescontos (1921). Até a instalação do Banco Central, em 1965, o BB era responsável pelo redesconto, pelo recebimento dos depósitos compulsórios e voluntário dos bancos, pelo suprimento de moeda manual ao sistema bancário, pela compensação de cheques, pela fiscalização bancária e pelo exercício do monopólio oficial de câmbio. Nessa singular situação, podia expandir sem limites seus empréstimos, que redescontava na sua própria Carteira de Redescontos (NÓBREGA, 2016, p. 29-30. Grifado).

Em meados dos anos 1980, o CMN reconheceu que, em razão do contexto dos anos 1960, “foi necessário preservar no Banco do Brasil algumas funções típicas de banco central”, diante da “impossibilidade prática de a novel instituição assumir todas as funções que inerentemente competiriam a um banco central, manteve-se o modelo de dupla autoridade monetária”. Desse modo, coube ao BC “as responsabilidades que, de imediato, lhe puderam ser adjudicadas, permanecendo no Banco do Brasil outras que somente seriam transferidas quando as condições o permitissem” (BRASIL, 1984, p. 17-18).

Nesse período, o relacionamento entre as autoridades fiscais, monetárias e creditícias ocorria principalmente no orçamento monetário, na conta-movimento e na expansão das atividades de crédito e de fomento, inclusive pelo BC (HORTA, 1981, p. 8-10). Na perspectiva do século XXI, tal situação parece confusa e pouco transparente. Havia, de fato, uma grande mistura entre as políticas fiscal, monetária e creditícia, sendo que mais de um órgão era responsável por suas execuções. O BC, que em tese deveria controlar liquidez, realizava atividades de crédito e de fomento e ainda financiava o TN por meio de emissão monetária. Nesse contexto, o chamado orçamento monetário era peça-chave (AMORIM NETTO, 1968).

Até os anos 1960, a cobertura dos déficits fiscais era agravada pelo fato de o mercado de títulos públicos ser incipiente no Brasil. Isso é atribuído ao fato de que havia limites legais à taxa de juros reais, o que tornava a operação pouco atrativa. Como resultado, as transações com títulos públicos não eram um instrumento relevante de política monetária naquele período. Ademais, os desequilíbrios orçamentários do governo federal eram cobertos mediante emissão monetária (AMORIM NETTO, 1968, p. 10).

Tal situação começou a mudar com a criação da correção monetária para títulos públicos, por meio das ORTNs (Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional), instituída pela Lei 4.357, de 16 de julho de 1964, e pelo Decreto 54.252, de 3 de setembro de 1964. A criação das ORTNs é considerada um dos marcos de consolidação do mercado de títulos no Brasil (PEDRAS, 2009, p. 59-60). Poucos anos depois, ocorreram crises de origem externa, como os choques do petróleo, nos anos 1970, e crises internas, como a questão da dívida e o descontrole inflacionário nos primeiros anos da década de 1980. Tais fatos deixaram exposta a fragilidade das finanças públicas brasileiras, agravada pela debilidade institucional do relacionamento entre autoridades fiscal, monetária e agentes financeiros na época.

Desde sua criação, em 1964, até o começo da Nova República, o BC mantinha uma relação próxima com o BB e com o que viria a ser a STN. Porém, a gestão fiscal era caótica:

Para saber, por exemplo, o gasto com pessoal, o governo “carimbava” determinadas contas e fixava os dias de pagamento. O mesmo era feito com a dívida pública e assim por diante. Não se sabia também ao certo a quantidade de contas e o número de gestores autorizados a movimentar esses recursos. Portanto, embora já houvesse uma centralização na arrecadação por parte da Receita Federal, a execução dos gastos era descentralizada e sem controle, um resquício ainda dos tempos coloniais. Diariamente, o Banco do Brasil consolidava o montante dos recursos que o governo utilizava, verificava o saldo nas contas-correntes e pedia ao Banco Central (BC) para cobrir a diferença através da chamada “conta-movimento”. Então, o BC emitia dinheiro ou dívida, sem autorização do Congresso, para fechar o caixa. Para tornar as coisas um pouco mais confusas, o BC ainda possuía uma carteira de “fomento”, composta por créditos à agricultura e à indústria, como se fosse uma instituição financeira comum. A desordem institucional se completava com o irrealismo do orçamento público, que, por sinal, não era único. Um desses orçamentos, chamado de “monetário”, envolvia a programação das instituições financeiras ligadas à União. Por essa peça, o governo emprestava recursos subsidiados ao setor agrícola, por exemplo. Mas esses subsídios ao trigo, açúcar e álcool, entre outras atividades, não eram tratados como despesas da União. Dessa forma, o orçamento brasileiro não atendia a dois sacramentos básicos: não era único, pois havia mais de uma peça orçamentária, e não era universal, já que havia despesas não contabilizadas (FERREIRA, 2016, p. 99. Grifado).

A expectativa, com a criação do BC, era que tal situação fosse regularizada e que houvesse mais transparência nas informações. Porém, não foi o que ocorreu. Conforme a Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, o BB continuaria a ser o principal agente da política de crédito federal, com recursos supridos pelo CMN. Por sua vez, o curto prazo para a implantação do BC levou “a improvisações em torno da complexa transferência de atribuições do BB para o Bacen e do cumprimento, pelo primeiro, de suas responsabilidades na área de crédito oficial” (NÓBREGA, 2016, p. 30-31). Como instrumento de transição, foi criado um mecanismo contábil chamado conta-movimento. Esta seria uma solução transitória, a permitir que o BC começasse a funcionar. Entretanto, prevaleceu a interpretação de que o CMN poderia suprir o BB de recursos financeiros, por intermédio dessa conta. E, assim, a conta-movimento, que seria temporária, foi utilizada por muito tempo na relação entre BB e BC.

Por meio dessa conta, os saldos negativos do BB seriam zerados diariamente pelo BC, o que o levava a emitir moeda ou a expandir a dívida pública. A conta-movimento seria, inicialmente, liquidada semanalmente com juros de 1% (um por cento). Contudo, afrouxou-se essa exigência, de modo que “a ‘conta de movimento’ passou a ser uma espécie de redesconto automático dos

financiamentos do Banco do Brasil. No auge do processo, a ‘conta de movimento’ chegou a ultrapassar a base monetária” (CAMPOS, 1994, p. 666-667).

O passar dos anos demonstrou que a conta-movimento foi utilizada como mecanismo de expansão de despesas sem autorização orçamentária, por meio de emissão de moeda. Em termos práticos, o BB funcionava como banco emissor em nome do TN (AYRES, GARCIA, GUILLEN, KEHOE, 2019, p. 8. Grifado). Tal fato comprometia a atuação do BC como executor da política monetária e, conseqüentemente, comprometia o controle inflacionário.

Ocorre que esse procedimento não estava previsto expressamente em lei e foi respaldado por meio de “interpretações criativas” a partir de dispositivos imprecisos e de omissões da Lei 4.595, de 1964 (FRANCO, 2017, p. 393-395). É intuitiva a natureza inflacionária da utilização em larga escala dos recursos (oriundos do CMN e manejados pelo BC para cobertura das ações do BB) que se dirigiam à conta-movimento nesse período.

Esse mecanismo foi formalmente extinto no contexto do Plano Cruzado I, por ato do CMN, mediante a aprovação do Voto 45/86, o qual tinha como objeto as “Operações de crédito de interesse do Tesouro Nacional realizadas pelo Banco do Brasil S.A.”. Interessante notar que a conta-movimento foi extinta da mesma forma que foi criada: sem qualquer alteração legislativa; apenas por ato do CMN (BRASIL, 1986, p. 1-2).

Com essas mudanças, a ordem dos procedimentos foi alterada. Anteriormente, o BB realizava as operações de crédito, e o BC fazia a cobertura dos saldos negativos. A partir de então, o BB somente poderia realizar operações de crédito de interesse do TN mediante a prévia e específica existência de valores, autorizados no orçamento da União. Estava, pois, extinta a conta-movimento, e junto com ela finalizou-se um mecanismo de senhoriagem de elevado potencial inflacionário (AYRES, GARCIA, GUILLEN, KEHOE, 2019, p. 27-28).

Outro mecanismo utilizado nesse período foi a possibilidade de expansão da dívida pública, a critério do CMN, igualmente sem transitar pelo orçamento público. Tal situação ocorria com respaldo na Lei Complementar 12, de 8 de novembro de 1971. Com efeito, o BC foi autorizado a emitir títulos públicos e a contabilizar os encargos no próprio giro da dívida, sem passar pelo orçamento da União. Em suma, a “Lei Complementar 12 outorgava às autoridades monetárias uma enorme flexibilidade na administração da dívida pública interna, inclusive para o financiamento de dispêndios extraorçamentários” (ALÉM, GIAMBIAGI, 2016, p. 97). De todo modo, o objetivo a justificar os procedimentos dessa lei complementar seria o de financiar atividades de fomento à agricultura sem comprometer a política monetária e o equilíbrio orçamentário. Contudo, o resultado, com o passar dos anos, não foi o esperado.

Não obstante os princípios orçamentários da universalidade e da unidade, havia uma multiplicidade de orçamentos na época. Nas finanças públicas brasileiras, até o exercício de 1986, coexistiam o Orçamento Geral da União (OGU), o orçamento das empresas estatais, o orçamento monetário e a conta da dívida. Ocorreu que, não obstante as denominações, esse conjunto acabou servindo ao financiamento “de gastos de natureza fiscal – gastos que, como já visto anteriormente, eram cobertos não só pela arrecadação, mas também por malabarismos e engenhosidades financeiras que geravam receitas” (LOCHAGIN, 2011, p. 194).

Tal nível de confusão (entre autoridades monetárias e fiscais) permitia uma grande expansão do gasto público e contribuía para a falta de transparência das informações financeiras no período. Como dito, esse modelo de interação entre as autoridades fiscais (TN) e monetárias (BC) e o agente financeiro do governo (BB) contribuiu para o fluxo de recursos públicos que contribuíram para o chamado “milagre brasileiro”, entre o final dos anos 1960 e os anos 1970. Quando somados aos elementos de indexação da economia, tais componentes oriundos da

relação entre BC, TN e BB foram relevantes para o processo inflacionário brasileiro da década de 1980 (PASTORE, 2015, p. 71).

Pode-se afirmar que a situação começou a mudar a partir do fim dos anos 1970. Nóbrega (2016, p. 32) noticia que, em junho de 1979, o presidente do BC propôs ao Ministro da Fazenda a separação de funções das “duas autoridades monetárias” (no caso, o BC e o BB), a integração de títulos do Tesouro no Orçamento da União (mediante alteração da Lei Complementar 12, de 8 de novembro de 1971), bem como a transferência de funções de fomento do BC para o BB. Pouco tempo depois, no início dos anos de 1980, o Brasil foi atingido por crises financeiras externas (MARICHAL, 2016, p. 175-176), cujos efeitos foram agravados por vulnerabilidades internas (NÓBREGA, 2016, p. 35). Em resposta, houve tentativas de melhoria do quadro institucional, como contrapartida para o acesso a auxílios financeiros do Fundo Monetário Internacional (FMI) (ALÉM, GIAMBIAGI, 2016, p. 107).

Iniciou-se, a partir de então, um ciclo de alterações que culminou, entre outras medidas, com a separação de funções entre BC, TN e BB, a partir do ano de 1986.

3 A criação da Secretaria do Tesouro Nacional, a segregação de funções e a Constituição de 1988

Vistas em perspectiva, as conjunturas internacional e nacional ao final dos anos 1970 e início dos anos 1980 apontavam para as crises (de dívida pública e de inflação) que se agravavam nos planos externo e interno. Tal situação levou a “um longo período de estagnação da economia brasileira que, com raras e curtas interrupções, se estendeu até meados da década de 1990, caracterizando os anos 80 como uma ‘década perdida’” (HERMANN, 2016, p. 74).

Sob os efeitos da crise do mercado financeiro internacional e da moratória mexicana em 1982, o governo brasileiro solicitou apoio financeiro ao FMI (CERQUEIRA, 2003). Por ocasião das negociações de seus termos, o relacionamento entre BC, TN e BB passou a ser tratado com maior interesse e detalhamento. Nóbrega (2016) informa que, em 1983, formou-se um grupo de trabalho com membros de diversos órgãos do Ministério da Fazenda e da Secretaria de Planejamento da Presidência da República (que, nos anos seguintes, viria a ser o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão), juntamente com representantes do BC e do BB. Ao final de 1984, foi apresentado um relatório, o qual apontava um diagnóstico das finanças públicas federais e propunha as seguintes medidas:

- 1) Extinção da “conta de movimento” do BB e simultaneamente autorização para o banco atuar em todos os campos permitidos aos bancos comerciais;
- 2) Extinção das funções de fomento do Bacen e sua gradual transformação em banco central clássico;
- 3) Extinção do Orçamento Monetário e a transferência de suas operações fiscais, incluindo os subsídios, para o Orçamento Fiscal;
- 4) Transferência, do Conselho Monetário Nacional para o Congresso, do poder de autorizar a expansão da dívida pública;
- 5) Transferência, do Bacen para o Ministério da Fazenda, da gestão da dívida pública;
- 6) Proibição de o Bacen financiar diretamente o Tesouro ou adquirir seus títulos em leilões primários;
- 7) Transferência, do BB para o Ministério da Fazenda, da execução do Orçamento da União;
- 8) Criação da Secretaria do Tesouro Nacional para cuidar da execução do Orçamento e da gestão da dívida pública, mantendo-se o Bacen como agente do Tesouro para a colocação de títulos públicos e para o serviço da dívida pública (NÓBREGA, 2016, p. 38).

Essas propostas foram aprovadas em dezembro de 1984, por meio da Decisão CMN 283/84. Na ocasião, ficaram estabelecidas as diretrizes para a reestruturação dos órgãos responsáveis pela política econômica (fiscal, monetária e creditícia) e os seguintes objetivos:

a) – consolidar, no contexto das finanças públicas, os princípios da disciplina e controle que inspiraram a reforma introduzida pela Lei 4.595/64; b) – incorporar, no Orçamento da União, todos os dispêndios de responsabilidade do Governo Federal; c) – rever as funções do Banco Central, restringindo sua atuação aos campos que lhe são próprios, como o redesconto de liquidez, os depósitos compulsórios do sistema bancário, as operações de mercado aberto, as operações cambiais, a administração do meio circulante, bem assim a fiscalização e o controle do sistema financeiro nacional; d) – redefinir as funções do Banco do Brasil, preservando o seu papel de principal instrumento de política creditícia do Governo Federal e de agente do Tesouro Nacional; e) – transferir para o Ministério da Fazenda a administração da dívida pública, que continuaria operacionalizada pelo Banco Central (BRASIL, 1984).

A meta era implementar as alterações de modo imediato, a começar pela conta-movimento. Contudo, houve atrasos, de modo que as mudanças somente foram retomadas em 1986, já sob novo governo (NÓBREGA, 2016, p. 38-39). Assim, extinguiu-se a conta-movimento, conforme o Voto CMN 45/86 (BRASIL, 1986). No mesmo ano, foi criada a STN, com o Decreto 92.452, de 10 de março de 1986. Em 1987, propôs-se a extinção das funções de fomento do BC; passou-se a gestão da dívida pública para a STN e se extinguiu o orçamento monetário. A lei orçamentária para 1988 foi a primeira a incorporar todas essas mudanças.

A relação entre as autoridades fiscal e monetária foi objeto de preocupação nas comissões temáticas da Assembleia Nacional Constituinte, entre 1987 e 1988. Os trabalhos da Subcomissão do Sistema Financeiro (que resultaram no art. 164 do texto constitucional vigente) registraram a relevância do tema e seus impactos sobre o déficit público e o controle inflacionário, conforme exposição de André Lara Resende, conforme trecho do relatório final:

Também foi mencionado o relacionamento do Tesouro com as Autoridades Monetárias, como sendo bastante confuso. Foi apresentado como deveria funcionar o Tesouro do ponto de vista clássico, sendo o Banco Central seu banqueiro. Nesse caso ter-se-ia o orçamento do Tesouro, com as fontes e destinações dos recursos, e conhecimento real do déficit. O expositor mostrou que no Brasil o sistema não funciona porque nem todas as despesas do Tesouro estão no seu orçamento. Existem gastos fiscais ou para-fiscais, feitos através de mecanismos do BACEN do Banco do Brasil, que não passam pelo orçamento do Tesouro, fugindo ao controle. [...] A opinião do expositor sobre o Banco Central é cautelosa no que diz respeito a banco independente no País. O que considera importante é a disciplina orçamentária. Ao se aprovar despesas, devem ficar definidas as fontes de receita, de forma a não aumentar o endividamento público. Concluindo, o orador sugere um Banco Central na sua função clássica, que seja simplesmente autoridade monetária, controlando a liquidez de curto prazo e que possa emitir única e exclusivamente quando houver fonte. Quando se tratar de aumento do endividamento público e para cobrir déficit, vende-se títulos. Portanto, o Tesouro só poderá ter déficit quando for financiável, evitando assim a emissão de moeda pelo Banco Central, como ocorre hoje, e a elevação da inflação (BRASIL, 1988, p. 4).

Como se percebe, a separação, e, ao mesmo tempo, a integração entre as autoridades fiscal e monetária, não é preocupação recente. Está registrado no relatório final da Subcomissão do Sistema Financeiro o seguinte diagnóstico:

Diante da omissão das autoridades, da ausência de normas impeditivas e até por circunstâncias, o Banco Central assumiu o papel de virtual administrador da política econômica, intimamente ligado aos Ministros da Fazenda e do Planejamento. Suas decisões repercutem diretamente sobre a vida de cada brasileiro. *Telex* do Banco Central passou a ter, muitas vezes, mais força que o texto constitucional. Responde o Banco Central por inúmeras e até incompatíveis funções: emite moeda, executa a programação orçamentária, maneja instrumentos de política monetária, gerencia o sistema financeiro nacional, financia o déficit público, controla as operações de câmbio e o comércio exterior e mantém operações de fomento. Com isso, perdem a sociedade, pelos desacertos na condução de diversas e interdependentes políticas, e o próprio Banco Central, no que diz respeito a sua credibilidade e eficácia (BRASIL, 1988, p. 4).

Algumas das proposições foram inseridas no texto final da Constituição (NÓBREGA, 2016, p. 40). Nas fases iniciais dos trabalhos da subcomissão, chegou a ser proposta a independência para o Banco Central, a qual foi rejeitada nas primeiras votações. De todo modo, o poder monetário do BC foi reforçado, como também foi enfatizada a proibição de financiar ou emprestar recursos ao TN ou a outra entidade que não fosse instituição financeira. Por outro lado, permitiu-se ao BC emitir e negociar títulos públicos no mercado primário para fins de política monetária, o que lhe possibilitaria “contornar a proibição de financiamento do governo e aumentar a liquidez da economia de forma consequente” (DURAN, 2013, p. 108).

Nesse mesmo período, após o fim da conta-movimento e da “conta de suprimentos especiais”, que a substituiu temporariamente (AYRES, GARCIA, GUILLEN, KEHOE, 2019, p. 13), houve alteração legal a determinar que o resultado positivo das operações do BC deveria ser encaminhado ao TN, por meio de alteração do art. 8º, parágrafo único, da Lei 4.595, de 1964 (AYRES, GARCIA, GUILLEN, KEHOE, 2019, p. 29).

Em suma, esse período foi marcado pelo início efetivo da separação de funções fiscais e monetárias entre órgãos e entidades distintas.

4 Estabilidade monetária: Plano Real, tripé macroeconômico e Lei de Responsabilidade Fiscal

Em sua primeira fase, entre 1994 e 1998, a execução do Plano Real se pautou em política de juros altos, câmbio fixo (e valorizado) frente ao dólar, abertura econômica (e maior liberdade quanto fluxo de capitais estrangeiros), redução de despesas primárias e aumento da arrecadação via tributação (PASTORE, 2021, p. 224-225).

No contexto das mudanças institucionais promovidas na época, uma das que mais impactaram o relacionamento entre TN e BC foi a diminuição da composição do CMN, após a Lei 9.069, de 29 de junho de 1995. A partir de então, esse colegiado passou a ser composto apenas pelo Ministro da Fazenda (com as funções de presidente), Ministro do Planejamento⁴ e pelo presidente do BC.

4 Com a extinção do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em 2019, o CMN passou a ser composto pelo Ministro da Economia, pelo presidente do BC e pelo “Secretário Especial de Fazenda do Ministério da Economia”, nos termos do art. 8º da Lei 9.069, de 29 de junho de 1995, alterada pela Lei 13.844, de 18 de junho de 2019.

A mudança foi recebida de modo positivo pelos partidários de uma maior independência para a autoridade monetária (FRANCO, 2016, p. 62-65). No entanto, foi criticada por defensores de um aumento da legitimidade social na elaboração e na execução da política monetária (AMARAL, 2018, p. 715). Em todo caso, pode-se afirmar que, no início do Plano Real, houve reforço na segregação das atividades fiscais e monetárias, por meio de uma maior autonomia operacional ao Banco Central (PEDRAS, 2009, p. 65).

Por outro lado, em razão de diversos fatores internos e externos, incluindo crises internacionais (México em 1994, Ásia em 1997 e Rússia em 1998), a manutenção dos pilares originais do Plano Real acarretou elevado custo fiscal, diante do fim do “imposto inflacionário”, da prolongada manutenção do câmbio fixo e valorizado, juros elevados, deterioração da relação dívida pública/ PIB e o conseqüente aumento das despesas financeiras (PINTO, 2010). Em razão desse conjunto de fatores, o Brasil submeteu-se, no segundo semestre de 1998, a um novo acordo com o FMI (GIAMBIAGI, 2016, p. 175-176).

As alterações macroeconômicas do período, no contexto da estabilização inflacionária (a incluir restrições monetárias, fiscais, bancárias e na relação da União com os entes subnacionais), “compreenderam as mudanças que esvaziaram o CMN, através da criação da Comoc e do Copom; os programas de saneamento, extinção e privatização de bancos públicos; o tratamento regulatório dos bancos remanescentes com base nos princípios da Basileia”, entre outras (FRANCO, 2017, p. 709).

A partir de 1999, a condução da economia (com reflexos diretos no Direito Financeiro) passou a ter nova configuração, cuja matriz ficou conhecida como “tripé macroeconômico”, o qual, sendo “composto por austeridade fiscal-câmbio flutuante-metas de inflação”, permitiria “enfrentar os principais desequilíbrios que em épocas anteriores tinham interrompido o crescimento da economia brasileira e gerado crises econômicas importantes, algumas vezes acompanhadas por crises políticas” (ALÉM; GIAMBIAGI, 2016, p. 193-194).

Como é possível presumir, tal configuração passou a exigir uma atuação mais coordenada entre as políticas monetária e fiscal, como de fato ocorreu (PASTORE, 2021, p. 226). Nesse contexto, a LRF aprovada em 2000 estabeleceu novos parâmetros para esse relacionamento. No conjunto dessa lei complementar, uma “das preocupações centrais nesse relacionamento é a de que o Banco Central, de qualquer forma e por qualquer meio, não seja utilizado para financiar o Tesouro Nacional” (OLIVEIRA, 2013, p. 720).

De acordo com a LRF, passaram a ter destaque as regras de planejamento e de elaboração orçamentária (art. 4º), com anexo de metas fiscais (art. 4º, § 1º), a incluir metas de receita, despesa, resultado nominal, resultado primário e dívida pública, bem como anexo específico (art. 4º, § 4º) para metas de políticas monetária, cambial, creditícia e de inflação.

Esses anexos possibilitam o conhecimento das perspectivas da política econômica (dados como meta de inflação, superávit primário, câmbio e juros). Nesse sentido, divulgação da Lei de Diretrizes Orçamentárias (que os veicula) costuma ser aguardada pelos agentes de mercado e tem ampla repercussão nos meios de comunicação. A elaboração de tais documentos demanda trabalho conjunto e sincronizado entre o BC e a STN.

A LRF traz duas normas específicas que abordam diretamente o relacionamento entre BC e TN. A primeira trata do custeio administrativo (incluindo despesas com pessoal) e dos investimentos do BC, os quais deverão estar previstos na Lei Orçamentária Anual (art. 5º, § 6º), não podendo ser custeados pelos resultados de suas operações, muito menos por seu patrimônio líquido, como ocorre, por exemplo, no caso de seu congênera estadunidense *Federal Reserve*. No entanto, há um silêncio nessa lei complementar quanto ao custeio das atividades finalísticas do BC. Por sua vez, a segunda norma da LRF diz respeito ao resultado do BC e sua relação com o Tesouro Nacional (art. 7º).

Ainda sobre a atuação do BC, a LRF estabelece a exigência de apresentação semestral da “avaliação do cumprimento dos objetivos e metas das políticas monetária, creditícia e cambial, evidenciando o impacto e o custo fiscal de suas operações e os resultados demonstrados nos balanços” perante comissões do Congresso Nacional” (art. 9º, § 5º), assim como proibiu o BC de emitir títulos próprios (art. 34) e estabeleceu restrições à atuação do BC com o Tesouro Nacional e com demais entes da federação (art. 39).

5 Crises financeiras internacionais (período de 2008 a 2020): aumento dos balanços dos bancos centrais, equalização cambial e autonomia do BC

Entre 1985 e 2007, nos Estados Unidos e nos países europeus, a volatilidade do crescimento real da economia e as taxas de inflação foram significativamente baixas, quando comparadas às décadas anteriores (PAPADIA; VÄLIMÄK, 2018, p. 76). Em tais economias, esse período ficou conhecido como a “grande moderação” (KING, 2016, p. 05-06).

Não obstante a aparente calma localizada, o restante da economia mundial passou por crises e recessões. Segundo Stiglitz (2010, p. 35), as sementes do que ocorreu em 2008 teriam sido lançadas bem antes, principalmente em razão de sinais de desequilíbrios macroeconômicos e da frágil regulamentação do sistema financeiro como um todo.

Ao longo dos anos 2000, após as crises bancárias e financeiras em quase uma centena de países nas décadas anteriores, os governos e os bancos centrais passaram a incrementar seus balanços por meio do aumento de reservas em moeda estrangeira, principalmente em dólar. Os acréscimos foram da ordem de centenas de bilhões de dólares. Marichal (2016) explica:

Os governos e os bancos centrais dos países em vias de desenvolvimento aprenderam uma lição sobre as crises, muito diferente da que propunham os economistas neoliberais e do FMI. **Qual era a solução? Na América Latina e nos países asiáticos, assim como em grande parte do mundo em desenvolvimento, a resposta foi evidente e pragmática: era necessário que cada nação se assegurasse da acumulação de volumosas reservas internacionais em dólares, com um complemento de euros (desde 2000) e de algumas moedas fortes. Contar com reservas lhes permitiria minorar problemas potenciais nas balanças de pagamento e defender-se de ataques especulativos maciços.** A partir de 1999, o auge do comércio internacional e das exportações dos países periféricos permitiu-lhes pôr em prática esse ‘remédio’ preventivo. Entre 2000 e 2007, a **China** aumentou suas reservas internacionais em mais de 1.200 bilhões de dólares; a **Coreia do Sul**, a **Índia** e **Taiwan**, em cerca de 200 bilhões de dólares (cada qual em adição ao que já tinham); enquanto a **Rússia** e os demais países exportadores de petróleo lograram um aumento de quase 800 bilhões de dólares. Na América Latina, tanto **Brasil** quanto **México** se aproximaram, cada qual, do patamar dos 100 bilhões de dólares em reservas em 2007 (MARICHAL, 2016, p. 223-224. Grifado).

Após 2008, os bancos centrais dos países de economias mais fortes passaram a seguir a mesma tendência. Nesse contexto, *Federal Reserve*, o Banco da Inglaterra e o Banco Central Europeu expandiram seus balanços. Na verdade, “expansão de balanços” ou *quantitative easing* seriam formas eufemísticas para se referir à emissão monetária destinada a financiar a adoção de medidas anticíclicas para enfrentar os efeitos da crise na época. O resultado foi que os bancos centrais em geral expandiram seus balanços e aumentaram seus ativos (*balance sheet management*), ao mesmo tempo em que os juros foram reduzidos (chegando a níveis negativos) e se criou moeda (PAPADIA; VÄLIMÄK, 2018, p. 126).

Nesse contexto, o BC acelerou o movimento anterior de incremento de reservas internacionais (CARVALHO JUNIOR, 2016; CARVALHO JUNIOR, 2018). A depender da forma e da periodicidade como é apurado o resultado do respectivo banco central, bem como a destinação dos lucros e a cobertura dos prejuízos, tais operações apresentam resultados voláteis que geram impactos relevantes nas finanças públicas, influenciando direta e simultaneamente os indicadores de arrecadação e de endividamento público.

Com efeito, os “eventos de 2008 claramente interrompem uma tendência de separação entre assuntos monetários e fiscais e redefinem o distanciamento entre autoridade fiscal e monetária” (FRANCO, 2017, p. 91). No âmbito do Direito Financeiro, passou-se a demandar o estabelecimento (ou a revisão) dos marcos jurídicos do relacionamento entre os bancos centrais (responsáveis pela gestão das reservas em moeda estrangeira) e os respectivos tesouros nacionais (BUNEA; KARAKITSOS; MERRIMAN; STUDENER, 2016, p. 4).

Com aumento dos balanços e, no caso brasileiro, com a elevação das reservas em moeda estrangeira, o resultado do BC (que deveria ser repassado ao TN periodicamente) passou a ficar exposto à variação cambial. Nesse sentido, uma mudança de centavos no valor do dólar poderia impactar patrimônio líquido do BC, gerando lucros ou prejuízos que poderiam chegar a centenas bilhões de reais e acarretando considerável fluxo de recursos entre as autoridades fiscal e monetária, tanto em espécie e quanto em títulos públicos.

Nessa época, foi editada a Medida Provisória 435, de 26 de junho de 2008 (posteriormente, convertida na Lei 11.803, de 5 de novembro de 2008), que criou o mecanismo de “equalização cambial” para fins de neutralizar o impacto das oscilações cambiais frente aos demais componentes do resultado do BC. De acordo com as regras estabelecidas, deveria ser feita a apuração em separado do resultado das operações com moeda estrangeira, por meio de marcação a mercado diária. Assim como as demais parcelas do resultado do BC, esse mecanismo determinava a transferência (em dinheiro) dos resultados positivos para o TN e a cobertura, em favor do BC, dos resultados negativos (mediante títulos da dívida pública).

A princípio, a equalização cambial seria procedimento meramente contábil, que não alteraria os fluxos financeiros e não geraria custos adicionais. No entanto, não foi isso o que a sua execução demonstrou ao longo dos anos. Com efeito, a equalização cambial e a ausência de reservas de resultados foram objeto de críticas, que apontavam inconstitucionalidades formal (veiculação por medida provisória e não por lei complementar) e material (por levar ao financiamento indevido do TN pelo BC) (CARVALHO JUNIOR, 2018, p. 37-38).

O tema chegou a ser analisado pelo Tribunal de Contas da União, por meio de relatório de acompanhamento, materializado no Acórdão 1.259/2011 (BRASIL, 2011). Na ocasião, a corte entendeu não haver inconstitucionalidade formal, nem irregularidades na interação das políticas fiscal, monetária e cambial, realizadas pela STN e pelo BC.

Esse modelo de apuração de resultados durou até a entrada em vigor da Lei 13.820, de 3 de maio de 2019. Com ela, houve relevante alteração no marco legislativo da relação entre Tesouro Nacional e Banco Central. Conforme relatório elaborado pela STN sobre o tema, um dos objetivos da nova lei é trazer mais transparência e ganhos para o gerenciamento da dívida pública e para a política monetária:

As regras que definem o relacionamento entre as autoridades fiscal e monetária têm diversas implicações para temas como a gestão de liquidez no sistema bancário, o desenvolvimento do mercado financeiro e o endividamento público. Em particular, o processo de acumulação de reservas internacionais, notadamente a partir de 2006, associado à significativa volatilidade

cambial, deu origem a fluxos financeiros de grande magnitude entre o BC e TN e revelou a necessidade de aprimoramentos no arcabouço legal vigente, principalmente no sentido de diminuir os fluxos associados com a equalização cambial, de forma a trazer efeitos benéficos para a administração da liquidez monetária e da inflação, bem como para a gestão da DPF [Dívida Pública Federal]. Com isso em mente, foram direcionados esforços pelas duas instituições e pelo Congresso Nacional para instituir um novo arcabouço que minimize o montante do fluxo de recursos transferidos, com especial atenção para a equalização cambial, que geralmente não tem contrapartida em fluxos reais, a partir da efetiva venda ou compra de reservas internacionais. Tais esforços resultaram na Lei nº 13.820/2019, sancionada em 02 de maio de 2019, que traz, dentre outros aperfeiçoamentos, mecanismos para a constituição de reservas no próprio balanço do BC a partir do resultado da equalização cambial (BRASIL, 2019a, p. 5).

A principal modificação está na alteração do tratamento dos resultados do BC oriundos das variações (em Real) das reservas em moeda estrangeira e das operações com derivativos cambiais. Ao invés de repassar semestralmente os resultados positivos ou ter os resultados negativos cobertos pelo TN, o BC terá agora uma conta para reserva (art. 3º),⁵ na qual acumulará os ganhos e compensará as perdas em tais operações ao longo do tempo. Trata-se, portanto, de medida de aperfeiçoamento, pois com essa reserva evita-se o elevado fluxo de moeda e de títulos públicos entre as autoridades fiscal e monetária. Entretanto, há um questionamento jurídico relevante quanto à possibilidade de lei ordinária estabelecer regras de gestão financeira e patrimonial do BC (apuração e destinação de resultados), em face ao disposto no art. 165, § 9º, II, segundo o qual o estabelecimento de “normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta” cabe à lei complementar.

Por fim, a última alteração legislativa relevante foi a entrada em vigor da Lei Complementar 179, de 24 de fevereiro de 2021. Suas finalidades são: indicar os objetivos do BC, dispor sobre sua autonomia e estabelecer mandato para seu presidente e para a diretoria. Com essa lei, o relacionamento entre o TN e o BC passou outro a patamar normativo, pautado por uma forte autonomia, de fato e de direito, da autoridade monetária frente ao Poder Executivo.

Primeiramente, houve ampliação dos escopos do BC. Nos termos da lei, ao lado do objetivo fundamental de “assegurar a estabilidade de preços” (art. 1º, *caput*), o BC deve também “zelar pela estabilidade e pela eficiência do sistema financeiro, suavizar as flutuações do nível de atividade econômica e fomentar o pleno emprego” (art. 1º, parágrafo único).

Em segundo lugar, a citada lei complementar estabelece mandatos fixos para o presidente e para a diretoria. Desse modo, salvo os casos de exoneração a pedido (art. 5º, I), de enfermidade (art. 5º, II) ou de condenação judicial, “mediante decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, pela prática de ato de improbidade administrativa ou de crime cuja pena acarrete, ainda que temporariamente, a proibição de acesso a cargos públicos” (art. 5º, III), o mandato somente poderá ser abreviado em caso de “comprovado e recorrente desempenho insuficiente para o alcance dos objetivos do Banco Central do Brasil” (art. 5º, IV), por decisão de maioria absoluta do Senado Federal, mediante requerimento do Presidente da República, provocado pelo CMN (art. 5º, § 1º). E mais: os mandatos da diretoria do BC não coincidem com o do chefe do Poder Executivo da União (art. 4º, § 2º). Em outras palavras, um chefe do Executivo recém-empossado terá que manter a diretoria do BC escolhida por seu antecessor, a menos que convença seus membros a renunciarem.

⁵ “Art. 3º A parcela do resultado positivo apurado no balanço semestral do Banco Central do Brasil que corresponder ao resultado financeiro positivo de suas operações com reservas cambiais e das operações com derivativos cambiais por ele realizadas no mercado interno, observado o limite do valor integral do resultado positivo, será destinada à constituição de reserva de resultado.”

Em terceiro lugar, o BC se tornou “autarquia de natureza especial caracterizada pela ausência de vinculação a Ministério, de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia técnica, operacional, administrativa e financeira, pela investidura a termo de seus dirigentes e pela estabilidade durante seus mandatos” (art. 6º), ou seja, a autarquia deixa de ser entidade vinculada ao Ministério da Economia e assume posição insulada na administração pública federal, desvinculada de ministérios, condição que reforça sua autonomia.

Nesse sentido, nos termos da Lei Complementar 179, de 24 de fevereiro 2021, o BC passou a ser uma agência governamental dotada de elevado grau de liberdade, tanto organizacional quanto finalística, desvinculado de qualquer outro órgão do governo da União, inclusive e principalmente, em face do Ministério da Economia. Em razão de suas peculiaridades orçamentárias, o BC passou a ser um dos entes mais autônomos da estrutura estatal brasileira (NASCIMENTO, 2021). Em outras palavras, para ser uma agência completamente independente, falta-lhe apenas a iniciativa de lei sobre matérias de seu interesse, como ocorre com os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Considerações finais

O trabalho expôs um panorama do relacionamento, na perspectiva jurídica, entre autoridades fiscais e monetárias no Brasil, a partir da segunda metade do século XX e seus principais problemas. Partiu-se de uma situação de confusão de atribuições até o contexto atual de segregação de funções em bases jurídicas (constitucionais e legais).

Inicialmente, foi exposta a relação entre funções monetárias e fiscais no Brasil ao longo do século XX e a necessidade de aperfeiçoamento de suas bases institucionais. Indicou-se a origem dos bancos centrais, como as agências responsáveis pela concepção e execução da política monetária. No caso brasileiro, apontou-se o processo inflacionário como o contexto necessário para a melhor compreensão das alterações normativas que promoveram a segregação de tais funções, desde a criação do Banco Central do Brasil, em 1964, até a implantação de seu regime de plena autonomia, por meio da Lei Complementar 179, em 2021.

Após, indicou-se o contexto de crise econômica, no começo dos anos 1980, como principal justificativa das reformas na estrutura das finanças públicas brasileiras, que levaram à criação da Secretaria do Tesouro Nacional, à efetiva unificação dos orçamentos, ao fim da conta-movimento, à implantação da Conta Única, à constitucionalização do Banco Central e à gradativa separação de competências entre esses órgãos e entidades.

Foram expostas também as alterações normativas no relacionamento entre Banco Central do Brasil e a Secretaria do Tesouro Nacional, no contexto da estabilização inflacionária promovida pelo Plano Real, entre 1993 e 1994, bem como a adoção do tripé macroeconômico, em 1999, e a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, em 2000.

Por último, foram expostas as grandes crises econômicas do século XXI e seus impactos sobre o relacionamento entre bancos centrais e tesouros nacionais. No Brasil, os pontos relevantes foram: 1) a manutenção de elevado volume de reservas internacionais; 2) a criação (e revogação) do mecanismo de equalização cambial; 3) a criação de mecanismo de reserva de resultados positivos no âmbito do Banco Central e 4) o aumento da autonomia da autoridade monetária, com a Lei Complementar 179, de 24 de fevereiro de 2021. Com esse panorama normativo, é possível afirmar que atualmente o BC possui elevado grau de autonomia, de fato e de direito, frente ao governo nacional. E essa autonomia abrange tanto sua governança, quanto a concepção e execução de suas atividades finalísticas.

Assim, ao recuperar e contextualizar os principais aspectos normativos, foram expostos subsídios para o constante aperfeiçoamento das instituições e das diversas e complexas questões jurídicas suscitadas nas relações entre Tesouro Nacional e Banco Central no Brasil.

Referências

ALÉM, Ana Cláudia; GIAMBIAGI, Fabio. **Finanças públicas: teoria e prática no Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2016.

AMARAL, Marcelo Quevedo do. A transparência da política monetária e a sua limitação aos objetivos constitucionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. v. 8, n. 1, p. 706-724. Brasília, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4620>. Acesso em: 31 jan. 2022.

AMORIM NETTO, Marcos. **O orçamento monetário: formulação e acompanhamento de suas contas no período 1963/1966**. Dissertação (Mestrado em Economia). Fundação Getúlio Vargas. Escola de Pós-Graduação em Economia. Rio de Janeiro, 1968.

AYRES, João; GARCIA, Marcio; GUILLEN, Diogo; KEHOE, Patrick. The monetary and fiscal history of Brazil, 1960-2016. **IDB Working Paper Series n. 990/April 2019**. Washington DC: IDB, 2019. Disponível em: <https://publications.iadb.org/en/monetary-and-fiscal-history-brazil-1960-2016>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 12. ed. Rio de Janeiro, 1978.

BERNANKE, Ben S. **21ST Century monetary police: the Federal Reserve from Great Inflation to COVID-19**. New York: W. W. Norton & Company, 2022.

BERNANKE, Ben S.; GEITHNER, Timothy F.; PAULSON JUNIOR, Henry M. **Firefighting: the financial crisis and its lessons**. New York: Penguin Books, 2019.

BLINDER, Alan S. **Bancos centrais: teoria e prática**. Traduzido por Maria Abramo Caldeira Brant. São Paulo: Editora 34, 1999.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte 1987/1988. **Anteprojeto apresentado à Subcomissão do Sistema Financeiro**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao5/vol156_SubVcSIM.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. Poder Executivo. **Mensagem 52-63**. Diário do Congresso Nacional. Ano XVIII, n. 30, 06 abr. 1963, p. 1259-1260.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. **Ata da 433^a Reunião, de 21.08.1984**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/conteudo/cmn/AtasCmn/Ata_0433_CMN.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. **Voto n. 45/84**. Brasília: CMN, 1986.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. **Relatório Especial - Relacionamento entre o Tesouro Nacional e o Banco Central**. Brasília: STN, 2019a. Disponível em: <https://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/RelatorioBCTesouro/b3f49f92-9ceo-4f75-b5cf-d14565cd4d20>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1259/2011**. Brasília: TCU, 2011. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=1259&anoAcordao=2011>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Economia brasileira: uma introdução crítica**. 3. ed. São Paulo: 34, 1998.

BUNEA, Daniela; KARAKITSOS, Polychronis; MERRIMAN, Niall; STUDENER, Werner. **Profit distribution and loss coverage rules for central banks**: European Central Bank Occasional Paper Series. n. 169/2016. Frankfurt: ECB, 2016. Disponível em: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecbop169.en.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022.

CAMPOS, Roberto. **A lanterna na popa**: memórias. Vol. 1. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994.

CARVALHO JUNIOR, Antônio C. D'Ávila; PINTO, Victor Carvalho. Limites constitucionais à emissão de moeda. In: SILVA, Rafael Silveira e. **30 anos da Constituição: evolução, desafios e perspectivas para o futuro**. vol. 1. Brasília: Senado, 2018. p. 204-239.

CARVALHO JUNIOR, Antônio C. D'Ávila. **“Operação de equalização cambial” e o financiamento do Banco Central ao Tesouro Nacional**. Consultoria da Câmara dos Deputados. Estudo Técnico n. 04/2018. Brasília: CD, 2018. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2018/201804OperaodeEqualizacaoCambialeoFinanciamentodoBCBaoTesouroNacional.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022.

CARVALHO JUNIOR, Antônio C. D'Ávila. BC e Tesouro: um estudo sobre a Constituição, leis complementares, leis ordinárias e medidas provisórias. In: BACHA, Edmar (Org.). **A crise fiscal e monetária brasileira**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 153-191.

CAVALCANTI, Amaro. **Elementos de finanças: estudo teórico-prático**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1896.

CERQUEIRA, Ceres Alves. **Dívida Externa Brasileira**. 2. ed. Brasília: BC, 2003. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/Documents/outras_pub_alfa/D%C3%ADvida_Externa_Brasileira_-_Segunda_Edição_Revisada_Ampliada.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.

CHAUDHURI, Ranajoy Ray. **Central bank independence, regulations & monetary policy: from Germany and Greece to China and the United States**. London: Palgrave MacMillan, 2018.

CONTI, José Maurício. **O planejamento orçamentário da administração pública no Brasil**. Tese (Titularidade). Univ. de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo, 2017.

CONTI-BROWN, Peter. **The power and the independence of the Federal Reserve**. Princeton: Princeton University Press, 2016.

COSTANETO, Yttrio Corrêa da. **Bancos oficiais do Brasil: origem e aspectos de seu desenvolvimento**. Brasília: BC, 2004. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/htms/public/BancosEstaduais/livros_bancos_oficiais.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.

DURAN, Camila Villard. **Direito e moeda: o controle dos planos de estabilização monetária pelo Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DURAN, Camila Villard **A moldura jurídica da política monetária: um estudo do BACEN, do BCE e do FED**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, Alcides. Origens e evolução da Secretaria do Tesouro Nacional. In: BACHA, Edmar (Org.). **A crise fiscal e monetária brasileira**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 99-116.

FRANCO, Gustavo H. B. **Reforma monetária e instabilidade durante a transição republicana**. Rio de Janeiro: BNDES, 1983. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/premio/pr71.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.

FRANCO, Gustavo H. B. O Conselho Monetário Nacional como autoridade monetária: das origens aos dias atuais. In: BACHA, Edmar (Org.). **A crise fiscal e monetária brasileira**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 39-66.

FRANCO, Gustavo H. B. **A moeda e a lei: uma história monetária brasileira (1933-2013)**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

GIAMBIAGI, Fábio. Estabilização, reformas e desequilíbrios macroeconômicos: os anos FHC. In: GIAMBIAGI, Fábio; CASTRO, Lavinia Barros de; VILLELA, André Arruda; HERMANN, Jennifer. **Economia brasileira contemporânea (1945-2015)**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2016. p. 165-195.

GOODHART, Charles. **The evolution of central banks**. Cambridge: MIT Press, 1988.

HERMANN, Jennifer. Auge e declínio do modelo de crescimento com endividamento: O II PND e a Crise da Dívida Externa (1974-1984). In: GIAMBIAGI, Fábio; CASTRO, Lavinia Barros de; VILLELA, André Arruda; HERMANN, Jennifer. **Economia brasileira contemporânea (1945-2015)**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2016. p. 73-95.

HORTA, Maria Helena. Atribuições das autoridades monetárias no Brasil e formulação do orçamento monetário. **Texto para Discussão n. 36**. Brasília: IPEA, 1981. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0036.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.

IRWIN, Neil. **Os grandes alquimistas financeiros: as histórias secretas dos presidentes dos três principais bancos centrais do mundo em uma economia em chamas**. Traduzido por Sabine Alexander Holle. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2014.

KING, Mervin. **The end of alchemy: money, banking and the future of global economy**. New York: W.W. Norton & Company, 2016.

LOCHAGIN, Gabriel Loretto. A unificação dos orçamentos públicos pela Constituição de 1988. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 187-202.

- LONGO, Carlos A. Notas sobre um imposto inflacionário. **Revista Brasileira de Economia**. n. 36 (3), jul/set 1982. Rio de Janeiro. p. 339-346. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/viewFile/7860/6523>. Acesso em: 31 jan. 2022.
- LOYOLA, Gustavo. As relações entre a política fiscal e a política monetária no Brasil: diagnóstico e propostas. In: ALMEIDA, Mansueto; SALTO, Felipe. **Finanças públicas: da contabilidade criativa ao resgate da credibilidade**. São Paulo: Record, 2016. p. 219-254.
- MARICHAL, Carlos. **Nova história das grandes crises financeiras: uma perspectiva global, 1873-2008**. Traduzido por Eduardo Lessa. Rio de Janeiro: FGV, 2016.
- NASCIMENTO, Leandro Maciel do. A Lei Complementar 179/2021 e a autonomia do Banco Central. **Revista Eletrônica JOTA**. V. 1, p. 1. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lei-complementar-179-21-e-a-autonomia-do-banco-central-23062021>. Acesso em: 31 jan. 2022.
- NÓBREGA, Maílson da. Construção e desmonte das instituições fiscais. In: SALTO, Felipe; ALMEIDA, Mansueto. **Finanças públicas: da contabilidade criativa ao resgate da credibilidade**. Rio de Janeiro: Record, 2016. p. 27-52.
- NUNES, Selene Peres Peres. **Relacionamento entre Tesouro Nacional e Banco Central: aspectos da coordenação entre as políticas fiscal e monetária no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Economia). Universidade de Brasília. Departamento de Economia. Brasília, 1999.
- OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. **Moeda, juros e instituições financeiras: regime jurídico**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- OLIVEIRA, Weder de. **Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas**. Vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- PAPADIA, Francesco; VÄLIMÄK, Tuomas. **Central banking in turbulent times**. London: Oxford University Press, 2018.
- PASTORE, Afonso C. **Inflação e crises: o papel da moeda**. Rio de Janeiro: Campus, 2015.
- PASTORE, Afonso C. **Erros do passado, soluções para o futuro: a herança das políticas econômicas brasileiras do século XX**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2021.
- PEDRAS, Guilherme Binato Villela. História da dívida pública no Brasil: de 1964 até os dias atuais. In: CARVALHO, Lena Oliveira de; MEDEIROS, Otavio Ladeira de; SILVA, Anderson Caputo. **Dívida pública: experiência brasileira**. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional/Banco Mundial, 2009. p. 57-80.
- PINTO, Elida Graziane. **Financiamento dos direitos fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real**. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.
- PINTO, Elida Graziane. Precisamos debater os custos e riscos do regime jurídico do Banco Central. **Consultor Jurídico**. V. 1, p. 1. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-27/contas-vista-precisamos-debater-custos-riscos-regime-juridico-bc>. Acesso em: 31 jan. 2022.

REIS, Ricardo. **Can the central bank alleviate fiscal burdens?** London: LSE, 2017. Disponível em: <http://personal.lse.ac.uk/reisr/papers/19-HofCB.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022.

TOOZE, Adam. **Portas fechadas:** como a Covid abalou a economia mundial. Traduzido por José Geral Couto. São Paulo: Todavia, 2021.

TUCKER, Paul. **Unelected power:** the quest for legitimacy in central banking and the regulatory state. Princeton: Princeton University Press, 2018.

UGOLINI, Stephano. **The evolution of central banking:** theory and history. London: Palgrave Macmillan, 2017.

Regulação por Princípios e Mercado de Seguros: considerações sobre a constitucionalidade da Resolução 407/2021 do Conselho Nacional de Seguros Privados¹

Luiz Guilherme Pessoa Cantarelli*

Péricles Gonçalves Filho**

Introdução. 1 Mercado de seguros e regulação por princípios: o questionamento judicial da Resolução 407/2021 do CNSP. 2 Regras e princípios: definições preliminares. 3 Há uma obrigação constitucional de regular por regras? 3.1 Considerações gerais. 3.2 As regras como instrumentos regulatórios. 3.3 Os princípios como instrumentos regulatórios. 4 Seguro de grandes riscos e regulação por princípios. 4.1 Normas e técnicas de enforcement: a necessidade de uma avaliação contextual do uso de regras e princípios. 4.2 A legalidade da regulação por princípios. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo a análise da constitucionalidade material do modelo de regulação por princípios adotado pelo CNSP em relação aos contratos de seguro de dano para cobertura de grandes riscos. A conformidade do referido modelo com o ordenamento jurídico brasileiro se viu, recentemente, objeto de questionamento em sede de ação direta de inconstitucionalidade que sugere a sua contrariedade com os princípios que orientam a ordem econômica nacional. Por meio de uma argumentação de caráter teórico, passando pela consideração das vantagens e desvantagens em abstrato do uso dos princípios para a sua aplicação no contexto regulatório do setor de seguros, pretende-se demonstrar a potencial utilidade deste modelo regulatório, bem como a compatibilidade de sua utilização no caso da regulação de seguros com a ordenação constitucional da ordem econômica.

Palavras-chave: Seguro. Regulação. Princípios. Regras.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio financeiro do Instituto de Inovação em Seguros e Resseguros.

* Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da FGV Direito Rio. Doutorando e Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) Direito Rio, com apoio financeiro da Capes.

** Professor da FGV Direito Rio. Doutorando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. *Resarch Fellow* do Programa em Ciência, Tecnologia e Sociedade da *Harvard Kennedy School*.

Principles-based Regulation and Insurance Markets: on the Constitutionality of Resolution 407/2021 of the National Council of Private Insurance

Abstract

The present article aims to analyze the material constitutionality of the principles-based regulation model as adopted by the CNSP with regards to the large risk coverage insurance contracts. The conformity of the referred model with Brazilian legal system was recently questioned by the way of a direct unconstitutionality action which suggest that it violates the constitutional principles of national economic order. By the way of theoretic argumentation, which shall go through the advantages and disadvantages of the use of principles in abstract to its uses in the context of insurance regulation, it is intended to demonstrate the potential utility of the model, as well as the compatibility of its use in the case of insurance regulation with the constitutional discipline of the economic order.

Keywords: *Insurance. Regulation. Principles. Rules.*

Introdução

O setor de seguros tem passado, em tempos recentes, por um conjunto de mudanças que afetam tanto o mercado quanto as estratégias empregadas pelos reguladores na busca pela consecução dos objetivos definidos no marco legal do setor. De um lado, a introdução de novas tecnologias e a criação de um novo Ambiente de negociação, por meio do *Open Insurance*, modificam a lógica do mercado de seguros e, assim, criam soluções e problemas que devem ser endereçados pelo regulador. Do outro, os próprios reguladores brasileiros, o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e a Superintendência de Seguros Privados (Susep) têm revisto as suas abordagens tradicionais de regulação em prol de modelos mais flexíveis, que prometem ao mesmo tempo permitir o desenvolvimento do mercado e atender a preocupações de interesse público.

A revisão dos instrumentos regulatórios utilizados pelos reguladores do setor de seguros compreende diversas dimensões: a da supervisão, com a migração para um modelo baseado em riscos; a da atividade sancionatória da agência, com a migração de um modelo focado nas punições para um modelo focado em instrumentos menos agressivos e voltados para os resultados; e, por fim, a da normatização, passando de um modelo baseado em regras precisas e detalhadas para um modelo de *standards* ou “princípios”, voltados a conferir maior flexibilidade a reguladores e regulados para a implementação das melhores práticas.²

Alterar um modelo de regulação já estabelecido, contudo, pode não ser uma tarefa a ser desempenhada sem dificuldades. De fato, a regulação de seguros tem enfrentado alguns desafios neste processo de transição. Alguns são de ordem prática, associados à operação do novo modelo

² Referidas transformações se fletem numa série de atos administrativos produzidos pela regulação de seguros. No que diz respeito à atividade sancionatória, exemplificam este fenômeno as Resoluções 382/2020 e 393/2020 do CNSP e a Circular 646/2021 da Susep, que introduzem modificações no processo administrativo sancionador no mercado de seguros. Na dimensão de supervisão, destaque-se a previsão no planejamento estratégico da SUSEP de medidas no sentido da organização de uma supervisão baseada em risco, tais como o projeto Rating SUSEP (SUSEP, 2020a). Por fim, no campo da normatização, a alteração de um modelo de regras para um modelo de princípios se corporifica em medidas como a Resolução 382 do CNSP, que diz respeito aos princípios que devem reger relacionamento entre os regulados do setor de seguros e clientes e da Resolução 407, a qual se terá oportunidade de descrever ao longo do presente artigo.

por reguladores e agentes regulados. Outros são de ordem jurídica, como é o caso da contestação da conformidade do novo modelo com disposições instituídas nas leis e na Constituição Federal.

O objeto do presente artigo é analisar um dos desafios jurídicos à implementação de novas estratégias regulatórias pela regulação de seguros. Especificamente, será estudada aqui a constitucionalidade da adoção do modelo de regulação por princípios. Referido modelo se viu recentemente objeto de controvérsia no Supremo Tribunal Federal através da proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.074/DF (ADI 7.074), que visa o reconhecimento da inconstitucionalidade da Resolução 407 do CNSP, cujo conteúdo versa sobre o seguro de dano para a cobertura de grandes riscos. Dentre os argumentos trazidos na inicial da ADI, menciona-se a incompatibilidade da regulação por princípios com disposições constitucionais relativas à ordem econômica, especificamente aquelas que ressaltam o papel regulador desempenhado pelo Estado.

Mas seria esse mesmo o caso? A hipótese a ser aqui defendida é a de que a técnica da regulação por princípios é um mecanismo potencialmente útil para fins regulatórios e que não se confunde com a mera demissão do Estado de sua função de regulador quanto a determinadas matérias. Sendo assim, parece não haver inconstitucionalidade material na tentativa do CNSP em migrar para um modelo de regulação principiológico em detrimento de um modelo orientado em regras. A fim de testar essa hipótese, a presente pesquisa levanta e contrapõe os diversos argumentos teóricos acerca das vantagens e desvantagens de modelos de regulação por regras e por princípios e, em seguida, transpõe essas considerações do plano teórico para o caso concreto da regulação de seguro de dano.

I Mercado de seguros e regulação por princípios: o questionamento judicial da Resolução 407/2021 do CNSP

Uma das tendências recentes na regulação de seguros tem sido a de formulação de diretivas de caráter mais genérico e vago, a fim de conferir aos agentes de mercado maior flexibilidade para o desenvolvimento de soluções para problemas regulatórios que sejam ajustadas às suas realidades. Um primeiro passo nesse sentido foi a edição pelo CNSP da Resolução 382, de 4 de março de 2020, voltada ao estabelecimento de princípios a serem observados nas práticas de conduta adotadas pelos regulados no que se refere ao relacionamento com os clientes.

Seguindo essa linha, em março de 2021 o CNSP editou um segundo normativo com essa mesma abordagem, a Resolução 407, que versa sobre a elaboração e a comercialização de contratos de seguros de danos para cobertura de grandes riscos. Tal norma, conforme consta do Plano Estratégico da Susep, decorreu de um esforço dos reguladores do mercado de seguros, a fim de proporcionar ao mercado:

- (i) maior flexibilidade nas negociações contratuais entre seguradoras e segurados; (ii) oportunidade de ampliar a oferta de produtos e serviços, reduzindo assim o custo das coberturas contratadas; (iii) simplificação da regulamentação para o segmento, reduzindo assim o estoque regulatório (SUSEP, 2020a).

A tentativa de implementação de um modelo de regulação por princípios no setor de seguros, apesar de suas aparentes boas intenções, foi questionada quanto à sua constitucionalidade por meio da proposição da ADI 7.074 pelo Partido dos Trabalhadores (2022, p. 6-18). Na fundamentação, que ataca especificamente a Resolução 407 do CNSP, alega-se que o normativo estaria viciado por (i) inconstitucionalidades formais, decorrentes da ausência de competência dos reguladores de

seguros para disposição sobre a matéria objeto da resolução; e (ii) inconstitucionalidades materiais, decorrentes da contrariedade do regime baseado em princípios com dispositivos da constituição pertencentes ao título da ordem econômica.

No primeiro grupo de inconstitucionalidades, alega-se que o CNSP, na expedição da normativa sobre contrato de seguro de danos para a cobertura de grandes riscos, estaria extrapolando as suas competências regulamentares ao alterar as classificações e formas de interpretação do contrato de seguros, se imiscuindo em matérias de competência do Congresso Nacional. À Administração, argumenta-se que não caberia inovar na ordem jurídica. Ademais, a regulamentação realizada por meio da Resolução 407 do CNSP estaria em contrariedade com uma série de dispositivos cuja regulamentação já constaria de lei (PARTIDO DOS TRABALHADORES, 2022, p. 6-13).

O presente artigo não adentrará essas especificidades. Em primeiro lugar, porque, como já indicado na introdução, o objetivo do presente trabalho é analisar os desafios jurídicos à implementação de um modelo regulatório de regulação por princípios, e não oferecer uma peça de defesa à resolução do CNSP. Em segundo lugar, porque a questão da atribuição de poderes normativos a entidades da administração pública é matéria já bastante debatida na doutrina, com posições já consolidadas,³ e pouco se poderia acrescentar a partir da análise deste caso em concreto.

O segundo conjunto de argumentos contrários à resolução do CNSP, por sua vez, apresenta possibilidade de uma discussão mais promissora. Trata-se aqui dos questionamentos quanto à constitucionalidade material da Resolução 407, que, na visão do proponente da ADI, seria contrária aos princípios da ordem econômica e da primazia (supremacia) do interesse público.⁴

Uma das formas de interpretar a objeção trazida pela ADI seria construir o argumento da seguinte forma: (i) o setor de seguros é um setor de grande relevância para a economia nacional; (ii) cumpre ao Estado, no papel de agente regulador (art. 174 da CF/88), disciplinar o mercado de seguros, levando em consideração os princípios constitucionais atinentes à ordem econômica (art. 170) e o interesse público; (iii) ao buscar uma regulação principiológica, privilegiando a liberdade contratual e permitindo a customização dos contratos de seguro, a regulamentação proposta pelo CNSP representa uma negligência do órgão para com as suas funções regulatórias e, portanto, com a realização dos princípios constitucionais supracitados; (iv) portanto, a Resolução 407 seria inconstitucional. Nesse sentido, vejam-se os seguintes trechos da petição inicial:

Explica-se. O art. 170 da Constituição da República estabelece os princípios gerais da ordem econômica brasileira, tal como a função social da propriedade e a defesa do consumidor. Mais adiante, o Constituinte previu no art. 174 da Constituição da República que:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Dessa maneira, a partir da leitura integral e contextualizada da Constituição da República, é certo que a normatização e regulação das regras a serem aplicadas às atividades econômicas devem buscar pacificar e estabilizar o mercado, atribuindo segurança jurídica às relações comerciais, com o intuito final de dar concretude aos princípios elencados no art. 170 da Carta Política.

³ Nesse sentido, ver: Mello (2015, p.347-377); Binenbojm (2006); Guerra (2018); Cyrino (2018).

⁴ Em que pese o presente artigo não adentrar nesse mérito, importa destacar aqui que a existência de um princípio de supremacia do interesse público é algo discutido na literatura. Em sentido contrário, ver Ávila (2005).

Dessa maneira, a desregulamentação exacerbada das normas referentes aos seguros de grande risco representa risco inerente ao bom funcionamento da ordem econômica, violando diametralmente a disposição da Constituição prevista no art. 174 da Constituição da República. Se não bastasse, ainda há que se ponderar, frente às pretensões principiológicas da Resolução 407/2021 do CNSP, a sua não observância ao princípio constitucional da primazia do interesse público. Isso porque, ao tempo que busca conceder maior amplitude à autonomia dos seguradores e tomadores de seguros de grande risco, acaba colocando setores sensíveis de toda a economia nacional e, portanto, toda a sociedade brasileira em potencial prejuízo (PARTIDO DOS TRABALHADORES, 2022, p.16).

Com relação às duas primeiras premissas do argumento, pouco ou nada se pode falar em contrário. Parece evidente a relevância do setor de seguros para a economia nacional. Ademais, diante das especificidades do setor, também não se discute a necessidade de regulação. O que não fica claro é como a adoção de um modelo de regulação baseado em princípios violaria dos deveres constitucionais do CNSP enquanto órgão regulador do mercado de seguros. Ao contrário do que possa parecer, isso não é autoevidente. A mera opção por um modelo mais flexível de regulação não significa necessariamente a demissão do Estado de suas funções regulatórias. Se é certo que medidas regulatórias devem ser adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito (RAGAZZO, 2011, p. 136-137)⁵ quando afetarem os diversos princípios e objetivos constitucionais e legais que orientam a atividades dos reguladores, é certo também que a constituição não prevê um único nível de intervenção estatal a ser observado em todos os casos.⁶ Sem a terceira parte do argumento, a conclusão a que chega o proponente da ADI colapsa.

Antes, contudo, de condenar o argumento constante da ADI, é necessário se dispor a levá-lo a sério, e é aqui que a questão se torna interessante. Talvez, em que pese seja verdade que a Constituição Federal não prevê um modelo específico de intervenção, uma estratégia de regulação por princípios seja tão problemática a ponto de se considerar a sua completa desconformidade com as normas que disciplinam a ordem econômica. Ou, de forma mais limitada, talvez o modelo de regulação baseado em princípios não seja o modelo mais adequado para o tratamento da matéria do seguro de dano para a cobertura de grandes riscos. A depender da conclusão a que se chegue, perceba-se, nada impede que os argumentos contrários à Resolução 407 do CNSP sejam estendidos para outras medidas regulatórias, tanto no âmbito da regulação de seguros, que tendeu nos últimos tempos à adoção de normas principiológicas, quanto em outros setores sujeitos à regulação estatal.

A fim de responder a esses questionamentos, torna-se necessária a compreensão dos prós e contras de um modelo de regulação por princípios. Afinal, que razões haveria para a adoção de tal modelo? Por que usar princípios ao invés de regras? Que tipo de vantagem poderia decorrer da aplicação deste modelo no mercado de seguros e, especificamente, na linha de seguros objeto da Resolução 407? As seções a seguir prestam-se a discutir esses aspectos.

5 Perceba-se que a referência a “adequação, necessidade e proporcionalidade” feita pelo autor remete à já conhecida regra da proporcionalidade, usada no contexto de colisão entre direitos fundamentais. Apesar de a regra ser destinada à provisão de racionalidade no trato da colisão de direitos fundamentais, isso não significa que ela seja capaz de determinar, em todo o caso, um único resultado correto, podendo resultar numa margem de discricionariedade aos tomadores de decisão. Tal observação é consistente com a ideia de que, em um conjunto não tão trivial de casos, vários modelos de regulação podem ser constitucionalmente aceitáveis, ainda que o grau de intervenção imposto pelo Estado possa variar. Sobre a regra da proporcionalidade e a discricionariedade, ver: Alexy (2021. p. 175-189; Klatt; Meister (2012. p. 75-84).

6 Eros Grau, para citar um exemplo na doutrina, ressalta que a Constituição veda, apenas, modificações extremas no modelo de bem-estar social estabelecido por suas regras e princípios (2017. p. 302-307). Também nesse sentido, ver a obra de Ragazzo (2011. p.133).

2 Regras e princípios: definições preliminares

Antes de adentrar propriamente o mérito da questão aqui levantada, qual seja, a da idoneidade de um modelo de regulação por princípios como estratégias regulatória, é necessário definir de forma mais precisa o que seriam estes princípios e como eles se diferenciam das regras. Não se trata de matéria simples, tendo em vista que diversas são as definições oferecidas pela literatura jurídica.

Conforme Alexy (2015, p. 89-90), é antiga a controvérsia sobre a classificação de normas entre regras e princípios, sendo utilizados, para tanto, múltiplos critérios. De forma geral, as posições sobre as naturezas das regras e dos princípios podem ser separadas em três teses: (i) a tese de que a tentativa de diferenciação entre princípios e regras é fadada ao fracasso, na medida em que os diversos critérios distintivos poderiam ser combinados e recombinaados de diversas formas, à vontade de quem classifica; (ii) a tese de que o que diferencia as regras e princípios é meramente uma questão de grau, sendo comumente evocado como critério diferenciador pelos defensores desta tese o nível de generalidade de cada uma das normas; e (iii) a tese de que a distinção entre regras e princípios se dá não meramente por uma questão de grau, mas porque existe uma diferença qualitativa entre os dois tipos de norma. No último grupo, com versões próprias e sofisticadas de teorias dos princípios, além do próprio Alexy (2015), encontram-se autores como Dworkin (1978, p. 14-45) e Ávila (2021).

Conquanto as definições de regras e princípios possam ser variadas e sofisticadas, é comum que autores de direito da regulação tenham em mente separações mais simples e menos radicais entre as espécies normativas. Black (1993, p. 29), para citar um exemplo de autora que se dedica ao tema do uso de normas na regulação, separa regras e princípios a partir de suas correspondentes formulações linguísticas, com foco no menor ou maior grau de precisão, complexidade e clareza. Isso é bastante similar, embora talvez não exatamente idêntico, a tentativas de separação destas diretivas com base no grau de genericidade, como é feito por autores como Raz (1972), Hart (2009, p. 334-340) e Marmor (2001, p. 83).

Essa caracterização, como é possível observar, aproxima os princípios de outro tipo de diretiva, conhecida na literatura jurídica de países anglófonos pela denominação *standard*.⁷ A diferenciação entre regras e *standards* residiria na maior ou menor vagueza da linguagem pela qual as normas são veiculadas, sendo as regras mais tendentes à precisão (SCHAUER, 2012, p.189; JOWELL, 1975, p.133-137). Desnecessário dizer que, se adotada uma separação meramente linguística entre regras e princípios, a semelhança se torna tamanha que a diferenciação entre “princípios” e *standards* aparenta desaparecer.⁸ Para fins de simplificação da presente investigação, evitando trabalhar com uma série de categorias jurídicas de natureza diversa, e de promoção de um diálogo mais direto com a literatura de direito regulatório, adotar-se-á, no presente trabalho, uma separação linguística entre princípios e regras. Regras, nesse sentido, serão compreendidas como diretivas precisas, claras, enquanto os princípios (ou *standards*) serão compreendidos como normas vagas e genéricas. A partir de tal categorização será possível vislumbrar os diferentes atrativos e problemas associados a cada tipo de diretiva.

7 Para uma tentativa de realizar uma separação entre regras, princípios e *standards*, ver: Cantarelli (2021).

8 Em verdade, mesmo com a adoção de um modelo de diferenciação qualitativa entre regras (compreendendo regras específicas e *standards* vagos), e princípios, pode ser bastante difícil na prática diferenciar um princípio de um *standard*, tendo em vista que os seus modelos de funcionamento diante de casos concretos. Esta constatação é feita por Dworkin (1978, p. 27-28).

3 Há uma obrigação constitucional de regular por regras?

3.1 Considerações gerais

Feitos os devidos esclarecimentos sobre os conceitos de regra e princípio, cabe agora retomar os argumentos trazidos na ADI 7.074. Conforme a inicial da ação direta de inconstitucionalidade, o CNSP, ao buscar regular os contratos de seguros de danos para a cobertura grandes riscos por meio de normas principiológicas, estaria violando a constituição. Menciona-se a violação dos arts. 170 e 174 e do princípio da supremacia do interesse público. Mas onde exatamente residiria a violação a esses dispositivos? Em nenhum momento é deixado claro como exatamente a regulação por princípios contraria a constituição.

Uma possível resposta a essa pergunta reside na seguinte passagem: “a normatização e regulação das regras a serem aplicadas às atividades econômicas devem buscar pacificar e estabilizar o mercado, atribuindo segurança jurídica às relações comerciais (...)”. Ou seja, a regulação serviria ao propósito de promoção da segurança jurídica dos mercados regulados, concretizando as diretrizes constitucionais que constituem a ordem econômica. Para tanto, seria essencial que estes princípios fossem corporificados em regras, seja por meio da lei, seja dos atos normativos infralegais expedidas pelos reguladores. Por meio destes, caberia ao Estado arbitrar os valores e interesses envolvidos, dando-lhes uma resposta que, idealmente, corresponderia àquela que mais adequada à consecução do interesse público. Deixar matérias regulatórias para a definição dos particulares, por outro lado, arriscaria criar instabilidade e incerteza nos mercados regulados. Essa construção do argumento, percebe-se, afeta não apenas a regulação do seguro de grandes riscos, mas atinge o próprio modelo de regulação por princípios. Tendo isso em vista, questiona-se: seria o modelo de regulação por princípios inconstitucional?

Não se descuida, no presente trabalho, da importância do princípio da segurança jurídica. Para alguns autores, este princípio, que compreende a certeza quanto às normas que regem a vida social e quanto à sua aplicação, seria essencial à própria ideia de direito (ALEXY, 2015, p. 443). Contudo, mesmo para os autores que seguem esta linha, é possível dizer que o direito não se orienta exclusivamente a partir da necessidade de certeza. Usualmente, exige-se também que o direito preencha algum requisito de adequação substantiva (AARNIO, 1986, p. 5; ALEXY, 2021, p. 43), que pode residir tanto no respeito às demais normas do direito válido quanto na observação de outras normas morais e sociais ou de um princípio de justiça.

A segurança jurídica é, cumpre recordar, um princípio jurídico, no sentido do termo empregado por Alexy (2021, p. 44). Isso significa dizer que ela se sujeita a um processo de ponderação. Alegar que a regulação por princípios (*standards*) é inconstitucional demandaria, portanto demonstrar que: (i) a regulação por princípios não é, em nenhum caso, adequada para a consecução de objetivos regulatórios (como por exemplo a promoção da eficiência, a proteção da propriedade privada, a promoção da livre iniciativa, dentre outros); ou, (ii) se é, em algum caso, adequada, não é necessária, no sentido de que em todo o caso existem medidas que atendem aos mesmos fins regulatórios e ao mesmo tempo são menos gravosas à segurança jurídica; ou ainda (iii) se é, em algum caso, adequada e necessária, importa sempre em uma violação tal da segurança jurídica que não pode ser nunca considerada proporcional em sentido estrito.

O objetivo das seções 3.2 e 3.3. a seguir é demonstrar que essas condições não são preenchidas. Para tanto, são comparados os modelos de regras e de princípios a fim de apresentar as vantagens e desvantagens de cada um dos modelos. Se é verdade que o modelo de regras tende à preservação da

certeza e da previsibilidade inerentes à segurança jurídica, pretende-se demonstrar que o modelo de princípios oferece à regulação as vantagens da flexibilidade e da promoção da liberdade de auto-organização privada, que podem ser de grande valia no contexto da regulação. Ademais, como se terá a oportunidade de comentar, não é necessariamente o caso que a utilização de princípios vá comprometer a certeza e a previsibilidade dos sistemas normativos regulatórios. Nesse sentido, é possível concluir pela sua não inconstitucionalidade – ao menos se discutida em abstrato. A discussão sobre o uso de princípios na regulação de seguros e, em especial, nos seguros de grandes riscos, é retomada no item 4 do presente trabalho.

3.2 As regras como instrumentos regulatórios

Iniciando a investigação pelas vantagens das regras, questiona-se: quais seriam os atrativos deste tipo de norma? Um bom ponto de partida reside na constatação de que as regras estão associadas a elementos de certeza em relação ao conteúdo do direito e uniformidade de aplicação (BLACK, 1997, p. 20). Usando a explicação proposta por Schauer (2012, p. 194-196), regras são instrumentos cuja utilização reflete uma escolha por uma determinada alocação temporal de autoridade na tomada de decisões. A escolha de um regulador por uma regra precisa no momento da formulação de um ato normativo atribui ao momento presente a definição de consequências jurídicas que decorrerão de um evento cuja ocorrência se dará apenas no futuro. Em outras palavras, os elementos de precisão das regras estão intimamente associados a uma ideia de estabilidade.

A constatação ora apresentada pode ser ainda mais refinada. A precisão, conforme Endicott (2011, p. 19), estaria relacionada a dois valores relevantes no direito: o valor de orientação e o valor procedimental. O valor de orientação diz respeito à utilidade da precisão para os destinatários diretos das regras, os titulares de direitos e obrigações. A precisão é relevante, nesse sentido, porque permite que pessoas ou entidades saibam de antemão qual o conteúdo destes direitos e obrigações. Já o valor procedimental diz respeito aos efeitos da precisão perante as autoridades (*officials*) responsáveis pela aplicação das diretivas. A precisão, nesses casos, torna mais simples a atividade das autoridades, facilitando o processamento de demandas através da simplificação das considerações aplicáveis ao caso e da definição dos limites de direitos e deveres.

Outro efeito comumente atribuído às regras, que pode ser considerado um aspecto positivo, é o da limitação da discricionariedade dos tomadores de decisão. As regras, concebidas aqui como diretrizes específicas, delimitam ou deixam pouca margem de escolha por parte das autoridades responsáveis pela aplicação do direito. Isso se faz relevante por diversas razões: para evitar arbitrariedades, assim consideradas como decisões com base em critérios impróprios à luz dos objetivos perseguidos pelo direito; para garantia de *accountability* da Administração, tendo na própria formulação da regra um parâmetro de avaliação de conduta; para a rotinização e planejamento de atividades da administração; e, dentre outros fatores, para a promoção do valor da igualdade formal, que é também relevante no âmbito da regulação (CANTARELLI, 2021).

As considerações acima estabelecidas podem ser utilizadas para compreender também como diferentes modelos de norma impõem diferentes custos a reguladores e regulados. Em primeiro lugar, retomando a ideia de “valor de orientação”, é possível conceber as regras como um mecanismo de consolidação e veiculação de informação aos seus destinatários. Isso significa que os custos de definição dos parâmetros de conformidade são concentrados *ex ante*, ou seja, no momento de formulação da norma, e não no momento de tomada de decisão num caso concreto. Isso é uma

característica particularmente relevante quando a norma regula situações frequentes e homogêneas e os participantes estão dispostos a usá-la como subsídio para os seus processos de tomada de decisão (reduzindo custos de não conformidade), e/ou se demanda a sua aplicação constante por parte das autoridades administrativas competentes (reduzindo custos de solução dos conflitos) (KAPLOW, 1992, p. 568-586; EHRlich; POSNER, 1974, p. 266).

A promoção de certeza e previsibilidade por parte das regras contribuiria ainda para a redução de outros custos sociais. Regras otimamente formuladas contribuiriam para o encorajamento de comportamentos desejados e para a dissuasão de comportamentos indesejáveis, aumentando a expectativa de obtenção de ganhos pela prática de comportamentos desejáveis e a expectativa de perdas decorrentes de comportamentos indesejáveis. Por delimitar bem o seu escopo de aplicação, elas teriam o condão de proteger seus destinatários contra condenações arbitrárias por não conformidade, e evitariam o chamado *chilling effect*, o efeito paralisante decorrente de interpretações conservadoras de conceitos jurídicos vagos. Por fim, as regras funcionariam como redutoras de custos de transação, definindo com clareza os direitos das partes e facilitando as negociações privadas (CANTARELLI, 2021).

Consideradas as vantagens, cabe agora pôr no outro lado da balança as desvantagens das regras. De antemão, percebe-se que um dos seus problemas já foi anteriormente identificado: os custos de produção e administração de regras são suportados eminentemente no momento de sua formulação, e não na sua aplicação. Se, por um lado, isso é atrativo quando se lida com casos frequentes e homogêneos, à medida que estes casos se tornam mais heterogêneos os custos de produção são elevados e os benefícios extraídos desta formulação são reduzidos (KAPLOW, 1992, p. 568-586).

Dito isso, talvez o problema mais relevante atribuído ao uso de regras seja o do “formalismo”, ou, em outras palavras, da rigidez que estas diretivas oferecem no momento de sua aplicação (BLACK, 1997, p. 20). Se por um lado a precisão das regras limita a arbitrariedade, oferecendo parâmetros claros de orientação de conduta, por outro ela pode também criar outro conjunto de situações igualmente arbitrárias, associadas à aplicação de regras a situações incompatíveis com os propósitos a elas subjacentes (ENDICOTT, 2011, p. 22-23).

A constatação ora realizada remete ao que se pode chamar de problema da inclusão (*inclusiveness*). Para colocá-lo de forma simples, parte-se do princípio de que todas as regras constituem diretivas constituídas por generalizações que guardam relação com algum propósito/justificativa/objetivo subjacente. Ocorre que normalmente essas generalizações guardam apenas uma relação probabilística com esses propósitos. Os porquês de dificilmente haver uma correspondência perfeita são variados: limitações inerentes à linguagem e à cognição humana, falta de informação, falta de recursos, dificuldades políticas na implementação de parâmetros adequados, dentre outras (BALDWIN, 1995, p. 182-183). Sejam quais forem os motivos, regras frequentemente são mais ou menos abrangentes do que deveriam, à luz das suas justificativas. Ao primeiro tipo de problema, dá-se o nome de sobre inclusão, enquanto o segundo é denominado subinclusão (SCHAUER, 2002; CANTARELLI, 2021).

É relativamente óbvio o porquê da sobreinclusão e da subinclusão representarem problemas para a regulação. Ter uma regra sobreinclusiva ou subinclusiva pode representar, a depender do caso, a proibição de uma conduta socialmente desejável ou a permissão a uma conduta socialmente indesejável, ou ainda o fomento de uma conduta indesejável e o não-fomento de uma conduta desejável. O quão altos são os custos decorrentes destas situações é algo que depende de uma série de fatores, mas, minimamente, pode-se dizer que quanto maior for o valor social da conduta proibida/não fomentada ou o desvalor da conduta não-proibida/fomentada, mais agudo será o problema de inclusão.

Os problemas de sub e sobreinclusão estão associados ainda a um outro problema, que é o do *compliance* criativo:⁹ a estratégia de se conformar “com a letra, mas não com o espírito” das normas estabelecidas pela regulação. Uma vez que seja verdadeira a asserção de que as regras precisas se apliquem de maneira formalística, torna-se possível que os regulados se adaptem aos parâmetros regulatórios de forma a “evitar” a regulação, ainda que formalmente estejam de acordo com a sua letra fria (BALDWIN, 1995, p. 185-187; BLACK, 1997, p.13).

Uma última observação sobre as desvantagens das regras deve ser feita. Com relação aos problemas de inclusão apresentados, é sempre possível argumentar que eles podem ser endereçados modulando o escopo das regras através da adição de mais complexidade na sua definição. Para ilustrar essa situação, imagine-se um restaurante que proíbe a entrada de clientes com animais em seu recinto, sob alegação de que os animais possam afastar possíveis clientes e assim comprometer o faturamento do negócio. Em dado momento, o dono do restaurante percebe que seria interessante, tendo em vista o objetivo de aumentar o faturamento, permitir que pessoas com deficiência visual adentrem no restaurante com cães-guia, uma vez que estes animais, em razão do treinamento, não oferecem qualquer transtorno aos seus demais clientes. Sempre é possível a ele reformular a regra original, de forma a fazer constar algo do tipo “proibido entrar com animais no restaurante, exceto cães-guia”.

A objeção é correta, mas há limites práticos para o quanto se pode adicionar de complexidade numa norma qualquer. Em primeiro lugar, tal tarefa de complexificação pode ser custosa e encontrar sérias dificuldades informacionais práticas (BALDWIN, 1995, p. 182). Em segundo, complexidade em excesso pode comprometer a própria inteligibilidade das normas legais, tornando-as, no limite, inúteis com instrumentos de orientação de conduta (ENDICOTT, 2011, p. 23). Em resumo, a tentativa de solucionar problemas das regras sem modificar os seus níveis de precisão pode, ironicamente, comprometer as próprias virtudes que são típicas desta espécie normativa.

3.3 Os princípios como instrumentos regulatórios

Feita a análise das regras, cabe agora proceder ao estudo dos princípios enquanto instrumentos da regulação. O valor dos princípios, como se terá a oportunidade de observar, reside precisamente em endereçar aqueles pontos onde as regras falham, notadamente os problemas associados à rigidez no momento da aplicação.

Se as regras são associadas à precisão, os princípios, por sua vez, são associados à vagueza (BLACK, 1993, p. 29; SCHAUER, 2012, p. 189). Há vários sentidos em que um determinado termo ou conceito pode ser considerado vago. Em sentido técnico, a vagueza representa uma indeterminação na margem: conhecem-se os casos paradigmáticos de aplicação do conceito, mas a partir do momento em que a realidade se distancia destes casos a aplicação do conceito vai se tornando duvidosa (ENDICOTT, 2003, p. 31-32). Mas a vagueza pode ser utilizada também num sentido mais ordinário como atributo de termos com baixa especificação (SOAMES, 2011, p. 31-32), ou, ainda que “informem pouco” (ENDICOTT, 2003, p. 33). Ao fazer referência a “vagueza” no presente artigo, se fará referência indistintamente tanto à vagueza em sentido ordinário quanto à vagueza em sentido técnico.

9 O tema é estudado com profundidade por McBarnett e Whelan (MCBARNETT; WHELAN, 1991, p. 848-873; MCBARNETT, 1991, p. 56-74) em uma série de artigos voltados para infrações corporativas. Exemplos bastante utilizados de *compliance* criativo estão associados a matérias de direito tributário e ao uso lícito de categorias jurídicas para ocultar relações econômicas subjacentes.

O grande problema que assola a regulação por princípios, e que parece implicitamente levantado na inicial da ADI 7.074, é o seguinte: qual razão haveria para a substituição de diretivas específicas por outras de formulação vaga? Dado que o conteúdo dos princípios, em razão da sua vagueza, se torna relativamente indeterminado, isso não comprometeria a própria função de orientação cumprida pelas normas? E se assim o é, isso não redundaria, no contexto regulatório, num problema de desregulação dos setores regulados?

Ocorre que, em alguns casos, existem razões bastante cogentes para a utilização de normas de caráter vago em detrimento de normas precisas. As regras, como dito anteriormente, se associam aos valores de orientação, aos valores processuais e à limitação de discricionariedade. Os princípios, noutro lado, estariam associados ao que se pode designar “valor da fidelidade”, à delegação útil de atribuições e à viabilização de arranjos privados de auto-organização (ENDICOTT, 2011, p. 28).

O que chama aqui de “valor de fidelidade” diz respeito ao que, de outra forma, poder-se-ia designar como “congruência” (DIVER, 1983, p. 67) das normas em relação aos valores a elas subjacentes. As regras, como anteriormente mencionado, em que pesem contribuam para a limitação de certos tipos de arbitrariedade, podem gerar elas mesmas comportamentos arbitrários decorrentes da sua adequação imperfeita à consecução dos valores que justificam a sua criação, o que foi denominado de “problema de inclusão”. Os princípios, por serem vagos e maleáveis, endereçam problemas de inclusão, permitindo que os aplicadores do direito ajustem a norma, no caso concreto. Nos termos de Black, esta espécie normativa permite operar com base numa racionalidade substantiva, orientada mais pelas finalidades do que pelas formas (BLACK, 1997, p. 20).

Isso nos leva ao segundo elemento relevante associado aos princípios: a sua capacidade de alocar discricionariedade nas mãos dos tomadores de decisão – em contraposição as regras, que propiciam exatamente o efeito contrário. A discricionariedade, como visto, é frequentemente associada à arbitrariedade, ou seja, a decisões tomadas com base em critérios impróprios. Mas a discricionariedade não necessariamente conduz a estes resultados e, diante da impossibilidade de formalizar por meio de uma regra todos os elementos necessários à tomada de decisão, algum nível de discricionariedade é inevitável. Ademais, pode ser que conferir discricionariedade à determinadas autoridades seja mesmo algo positivo, na medida em que tais autoridades possam ser vistas, por quaisquer motivos, como os melhores tomadores de decisão em determinada matéria (ENDICOTT, 2011, p. 26-27).

Outro elemento potencialmente interessante no âmbito dos princípios é a abertura que eles proporcionam para que os agentes privados a eles sujeitos desenvolvam seus próprios parâmetros de conformidade. Isso se daria uma vez que a incerteza quanto ao conteúdo da norma criaria incentivos para que os seus destinatários evitassem a criação de riscos, ao invés de se limitar, meramente, a seguir de forma irrefletida os parâmetros já impostos por uma norma precisa já estabelecida (ENDICOTT, 2011, p. 27). No contexto regulatório, isso é particularmente valioso, na medida em que exige o engajamento dos gestores das firmas reguladas e o empoderamento de divisões de *compliance* para fins de obtenção de conformidade com as diretrizes impostas pelo regulador (BLACK; HOPPER; BAND, 2007, p.195; BLACK, 2008, p.32-33; BLACK, 2015, p. 229).

As características ora descritas permitem compreender a atratividade da regulação por princípios. Em primeiro lugar, como já adiantado, justamente por sua relativa indeterminação, se tornam parâmetros flexíveis (SCHAUER, 2012, p. 195-196) e evitam os problemas de inclusão típicos das regras.¹⁰ Ademais, por serem mais focados nos valores a serem promovidos do que

¹⁰ Essa afirmação deve ser tomada *cum grano salis*. Embora os princípios possam ser vagos em suas formulações, é possível que a sua interpretação consolidada resulte em parâmetros tão precisos como os das regras, redundando nos mesmos problemas (BLACK, 2008, p.25; CANTARELLI, 2021).

na conformidade com a “letra da lei”, são aptos a resolver os problemas de *compliance* criativo acima mencionados (BLACK; HOPPER; BAND, 2007, p. 195). Ao final, mesmo o já mencionado *chilling effect* parece não ser tão problemático, na medida em que pode orientar agentes privados a desenvolver parâmetros de conduta ainda superiores àqueles que seriam impostos pela própria regulação (WALDRON, 2011, p. 75-79). Em contrapartida, a regulação por princípios pode ser questionada por comprometer a certeza e a previsibilidade providas pelas regras, retirando assim os seus benefícios associados à estabilidade, já detalhados na seção anterior.¹¹ Ocorre que os *trade-offs* decorrentes da opção por princípios podem não ser tão drásticos como parte da literatura sugere. Uma constatação importante feita por autores em direito da regulação é a de que princípios também podem garantir algum nível de certeza aos seus destinatários, desde que haja uma compreensão compartilhada entre reguladores e regulados acerca do seu significado e de sua aplicação no caso concreto (BLACK; HOPPER; BAND, 2007, p. 195).

A consideração ora trazida nos remete a uma das principais dificuldades da aplicação de modelos de regulação baseada em princípios: o fato de que esse modelo pressupõe certas condições consideravelmente exigentes para a sua implementação ótima. Listam-se aqui alguns destes pressupostos. Em primeiro lugar, o modelo demanda um significativo grau de confiança entre reguladores e regulados, o que pode ou não existir nos casos concretos (BLACK, 2008, p. 35-36). Em segundo, o modelo pressupõe um nível significativo de diálogo entre reguladores e regulados, a fim de estabelecer expectativas e responsabilidades com relação à interpretação e aplicação dos princípios. O sucesso de modelos de regulação baseados em princípios depende essencialmente da construção de entendimentos comuns entre os atores atuantes no sistema regulado, o que requer algum nível de treinamento e pode ser algo bastante complexo de se desenvolver (BLACK, 1997, p. 30-43). Em terceiro, considerando que a regulação por princípios pode demandar que os próprios participantes desenvolvam sistemas de conformidade capazes de implementar as suas diretrizes vagas, é necessário que os regulados possuam condições e disposição de desenvolver e aplicar os seus próprios parâmetros. A falta de realismo em relação a estas variáveis pode significar o fracasso da estratégia (BLACK, 2008, p. 32-33). Finalmente, a regulação por princípios, assim como a regulação por regras, demanda ações de *enforcement* por parte do seu regulador. O desafio, no caso dos princípios, é encontrar o ponto ótimo de como implementar seus sistemas internos de punição: punir de menos, por um lado, pode comprometer a credibilidade do regime; punir muito pode, por outro, pode angariar a hostilidade dos regulados, o que também dificulta o funcionamento do sistema e pode, no limite, criar incentivos para a sua conversão num modelo regulatório baseado em regras (BLACK, 2008, p. 29-32).

Princípios, portanto, não são instrumentos regulatórios isentos de falhas. A depender do contexto, talvez eles sequer sejam a diretiva mais adequada para o tratamento de problemas da regulação. Contudo, tais como as regras, eles possuem os seus atrativos e podem ser utilizados, em conjunto com elas ou isoladamente, para a consecução de finalidades legítimas na regulação.

¹¹ Normalmente, os benefícios das regras e dos princípios são expostos em forma de *trade-offs* (SCHAUER, 2012, p. 196; ENDICOTT, 2011, p.28; EHRLICH; POSNER, 1974, p.266).

4 Seguro de grandes riscos e regulação por princípios

4.1 Normas e técnicas de *enforcement*: a necessidade de uma avaliação contextual do uso de regras e princípios

As observações realizadas nas seções precedentes estabelecem as vantagens e as desvantagens no uso de regras e princípios como instrumentos de regulação de condutas. Com base nelas, é possível concluir pela inexistência de um impedimento geral à regulação com base em princípios. Isso não significa dizer que este modelo de regulação seja adequado em todo o caso. A análise da constitucionalidade das pretensões principiológicas Resolução 407 deve passar pela sua justificação no contexto da regulação de seguros. Para isso, é necessário ir além da mera consideração das normas em abstrato, inserindo-as dentro de um processo regulatório mais amplo, que se estende para os processos de fiscalização e aplicação de penalidades (o que se pode chamar de *enforcement*). Tendo isso em vista, questiona-se: sob quais condições seria melhor regular por princípios e em quais casos a regulação por regras seria mais eficiente?

Conforme Diver (1983, p. 76), a escolha pela espécie normativa mais apta para a regulação de um determinado setor (ou de uma determinada matéria dentro deste setor) depende de uma série de variáveis relacionadas aos autores das regras, aos responsáveis pela sua implementação e aos seus destinatários. Essa afirmação é reforçada por Baldwin (1995, p. 157), que sugere um modelo de análise próprio para a adequação das normas aos processos regulatórios conduzidos pela administração. Nesse modelo, quatro seriam as perguntas a ser endereçadas: (i) Quais os riscos centrais com os quais a regulação deve lidar? (ii) quem são os causadores destes riscos? (iii) Quais as estratégias de *enforcement* mais aptas a lidar com os causadores dos riscos? (iv) Quais espécies normativas melhor complementam as estratégias de *enforcement* eleitas?

Modelos tradicionais de regulação comumente focam na estratégia regulatória que ficou conhecida na literatura sob o nome de “comando-e-controle”. A base desse modelo consiste na formulação de regras (normalmente precisas e complexas) endereçadas à conduta dos regulados e na aplicação de sanções por sua desconformidade. As disfuncionalidades deste tipo de estratégia são bastante conhecidas: legalismo/formalismo excessivo, limitando demasiadamente a liberdade de empresa dos regulados, e comprometendo a competição, alta demanda por informação e dificuldades na definição dos parâmetros de conduta adequados e altos custos de *enforcement* (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012, p. 106-110).

Em contraposição a estratégias de regulação tradicionais, métodos alternativos foram sendo desenvolvidos pelos governos e pela literatura¹². Para citar uma dessas abordagens, sem se ter aqui a pretensão de ser exaustivo quanto ao tema, tem-se a técnica denominada “regulação responsiva”, formulada por Ayres e Braithwaite (1992). O mote desse modelo, correndo-se aqui o risco de uma simplificação exagerada, é uma abordagem regulatória mais granular, atenta às diversas estruturas das empresas reguladas e às diferentes motivações dos diversos agentes (pessoas naturais ou

¹² Para além da regulação responsiva, explicada adiante, pode-se mencionar como novos métodos ou tendências na regulação a teoria da “*smart regulation*” e a iniciativa “*Better Regulation*”. A primeira pode ser vista, conforme Baldwin, Cave e Lodge (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012, p.265-266), como uma expansão da regulação responsiva e de sua pirâmide de *enforcement*, a partir da consideração de que outros atores sociais, além do Estado, podem contribuir para o desempenho de funções regulatórias. Já a iniciativa *Better Regulation* surge no contexto do Reino Unido, sucedendo o movimento de desregulamentação que predominava desde o governo Thatcher, e posteriormente se expande para o resto da Europa (BALDWIN, 2006, p. 203). Conforme Radaelli e Meuwese (2009, p. 642), é possível conceber a ideia de “*Better Regulation*” como uma metarregulação que objetiva estabelecer regras, parâmetros e metas que devem orientar a criação, avaliação, adoção, implementação e execução de regras, a apreciação *ex-post* de seus resultados e sua revisão. Se essas diversas técnicas regulatórias são compatíveis entre si, é algo que é discutível na literatura (BALDWIN, 2006, p. 204-205).

jurídicas) que atuam no segmento, as quais podem gerar diferentes respostas regulatórias (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 4). A estratégia de *enforcement* preferencial no modelo seria a da persuasão. Mas a persuasão sozinha, se reconhece, pode não ser capaz de obter a conformidade, razão pela qual os reguladores devem também contar com um conjunto de instrumentos sancionatórios. Assim, preconiza a regulação responsiva, com esteio na teoria dos jogos, que, quanto mais os regulados resistirem à regulação, mais gravosas devem ser as sanções aplicadas pelo regulador; de outra parte, quanto mais cooperativos, mais leves devem ser as punições, chegando-se, no limite, a buscar a solução de eventuais falhas por meio do diálogo – o que gera a famosa imagem de uma pirâmide de medidas de *enforcement* (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 19-53).

O recurso ao exemplo da regulação responsiva não se dá por acaso. Uma das lições ensinadas pelos autores é a de que, em diálogo direto com os critérios propostos por Baldwin, estratégias de *enforcement* devem ser adaptadas a diferentes perfis de agentes regulados, sob pena de sua inadequação e possível ineficácia. Em alguns casos, pode não haver alternativa senão o uso de instrumentos sancionatórios para lidar com certos participantes. Em outros, a persuasão é o método mais interessante para obter a cooperação dos agentes.

Como, então, as regras e os princípios podem contribuir para as estratégias de *enforcement*? Dado que essas normas são os parâmetros pelos quais os reguladores avaliam a conduta dos regulados, evidentemente elas possuem alguma relevância. Mas essa relevância pode variar. Baldwin, levando em consideração estudo empírico realizado perante a regulação de segurança do trabalho na Inglaterra, identifica que inspetores na área raramente precisam evocar regras em abordagens persuasivas/de negociação com regulados considerados como “bem-intencionados” (ou, simplesmente cooperativos), independentemente do grau de informação desses regulados quanto aos parâmetros da regulação. Por outro lado, nos casos de indivíduos pouco cooperativos, o uso de regras precisas se faz relevante como instrumento de ameaça crível no caso da continuidade da conduta. Regras, ademais, são vistas como superiores também no curso de processos sancionatórios, simplificando a atividade dos reguladores (BALDWIN, 1995, p. 146-152).

Por fim, resta fazer menção aqui à questão dos riscos. O tipo de risco, segundo Baldwin, pode ser também relevante para o tipo de regra utilizada. Novamente extraíndo conclusões do seu estudo empírico, o que se verifica é que, quanto maiores os riscos decorrentes da não conformidade, maior a tendência dos inspetores em utilizar estratégias legalísticas e regras precisas (BALDWIN, 1995, p. 152).

Como, então, as presentes considerações se aplicam ao mercado de seguros? Seria o modelo de regulação principiológica inadequado ao setor? Talvez em alguns casos, de fato, ele seja. Por exemplo, dada a magnitude dos riscos associados a problemas de solvência das seguradoras, é de se esperar que temas relacionados a esta matéria sejam regulados de forma mais pormenorizada (como efetivamente o são).¹³ Mas, em matérias que não envolvam riscos de grande monta e na ausência de evidências empíricas mais firmes sobre a cooperatividade dos agentes regulados, é difícil dizer que o modelo é *a priori* inadequado.

4.2 A legalidade da regulação por princípios

O conjunto de elementos trazidos até aqui permite concluir que não há uma vantagem em abstrato das regras sobre os princípios como instrumentos de regulação. Seus usos devem observar

13 Ver, por exemplo, a Resolução CNSP 312/2015, referente às provisões técnicas das seguradoras.

os diversos *trade-offs* envolvidos, as matérias objeto de regulação, a conduta dos regulados e as estratégias de *enforcement* eleitas pelos reguladores. Dito isso, cabe por fim transpor estas considerações para o objeto de discussão da ADI 7.074, qual seja, a Resolução 407 do CNSP.

É útil, para fins de compreensão da controvérsia, tratar brevemente do tema objeto da resolução, o seguro de dano para cobertura de grandes riscos. Que grandes riscos seriam esses? Conforme a resolução, podem ser classificados como contratos de grande risco apenas (i) os que estejam compreendidos nos ramos ou grupos de ramos de riscos de petróleo, riscos nomeados e operacionais, global de bancos, aeronáuticos, marítimos e nucleares, além de, na hipótese de o segurado ser pessoa jurídica, crédito interno e crédito à exportação; e, não preenchidas as características acima, (ii) demais ramos, desde que sejam contratados mediante pactuação expressa por pessoas jurídicas que apresentem, no momento da contratação e da renovação, pelo menos, uma das seguintes características: a) limite máximo de garantia (LMG) superior a R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais); b) ativo total superior a R\$27.000.000,00 (vinte e sete milhões de reais), no exercício imediatamente anterior; e c) faturamento bruto anual superior a R\$57.000.000,00 (cinquenta e sete milhões de reais), no exercício imediatamente anterior.¹⁴ Como se pode depreender da menção feita acima aos dispositivos da resolução, trata-se de um ramo de seguros bastante especializado, que deve se destinar, no mais das vezes, a atividades econômicas de grande porte. Tendo isso em vista, a resolução estabelece, em seu art. 4º uma série de princípios, dentre os quais: (i) a liberdade negocial ampla; (ii) a boa-fé; (iii) a transparência e a objetividade nas informações; (iv) o tratamento paritário entre as partes contratantes; (v) o estímulo às soluções alternativas de controvérsias; e (vi) a intervenção estatal subsidiária e excepcional na formatação dos produtos. Um dado interessante da norma do CNSP é que pelo menos três dos seis princípios elencados (liberdade negocial ampla, tratamento paritário e intervenção subsidiária), seguem uma mesma linha de reforço à liberdade contratual entre seguradoras e segurados.

Mas por qual razão se deveria supor a paridade de armas entre as seguradoras e os segurados para fins de definição de suas relações obrigacionais? As razões que normalmente informam a regulação de seguros parecem militar contra essa presunção. É um tema já antigo na regulação de seguros a necessidade de tutela das práticas comerciais das seguradoras em relação aos seus contratantes. Isso se dá, em primeiro lugar, pela assimetria de informação entre seguradoras e segurados. Seguradoras, com frequência, têm maior conhecimento dos riscos do que os segurados. Ademais, normalmente elas conhecem melhor a linguagem e as cláusulas dos próprios contratos, o que pode viabilizar a prática de comportamentos manipulativos (ABRAHAM, 1986, p. 32). Em segundo lugar, há com frequência na contratação de seguros uma disparidade entre os poderes de barganha das seguradoras e dos segurados, o que conduziria a uma necessidade de uma regulação mais específica dos termos da contratação (ABRAHAM, 1986, p. 33). Em terceiro lugar, há um problema de custos de transação: a excessiva customização dos contratos, sobretudo nos casos de seguros massificados, pode ser, de um lado, extremamente demandante para o consumidor, haja vista as assimetrias informacionais supramencionadas, e, de outro, extremamente problemática para as seguradoras, tendo em vista a dificuldade que isso impõe aos cálculos atuariais necessários à operação de seguro (ABRAHAM, 1986, p. 14).

Regulações mais interventivas na contratação de seguros partem da premissa de uma vulnerabilidade dos segurados em relação às seguradoras e da massificação dos contratos de seguro. Têm-se em mente aqui aqueles segurados menores, que, nos termos da legislação brasileira,

¹⁴ Vide art. 2º da Resolução 407 do CNSP.

poderiam ser enquadrados na categoria de consumidores.¹⁵ Esse, contudo, não parece ser o caso dos contratantes dos seguros de grandes riscos, modalidade destinada a operações específicas em que figuram agentes econômicos de grande porte. Dada a natureza dos negócios passíveis de cobertura e o seu vulto econômico, pode-se pressupor que normalmente se estará diante de organizações empresariais complexas, capazes (i) de compreender os termos dos contratos que negociam; (ii) de negociar de forma paritária com as seguradoras. Riscos de eventuais comportamentos oportunistas entre as partes, nesse contexto, são minimizados. Foi precisamente este o argumento utilizado pelos reguladores de seguros na oportunidade de abertura de consulta pública para o trato da Resolução 407, então ainda em fase de formulação (SUSEP, 2020b).

Se, por um lado, o tipo de problema regulatório que atrai o uso de regras parece minimizado no contexto dessa linha de seguros, por outro as vantagens do uso de princípios se tornam evidentes diante da clara intenção da regulação de seguros em atribuir maior flexibilidade às partes contratantes para dispor sobre as cláusulas contratuais, diversificar a oferta de produtos e reduzir custos de conformidade (SUSEP, 2020a). Ao utilizar princípios em vez de regras detalhadas, a regulação permite às seguradoras que definam com maior liberdade os termos dos seus contratos e que possam customizá-los diante das necessidades do cliente, devendo observar sempre, nesse contexto, os ditames da boa-fé e a transparência e objetividade na veiculação de informação.

Haveria alguma contrariedade desses objetivos com o direito brasileiro? Assim não parece. Como já afirmado em momento anterior, a Constituição Federal oferece larga margem de conformação para a aplicação de diversos modelos de intervenção do Estado na economia, não se afigurando como cogente o argumento em abstrato de que certas formas de regulação são favorecidas em detrimento de outras. No âmbito infraconstitucional, por sua vez, é de se observar que as alterações promovidas pelo regulador no setor de seguro estão em linha com as diretrizes expressas pela recente Lei de Liberdade Econômica. Em especial, chama-se atenção: (i) para o art. 2º, III, que estabelece o princípio da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; (ii) para o art. 3º, V, que dispõe sobre a presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício de atividade econômica, para os quais eventuais dúvidas serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada; e (iii) para o art. 7º que, promovendo alterações no Código Civil, inseriu em seu texto o art. 421-A, cuja redação preconiza a presunção de paridade dos contratos civis e empresariais até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção.¹⁶

Por fim, ainda sobre o tema da conformidade da norma do CNSP com o direito brasileiro, resta observar que a estratégia empregada pelo regulador de seguros, ao tratar de forma diferente certos regulados em razão de suas características, não é algo inovador nem sequer desconhecido pela jurisprudência Brasileira. Faz-se referência aqui, especificamente, à jurisprudência relacionada à aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) às relações securitárias.

Como é sabido, o CDC, por expressa disposição do seu art. 3º, § 2º, possui aplicação às relações de natureza securitária. Não obstante, é consolidado na jurisprudência o posicionamento de que nem toda a contratação de seguros atrai a incidência das normas protetivas da legislação consumerista. Em especial, dispensa-se da legislação consumerista os casos em que a contratação

¹⁵ Art. 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Note que o § 2º do art. 3º da lei fez questão de afirmar que a atividade securitária é considerada “serviço” para as finalidades da lei.

¹⁶ Um ponto relevante a ser destacado é que este mesmo dispositivo é invocado como argumento contrário à Resolução 407 do CNSP. Em especial, questiona-se o seu art. 4º, § 1º, em razão de se referir à “plena capacidade de negociação das condições contratuais pelas partes”, sem fazer menção à relatividade da presunção. Bem compreendida, contudo, a questão aparenta ser menos grave do que o alegado na ADI. A formulação da norma da SUSEP, em que pese se possa criticar a sua redação, é largamente indeterminada com relação à natureza da presunção. Bastaria, então, a fim de afastar a antinomia, que a norma fosse interpretada em conjunto com os dispositivos legais pertinentes.

para a implementação de atividades econômicas, ressalvados os casos em que fica demonstrada a hipossuficiência técnica de uma das partes contratantes.¹⁷ Trata-se, como fica evidente, do mesmo raciocínio levado à cabo pela regulação do mercado de seguros: tendo em vista a menor necessidade de proteção das partes contratantes nos contratos de seguro objeto da Resolução 407, adota-se uma normatização mais flexível e que deixa maior espaço para a liberdade contratual das partes.

Pelos motivos expostos, estratégia de regulação por princípios empregada pelo CNSP aparenta ser, *prima facie*, adequada, necessária e proporcional ao quadro do mercado de seguros ora desenhado. Um último questionamento a ser feito diz respeito à confiabilidade dos juízos de fato que informam estas premissas. Uma linha de ataque disponível aos críticos da Resolução 407 é a de que o ato normativo se desenvolve de acordo com uma leitura equivocada do mercado. Nessa linha, argumenta-se que, diante de certas condições do mercado, a paridade entre as partes, mesmo considerando serem elas grandes empresas, seria ilusória, e que a liberdade de contratação fornecida seria mais limitada do que inicialmente se pode imaginar (TZIRULNILK; OLIVEIRA, 2021). Esse pode, de fato, ser o caso, e dizer se essa leitura está correta ou não envolveria mais do que se propõe por meio do presente artigo. Minimamente, contudo, pode-se afirmar que essa leitura não é a única possível, e que outros participantes relevantes do setor veem com bons olhos as mudanças propostas pela resolução (ABDIB, 2022). Sendo assim, diante de uma situação de relativa incerteza sobre qual o resultado a se esperar de uma determinada medida, não é óbvio que a postura adequada a se adotar seja uma atitude conservadora e proibitiva (VERMEULE, 2015).

Diante das constatações ora realizadas, parece que não se pode afirmar que o uso de princípios para a regulação dos contratos de seguro de dano para a cobertura de grandes riscos seja uma estratégia regulatória inidônea ou um meio de desregulação contrário ao interesse público. Ao contrário, trata-se de uma estratégia potencialmente útil e não evidentemente problemática diante dos objetivos de desenvolver o mercado e fomentar a liberdade empresarial de todos os interessados.

Conclusão

A regulação de seguros tem passado por transformações nas suas estratégias de normatização, fiscalização e aplicação de sanções. Em que pese essas transformações possam apresentar grandes benefícios ao mercado, deve-se atentar para o fato de que podem trazer também novos desafios. O presente artigo teve por objeto um destes desafios: o questionamento constitucional do modelo de regulação por princípios como instrumento regulatório compatível com os princípios da ordem econômica e o interesse público.

O núcleo do questionamento parece dizer respeito à adequação da regulação por princípios como estratégias regulatória apta à disciplina da matéria securitária. A regulação por princípios, argumenta-se, importa a ausência de regulação por parte do Estado e, com isso, viola os princípios da ordem econômica, o interesse público e a própria segurança jurídica do mercado de seguros. Como foi extensamente demonstrado ao longo do presente artigo, esse argumento não se sustenta.

¹⁷ Nesse sentido, ver os seguintes julgados: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJSP. **Apelação 1066289-35.2013.8.26.0100**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 29 jul. 2022.; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – TJRJ. **Apelação 0035225-17.2012.8.19.0209**. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004804101825935A4A66A1ED2BB79EF0529C5070E24304D&USER=>. Acesso em: 29 jul. 2022.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **AgInt no AREsp 1973453/RS**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102660370&dt_publicacao=19/04/2022. Acesso em: 29 jul. 2022. Para uma contribuição da doutrina sobre o tema da separação entre contatos consumeristas e empresariais, ver: Forgioni (2015, p. 30-34).

O tema remete diretamente à literatura jurídica sobre as vantagens comparativas entre diferentes tipos de diretiva: as regras e os princípios. Como visto, a escolha por um ou outro tipo de regra importa certos *trade-offs* no processo regulatório. As regras, de um lado, associam-se às ideias de estabilidade, de provisão de certeza e orientação, e de redução da discricionariedade das autoridades administrativas, mas podem ser problemáticas por ensejar uma aplicação mais preocupada com a forma do que com os objetivos substantivos da regulação. Os princípios, por outro lado, associam-se à flexibilidade e à racionalidade substantiva, solucionando alguns dos problemas tipicamente associados às regras, mas potencialmente ao custo dos valores de certeza e previsibilidade conferidos por estas. Diante da possível utilidade dos princípios no processo regulatório, não há razão para reputar a regulação por princípios como inconstitucional.

Entrando na especificidade dos contratos de seguro de dano para a cobertura de grandes riscos, também aqui parece não haver razão para crer que a regulação de seguros incorre em qualquer inconstitucionalidade. Reconhece-se aqui que a escolha do tipo de norma adequado deve levar em consideração os aspectos contextuais. Nesse sentido, observou-se que contexto de formação destes contratos e os objetivos tidos em vista pelo regulador sugerem a adequação de uma abordagem principiológica. A constatação de que se trata de contratos entre grandes empresas, onde há menor incidência de problemas de assimetria informacional e desníveis de poder de barganha retira boa parte da atratividade das regras como instrumento de definição prévia das obrigações contratuais. Por outro lado, a demanda por maior diversificação de produtos e customização dos contratos se encontra em linha com utilização de um conjunto de normas regulatórias mais flexíveis, como é o caso dos princípios.

Referências

AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable: a treatise on legal justification**. Dordrecht: Kluwer, 1986.

ABDIB. **Nota da ABDIB de membros do IIRS pela modernização dos Seguros de Infraestrutura**. Disponível em: <https://www.abdib.org.br/2022/04/20/nota-da-abdib-de-membros-do-iirs-pela-modernizacao-dos-seguros-de-infraestrutura/>. Acesso em: 19 jul. 2022.

ABRAHAM, Kenneth S. **Distributing Risk: insurance, legal theory and public policy**. New Haven: Yale University Press, 1986.

ALEXY, Robert. **Law's ideal dimension**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

ALEXY, Robert. Legal Certainty and Corectness. **Ratio Juris**, vol. 28, n. 4, p. 441-451, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20. ed. São Paulo, Malheiros, 2021.

- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Nova York: Oxford University Press, 1992.
- BALDWIN, Robert. **Rules and Government**. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- BALDWIN, Robert. Better regulation in troubled times. **Health economics policy and law**, vol. 1, n.3, pp. 203-207, 2006.
- BALDWIN, R. CAVE, M. LODGE, M. **Understanding Regulation: theory, strategy, and practice**. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BLACK, Julia. **Forms and paradoxes of principles-based regulation**. LSE Law, society and economy working paper. 2008. Disponível em: <https://www.lse.ac.uk/law/working-paper-series/2007-08/WPS2008-13-Black.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2022.
- BLACK, Julia; HOPPER, Martyn; BAND, Christa. Making a success of Principles-based regulation. **Law and Financial Markets Review**. Vol.I., p. 195, 2007.
- BLACK, Julia. **Regulators as Rulemakers**. Tese (Doctor of Philosophy) – Faculty of Law of the University of Oxford. Oxford. 1993.
- BLACK, Julia. Regulatory styles and supervisory strategies. In: MOLONEY, Niamh; FERRAN, Ellís; PAYNE, Jennifer (eds.). **The Oxford Handbook of Financial Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- BLACK, Julia. **Rules and Regulators**. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CANTARELLI, L. G. P. **Produção normativa, participação e tipos de regras: uma análise das audiências públicas da Comissão de Valores Mobiliários**. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito da Regulação: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30646>. Acesso em: 15 jul. 2022.
- CYRINO, André. **Delegações legislativas, regulamentos e administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- DIVER, Colin S. The Optimal Precision of Administrative Rules. **The Yale Law Journal**. Volume 93, n.1. p. 65-109, 1983.
- DWORKIN, Robert. **Taking the rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- EHRlich, Isaac. POSNER, Richard. An economic analysis of legal rulemaking. **Journal of Legal Studies**, vol. 3, n.1, p. 257-286, 1974.
- ENDICOTT, Timothy. **Vagueness in Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- ENDICOTT, Timothy. The value of vagueness. In: MARMOR, Andrei; SOAMES, Scott. **Philosophical Foundations of Language in Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KAPLOW, Louis. Rules versus Standards: An Economic Analysis. **Duke Law Journal**, Vol. 42, nº 3, p. 557-629, 1992.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MARMOR, Andrei. **Positive law and objective values**. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- MCBARNETT, Doreen; WHELAN, Christopher. The Elusive Spirit of the Law: Formalism and the Struggle for Legal Control. **The modern law review**, v.54, n. 6., p. 848-873, 1991.
- MCBARNETT, Doreen. Legitimate Rackets: Tax Evasion, Tax Avoidance, and the Boundaries of Legality. **The Journal of Human Justice**. v. 3, n. 2., p. 56-74, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT. **Petição inicial da ADI 7.074**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6342164>. Acesso em: 23 maio 2022.
- RADAELLI, Claudio M.; MEUWESE, Anne C.M.; Better regulation in Europe: between public management and regulatory reform. **Public Administration**, vol. 87, n. 3, p. 639-654, 2009.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. **The Yale law Journal**. Volume 81, p. 823-854, 1972.
- SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and life. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. 1.ed. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- SOAMES, Scott. What vagueness and inconsistency tell us about interpretation. In: MARMOR, Andrei; SOAMES, Scott. **Philosophical Foundations of Language in Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP. **Planejamento Estratégico 2020-2023**. Julho, 2020a. Disponível em: http://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/coordenacao-de-apoio-a-gestao-estrategica/PLANEJAMENTO%20ESTRATEGICO%20-%20Versao%20Final_FINAL%20-%202003.07.2020.pdf. Acesso em: 19 jun. 2022.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP. **Susep abre consulta pública sobre seguros de danos para cobertura de grandes riscos.** Publicado em 24 de agosto de 2020b. Disponível em: <http://novosite.susep.gov.br/noticias/susep-abre-consulta-publica-sobre-seguros-de-danos-para-cobertura-de-grandes-riscos/>. Acesso em: 19 jul. 2022.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP. **SUSEP avança na simplificação das normas de seguros de grandes riscos.** Publicado em 29 de março de 2021. Disponível em: <http://novosite.susep.gov.br/noticias/susep-avanca-na-simplificacao-das-normas-de-seguros-de-grandes-riscos/>. Acesso em: 19 jul. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **AgInt no AREsp 1973453 / RS.** Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102660370&dt_publicacao=19/04/2022. Acesso em: 29 jul. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – TJRJ. **Apelação 0035225-17.2012.8.19.0209.** Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004804101825935A4A66A1ED2BB79EF0529C5070E24304D&USER=>. Acesso em: 29 jul. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJSP. **Apelação 1066289-35.2013.8.26.0100.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 29 jul. 2022.

TZIRULNIK, Ernesto; OLIVEIRA, Inaé Siqueira de. **“As ideias fora do lugar” da Resolução CNSP 407/2021.** Estadão, São Paulo, set. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/as-ideias-fora-do-lugar-da-resolucao-cnsp-407-2021/>. Acesso em: 19 jul. 2022.

VERMEULE, Adrian. Rationally Arbitrary Decisions in Administrative Law. **The journal of legal studies**, vol. 44, n. 52, p. 475-507, 2015.

WALDRON, Jeremy. Vagueness and the guidance of action. *In*: MARMOR, Andrei; SOAMES, Scott. **Philosophical Foundations of Language in Law.** Oxford: Oxford University Press, 2011.

Acessoriedade Administrativa e Dúvida sobre a Proibição nos Crimes contra o Mercado de Capitais

Thiago Cochenski Borba*

Introdução. 1 Metodologia. 2 Tipicidade e acessoriedade administrativa nos crimes contra o mercado de capitais. 3 Acessoriedade administrativa nos crimes da Lei 6.385, de 1976. 4 Interface entre os processos administrativo e penal e impactos das decisões entre as esferas. 5 Dúvida e erro nos crimes contra o mercado de capitais. 5.1 Dever de informação, exame da evitabilidade e erro de proibição. 5.2 Erro sobre os elementos extrapenais na acessoriedade administrativa. 5.3 Análise dos casos ilustrativos. 6 Casos penais e PAS/CVM. Considerações finais. Referências.

Resumo

O presente artigo analisa como os processos criminais envolvendo os crimes da Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976, são impactados pela regulação da Comissão de Valores Mobiliários e se a relação entre as esferas penal e administrativa tem criado dificuldades para a definição do risco permitido aos intérpretes. De início, por meio de revisão bibliográfica, traçou-se um panorama geral da interface entre as esferas penal e administrativa na persecução dessas condutas. Após, procedeu-se ao levantamento dos processos criminais já sentenciados no Brasil envolvendo tais ilícitos, para compreender como os magistrados têm abordado a questão. Ao final, identificou-se inúmeras ocorrências de interface entre as esferas, cuja análise levou à conclusão de que o direito penal deve buscar conceitos próprios e claros para a definição dos elementos normativos dos tipos que considerarem o conteúdo da norma administrativa, evitando o estado de dúvida.

Palavras-chave: Lei 6.385, de 1976. Crimes contra o mercado de capitais. Acessoriedade administrativa. Dúvida e erro.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, com mobilidade acadêmica internacional na Universidade de Bolonha. Pós-graduando em Compliance na Fundação Getúlio Vargas/SP.

Administrative Complementation and Doubt Over Prohibition in Crimes Against the Capital Markets

Abstract

This article analyzes how criminal proceedings involving the crimes of Law 6.385/76 are impacted by the regulation of the Brazilian capital markets regulator (Comissão de Valores Mobiliários) and whether the relationship between the criminal and administrative spheres has created difficulties in defining the risk allowed to market operators. Initially, a literature review outlined an overview of the interface between the criminal and administrative spheres in pursuing these illicit conducts. Afterward, a survey of criminal cases already sentenced in Brazil involving such acts was carried out, in order to understand how judges have approached the issue. In the end, numerous occurrences of an interface between the spheres were identified, whose analysis led to the conclusion that Brazilian criminal law must seek its own clear concepts for the elements that structure the crimes disposed on Law 6.385/1976 but considering the content of the administrative norm to avoid the state of doubt on its interpreters.

Key words: *Law 6.385/1976. Crimes against the capital markets. Administrative complementation. Doubt and error.*

Introdução

A aproximação entre o direito penal e o direito administrativo já foi amplamente diagnosticada pela doutrina, a qual denuncia um cenário de criminalização de condutas até então de interesse puramente regulatório. São várias as explicações para o fenômeno, as quais comumente o associam a opções político-criminais de prevenção a riscos que, inflacionados pela projeção midiática de um sentimento de insegurança (econômica ou social), abalam a confiança de agentes que demandam respostas cada vez mais severas das instituições.

Nessa medida, criam-se tipos penais vinculados diretamente a normas administrativas, como regulamentos, portarias e atos administrativos. Alguns contextos acentuam ainda mais essa realidade, como no direito penal econômico, em que a tutela penal é chamada para atuar em áreas já intensamente reguladas, por vezes como mero reforço para o *enforcement* regulatório.

Ocorre que a colocação do direito penal em uma posição derivada e periférica ao ambiente regulatório, cujas regras são por natureza mais flexíveis e dinâmicas, acaba por inseri-lo em um contexto cuja racionalidade é bastante diversa da sua (COSTA, 2013, p. 114). Isso fica claro na análise de dois principais aspectos: a tipicidade penal, que passa a depender de remissões normativas; e a apuração ou processamento do ilícito, realizada concomitantemente nas esferas penal e administrativa, ainda pautada no paradigma da independência das instâncias.

Aqui, a contraposição desse paradigma à noção de unidade do ordenamento assume posição fundamental para a construção de um sistema jurídico dotado de racionalidade interna (COSTA, 2013), em que o relacionamento entre as esferas penal e administrativa traga maiores facilidades do que problemas aos jurisdicionados e operadores do direito. No entanto, em muitos casos, tais benefícios não são vistos na prática, em que as confusas interações entre as esferas tornam a compreensão do risco permitido tarefa difícil para os destinatários da norma.

A situação é evidente no âmbito do mercado de capitais, no qual seus operadores tomam inúmeras decisões diariamente que exigem, sobretudo, segurança jurídica quanto ao cumprimento normativo. Além disso, a multiplicidade de remissões normativas nos crimes dos arts. 27-C, 27-D e 27-E da Lei 6.385, de 1976, atribui-lhes uma formação *sui generis* capaz de trazer à tona diversas questões enfrentadas no relacionamento entre direito penal e regulação.

Dentre elas, a interface entre as normas penais e regulatórias no âmbito do mercado de capitais construiu um cenário (como veremos na sequência) propenso à criação de estados de dúvida no intérprete das normas administrativas e penais. Imaginem-se os seguintes cenários hipotéticos que ilustram a importância prática do problema ora enfrentado:

Caso A

Y, administrador de carteiras de valores mobiliários em um fundo de investimentos, antes de realizar determinada operação vultuosa na Bolsa de Valores, consulta o setor jurídico do fundo, que o assegura que a operação não constitui “manobra fraudulenta” ou “operação simulada” segundo a jurisprudência do Colegiado da CVM. Assim, seguro da licitude de sua conduta, negocia ações da empresa Z na bolsa de valores. Após reclamação de investidores à CVM, é instaurado inquérito administrativo pela Superintendência de Processos Sancionadores da CVM (SPS/CVM) que conclui pela ocorrência do ilícito de manipulação de mercado e Y é acusado em PAS/CVM, com a expedição de ofício ao MPF. Já no processo-crime, é oferecida e recebida a denúncia pelo delito de manipulação de mercado. Realizada a instrução criminal, o magistrado, baseado no Termo de Acusação apresentado no PAS, entende que a operação constituiria “manobra fraudulenta” e Y é condenado. Após, advém a decisão do Colegiado da CVM que absolve Y das acusações.

Caso B

X, conselheiro de administração de companhia aberta, é acusado em PAS/CVM da prática do ilícito de *insider trading* por ter operado no mercado em posse de “informação relevante ainda não divulgada”. Sem que tenha apresentado sua manifestação prévia na esfera administrativa, o MPF denuncia X pela prática do tipo penal do art. 27-D da Lei 6.385, de 1976, a qual é prontamente recebida pelo juízo federal competente. Na sequência, finalizada a fase instrutória, X é absolvido pelo Colegiado da CVM, que considerou que a informação não seria considerada relevante para fins de enquadramento no ilícito do art. 155, § 4º, da LSA. Semanas após a decisão administrativa, mas antes da conclusão do processo penal, X se depara com informações da mesma natureza e fica em dúvida se poderia novamente operar no mercado. Confiante na decisão da CVM, mas sem consultar especialista, julga que a conduta seria lícita e conclui as negociações. No entanto, na esfera penal, posteriormente o acusado é condenado, ao se considerar que, à luz da independência das instâncias, a informação que detinha seria sim considerada relevante, em lesão ao bem jurídico protegido.

Caso C

W é presidente da companhia aberta T, listada na B3, e deseja adquirir novas ações da companhia, mas, por estar em posse de informação ainda não divulgada da empresa, encontra-se em dúvida se poderá proceder com a operação. Sem consultar o setor jurídico da empresa, entende não ser a informação relevante, uma vez que não integra o rol exemplificativo da Resolução CVM 44, de 2021 e, ao seu ver, ela não seria capaz de influir na cotação dos valores mobiliários, nas decisões dos investidores de negociá-los, mantê-los ou exercer direitos inerentes à sua titularidade. Semanas depois, a informação é vazada em um veículo de imprensa e as ações sofrem alta expressiva em sua cotação. Instaurado inquérito administrativo na CVM, W é acusado pelo SPS/CVM da prática de *insider trading* e, concomitantemente, denunciado pelo MPF da prática do crime do art. 27-D da Lei 6.385, de 1976.

A fim de responder às questões postas nos casos anteriores, o presente ensaio, em um primeiro momento, analisará a tipicidade de cada um dos crimes da Lei 6.385, de 1976, a fim de compreender em que medida esses se valem de remissões normativas à regulação do mercado para a construção do injusto penal. Em seguida, a partir de um levantamento dos processos penais já sentenciados envolvendo tais delitos, será examinada a interface entre as esferas penal e administrativa para entender como o Judiciário tem abordado as peculiaridades do relacionamento entre ambas. Ao final, buscar-se-á compreender: (i) em que medida a imputação dos tipos penais da Lei 6.385, de 1976, depende de um retorno à regulação de mercado; (ii) se o acerto dos casos penais se apoia nas decisões dos processos administrativos sancionadores da CVM; e (iii) se a relação entre as esferas cria dificuldades para a definição do risco permitido aos intérpretes.

I Metodologia

A primeira etapa da pesquisa se voltou à análise da tipicidade dos crimes contra o mercado de capitais, em especial as remissões normativas operadas à regulação do mercado. Para tanto, foram identificados os elementos normativos com definição semântica na regulação do mercado que compõem os delitos da Lei 6.385, de 1976, o que se operou por meio de revisão bibliográfica. Focadas nos ilícitos penais e nos administrativos processados pela CVM, a bibliografia foi complementada com a jurisprudência do Colegiado da CVM e dos Tribunais.

Na segunda parte, realizou-se um levantamento de todos os julgados encontrados – de acordo com os parâmetros de pesquisa delineados – envolvendo crimes contra o mercado de capitais até 13 de junho de 2021 – data do fechamento desta etapa –, identificando os processos-crime já sentenciados e o correspondente processo administrativo sancionador (PAS) na CVM.

Para a identificação dos casos, diante da consolidação do entendimento acerca da competência federal para o julgamento dos crimes da Lei 6.385, de 1976,¹ foram realizadas buscas nos sistemas de pesquisa de Tribunais – Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais – e coletadas informações em veículos de imprensa e *sites* que oferecem bancos de dados jurisprudenciais acerca de processos penais em trâmite.² Dessa forma, foram elencados os seguintes termos de pesquisa: crimes contra o mercado de capitais; Lei 6.385, de 1976; manipulação de mercado; art. 27-C da Lei 6.385, de 1976; uso de informação privilegiada; *insider trading*; art. 27-D da Lei 6.385, de 1976; exercício irregular de cargo ou função; art. 27-E da Lei 6.385, de 1976.

Diante da menção expressa ao PAS/CVM na maioria das sentenças ou acórdãos encontrados, sua identificação se mostrou facilitada. Caso contrário, realizou-se busca textual pelos nomes das partes no *site* da autarquia. Ao total, foram localizados 21 processos-crime já sentenciados referentes aos crimes contra o mercado de capitais, além de outros ainda não sentenciados – não contabilizados para a presente pesquisa. Em 19 dos 21 processos, foi possível identificar um PAS/CVM correspondente aos mesmos fatos narrados na ação penal, de modo que, em dois casos, conclui-se que não houve persecução na via administrativa.

Na terceira e última fase da pesquisa, procedeu-se ao exame de todos os casos penais e PAS/CVM identificados, a fim de verificar a influência da regulação do mercado no acerto dos casos penais envolvendo crimes da Lei 6.385, de 1976. Para tanto, foram realizadas as seguintes

1 A questão foi fixada pelo STJ no julgamento do CC 135.749/SP, Rel. Min. Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Terceira Seção, j. 25 mar. 2015.

2 Diante da inexistência nos *sites* dos Tribunais de ferramentas de pesquisa por termos-chave em processos em primeiro grau, após a análise de acórdãos ou notícias na imprensa, computavam-se os autos da ação penal para a extração da sentença proferida na origem e demais dados relevantes.

análises: i) resumo dos fatos relevantes; ii) verificação da extensão das menções aos elementos normativos com conteúdo semântico na regulação do mercado; e iii) comparação e influência da decisão administrativa no acerto do caso penal.

2 Tipicidade e acessoriedade administrativa nos crimes contra o mercado de capitais

Até a criação dos tipos penais da Lei 6.385, de 1976 (“Lei de Mercado de Capitais”), houve uma longa trajetória de alterações legislativas que buscavam, de alguma forma, tipificar as condutas hoje ali descritas. Conforme relatam Bittencourt e Breda (2014), a primeira previsão desses crimes no Brasil ocorreu já em 1832, com a Lei 3.150, cujas previsões foram mantidas no art. 340 do CP de 1890. Após, tais condutas foram tipificadas na lei de crimes contra a economia popular (Decreto-Lei 869, de 18 de novembro de 1938) e no art. 177 do CP de 1940, cuja redação permanece vigente, mas sem aplicação prática.³

A partir da Lei 6.404, de 1964, e a posterior criação da CVM com a Lei 6.385, de 1976, a trajetória dos crimes contra o mercado de capitais se vinculou aos ilícitos de mercado regulados na antiga ICVM 8 de 1979, sancionados pela autarquia e na via da ação civil pública, sendo eles: criação de condições artificiais de demanda, oferta e preço; manipulação de mercado; operação fraudulenta; e prática não equitativa. O uso de informação privilegiada, por sua vez, era tutelado como prática não equitativa, apenas depois recebendo previsão específica na LSA.⁴

Aos poucos, os operadores do mercado perceberam a insuficiência da regulação de caráter não penal para tutelar os interesses envolvidos e inibir a ocorrência dessas práticas (DE GRANDIS, 2011, p. 157), de modo que a necessidade de criminalização dessas práticas surge na esteira da inefetividade do combate a tais condutas nas vias cível e administrativa (MUSSNICH, 2017, p. 32). Foi quando adveio a Lei 10.303, de 2001, que alterou a Lei 6.385, de 1976, e instituiu os atuais tipos penais com formas muito similares aos ilícitos de mercado perseguidos pela CVM, apresentando-se como espécie de “reforço sancionatório” à regulação.

Contudo, a realidade normativa do ambiente regulatório é muito diversa daquela da estrita legalidade do direito penal. Por natureza, a regulação exige dinamicidade e fluidez para adaptação às constantes alterações nas realidades que se posa a regular. Essa característica leva a uma dicotomia entre uma regulação mais genérica ou específica, sopesando os malefícios de normas excessivamente abertas – que impediriam a compreensão do risco permitido – ou fechadas – com menor abrangência a diferentes condutas.

No âmbito do mercado de capitais, esse debate se faz muito presente, em que a previsão normativa dos ilícitos de mercado exige um equilíbrio entre linguagens abertas ou fechadas que permita o exercício adequado de seu *enforcement* e a compreensão do risco permitido. É nessa esteira que atuou a CVM ao editar a Resolução CVM 62, em substituição à antiga ICVM 08/79, que definiu em seu art. 2º, de forma “positivamente genérica, situações que configuram operações ou práticas incompatíveis com a regularidade que se pretende assegurar ao mercado de valores mobiliários” (SANTOS, OSÓRIO e WELLISCH, 2012, p. 109).⁵ Veja-se:

3 Para mais explicações acerca da ausência de aplicação prática do art. 177 do CP, para o fim de tutela dos crimes contra o mercado de capitais, ver Alonso (2009).

4 Destaca-se que, como apontam Prado, Cavali, Rachman e Vilela (2020, p. 6), esses ilícitos já eram mencionados nos arts. 2º e 3º da Lei 4.728, de 1965, cuja persecução restava sob competência do Banco Central (BC).

5 Ao tratar da antiga ICVM 8 de 1979 – cujas similitudes à redação da Resolução CVM 62 tornam seus comentários ainda atuais –, Santos, Osório e Wellisch (2012) celebram o fato de que, ao prever figuras típicas amplas, criou-se *standards* legais que apenas definem os contornos de como a autarquia deverá aplicar tais, cuja interpretação foi reservada a cada caso concreto, dada a mutabilidade de tais práticas – razão pela qual a referida Instrução ainda está em plena vigência, sem ter sofrido qualquer alteração.

Art. 2º da Resolução CVM 62/2022. Para fins desta Resolução, aplicam-se as seguintes definições:

I – condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários: aquelas criadas em decorrência de negociações pelas quais seus participantes ou intermediários, por ação ou omissão dolosa provocarem, direta ou indiretamente, alterações no fluxo de ordens de compra ou venda de valores mobiliários;

II – manipulação de preços: a utilização de qualquer processo ou artifício destinado, direta ou indiretamente, a elevar, manter ou baixar a cotação de um valor mobiliário, induzindo terceiros à sua compra e venda;

III – operação fraudulenta: aquela em que se utilize ardil ou artifício destinado a induzir ou manter terceiros em erro, com a finalidade de se obter vantagem ilícita de natureza patrimonial para as partes na operação, para o intermediário ou para terceiros; e

IV – prática não equitativa: aquela de que resulte, direta ou indiretamente, efetiva ou potencialmente, um tratamento para qualquer das partes, em negociações com valores mobiliários, que a coloque em uma indevida posição de desequilíbrio ou desigualdade em face dos demais participantes da operação. (BRASIL, 2022)

Por meio desses tipos abertos, deixou-se ao julgador a interpretação “correta” dos ilícitos de mercado na análise do caso concreto e, como esperado, a jurisprudência do Colegiado da CVM e do CRFSN passou a estabelecer seus contornos interpretativos. O próprio Colegiado já destacou em várias oportunidades que “os tipos administrativos contidos na Instrução CVM 8/79 são propositalmente abertos e destinados a conferir flexibilidade à autoridade supervisora do mercado, sem prejuízo de sua coercibilidade face à diversidade de situações possíveis em um mercado em constante evolução”.⁶

Ocorre que, com o advento da Lei 10.303, de 31 de outubro de 2001, e a formação dos crimes contra o mercado de capitais, essa abertura dos ilícitos de mercado foi transferida também aos delitos a eles correspondentes. Em busca de racionalidade, os tipos penais se forçaram a adotar remissões normativas à regulação da CVM, a qual, por sua vez, igualmente se vale de conceitos genéricos.

Ainda que se possa argumentar que tais remissões a normas extrapenais configuram uma possível violação ao princípio da legalidade,⁷ existem vantagens em vincular a interpretação de tipos penais a normas regulatórias em termos de racionalidade do ordenamento. No âmbito das relações entre as esferas, a remissão normativa dificulta contradições entre elas, ao mesmo passo em que atualiza a norma penal aos dinamismos do mercado (NAVES, 2019, p. 39). Assim, nota-se relativa dependência dos tipos penais em relação às normas administrativas para a construção da conduta proibida, o que se mostra comum no relacionamento entre direito penal e regulação, em que “cada vez mais passa a residir, então, a busca da proibição ou da obrigação penal na norma extrapenal, objeto da remissão normativa realizada pelo tipo penal. Em outras palavras, é nítido que os limites do que seria o risco permitido está posto na esfera extrapenal” (NAVES, 2019, p. 186).

Essas diferentes expressões do relacionamento entre a norma penal e a administrativa são bem explicadas pela doutrina por um instituto denominado “acessoriedade administrativa”, o qual se mostra útil na dogmática penal ao permitir a diferenciação entre casos de absoluta independência, absoluta dependência ou dependência relativa da norma administrativa para a interpretação dos tipos penais (NAVES, 2019), ou ainda, entre remissões diretas ou indiretas à regulação (SILVEIRA, 2019, p. 260-261).

⁶ Trecho do Voto do Diretor Relator Henrique Machado no julgamento do PAS CVM RJ2014/6517, na sessão de 27 de maio de 2019.

⁷ Para mais explicações sobre o assunto, ver Costa (2013), Bach (2012) e Horta (2016).

A doutrina oferece conceitos diferentes sobre acessoriedade administrativa, cada qual com especificidades ou terminologias diversas. Limitando-se aos objetivos da presente pesquisa, a síntese entre as diferentes nomenclaturas realizada por Horta (2016, p. 368-369) e Naves (2019, p. 52-65) contempla a análise da acessoriedade em três grandes categorias: **acessoriedade conceitual**; **acessoriedade de direito** (ou acessoriedade normativa geral); e **acessoriedade ao ato administrativo** (ou acessoriedade normativa individual).⁸ A **acessoriedade conceitual** seria aquela na qual a norma penal incorpora conceitos próprios do direito administrativo (geralmente, elementos normativos), empregando-os no sentido que a norma administrativa os atribui.⁹ A **acessoriedade de direito** consiste na norma penal em branco, em que o conteúdo do injusto é complementado por fontes clássicas do direito administrativo, como portarias, regulamentos ou leis. Já a **acessoriedade de atos administrativos**, por fim, ocorre quando o tipo penal menciona atos administrativos proibitivos ou permissivos, licenças ou autorizações concedidas pela Administração Pública, em que o tipo penal exige a violação a um ato administrativo específico.

Nessa medida, tais categorias permitem uma compreensão mais acurada dos diferentes usos que o tipo penal faz das normas administrativas para a definição de seu conteúdo. Assim, trazendo a matéria aos crimes contra o mercado de capitais, cabe analisar como cada tipo se encaixa dentre as categorias.

3 Acessoriedade administrativa nos crimes da Lei 6.385, de 1976

À luz dos conceitos definidos acima, é possível enquadrar os delitos dos arts. 27-C, 27-D e 27-E da Lei 6.385, de 1976, nas categorias de acessoriedade administrativa supracitadas, conforme o papel desempenhado pelos elementos que os compõem:

Tabela 1 – Categorias de acessoriedade administrativa para cada crime da Lei 6.385, de 1976

	Manipulação de Mercado	<i>Insider Trading</i>	Exercício irregular de cargo ou função
Acessoriedade conceitual	Valores Mobiliários	Valores Mobiliários	Cargos e Profissões reguladas nas ICVM
Acessoriedade de direito		Informação relevante, ainda não divulgada Dever de sigilo	Registro exigido “por lei ou regulamento”
Acessoriedade ao ato administrativo			Registro “junto à autoridade administrativa competente”

Fonte: elaborada pelo autor

⁸ São várias as nomenclaturas adotadas para tratar das categorias de acessoriedade administrativa, as quais variam mais em sua terminologia do que em conteúdo. Merecem destaque as categorias propostas por Greco (2013), Costa (2013) e Mata Barranco (2011), as quais, ainda que com nomes diversos, contemplam ideias similares do que seria a acessoriedade administrativa e sua importância na interpretação dos tipos penais.

⁹ Destaca-se que a acessoriedade conceitual não acarreta elementos em branco para leis penais, mas sim elementos normativos, de conteúdo administrativo (HORTA, 2016, p. 243).

O tipo penal de **manipulação de mercado** (art. 27-C da Lei 6.385, de 1976),¹⁰ conforme examinado por Cavali (2018, p. 342), contempla apenas elementos de **accessoriedade conceitual** à regulação do mercado de capitais, sem remeter expressamente a norma ou atos administrativos proibitivos/ permissivos, mantendo o conteúdo do injusto penal no próprio tipo.

Em sua redação atual,¹¹ o único elemento normativo do tipo oriundo da regulação de mercado é o dos “valores mobiliários”, ao qual o ordenamento não oferece definição exata.¹² O art. 2º da Lei 6.385, de 1976,¹³ traça um rol exemplificativo do que seriam valores mobiliários, cuja remissão é necessária para a devida compreensão do ilícito penal.¹⁴ No entanto, o princípio da legalidade exige que, para incorrer nas penas do art. 27-C da Lei 6.385, de 1976, a manipulação deve ser de valores mobiliários enquadráveis em algum dos incisos do art. 2º da mesma lei (CAVALI, 2018, p. 316).

Quanto ao tipo penal de **uso de informação privilegiada**, previsto no art. 27-D da Lei 6.385, de 1976,¹⁵ este se apoia em uma série de definições extraídas da regulação da CVM, apresentando os seguintes elementos com relações de accessoriedade: “valores mobiliários” (supracitado), “informação relevante, ainda não divulgada ao mercado” e “dever de sigilo”.

O conceito de “informação relevante” integra o núcleo do tipo penal e constitui o maior objeto de discussões acerca do ilícito de *insider trading*. Para sua definição, é comum a remissão ao conceito de “fato relevante”, previsto no art. 2º, *caput*, da Resolução CVM 44, de 2021,¹⁶ a qual dispõe sobre a divulgação e uso de “informações sobre ato ou fato relevante” relativo a companhias abertas, enquanto o parágrafo único do art. 2º traz exemplos de atos ou fatos potencialmente relevantes. No entanto, deve-se atentar à distinção entre “informação” e “fato” relevante, sendo a primeira mais abrangente e não restrita à definição da Resolução.

10 Art. 27-C da Lei 6.385, de 1976. 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. (BRASIL, 1976).

11 Destaca-se que, antes das alterações promovidas pela Lei 13.506/2017, a redação do art. 27-C contemplava também os seguintes elementos normativos, cuja definição é trazida na ICVM 461/07: “bolsa de valores, de mercadorias e de futuros”, “mercado de balcão organizado” e “mercado de balcão não-organizado”.

12 O conceito de “valores mobiliários” é trazido apenas pela doutrina, com Coelho (2011) afirmando se tratar de “títulos de investimento que a sociedade anônima emite para obtenção dos recursos de que necessita”. Para melhor compreensão do conceito de “valores mobiliários”, vide Mattos Filho (2015).

13 Art. 2º da Lei 6.385, de 1976. São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: I – as ações, debêntures e bônus de subscrição; II – os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II; III – os certificados de depósito de valores mobiliários; IV – as cédulas de debêntures; V – as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; VI – as notas comerciais; VII – os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; VIII – outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e IX – quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros. (BRASIL, 1976).

14 Ainda, deve-se apontar que existem outras modalidades de valores mobiliários além daquelas indicadas na Lei 6.385/76, como as letras financeiras (Res. 3.836, de 2010, e 4.123, de 2012, do CMN), certificados de operações estruturadas (Lei 12.249, de 2010), certificados de direitos creditórios do agronegócio, letras de crédito do agronegócio e certificados de recebíveis do agronegócio (todos regulados pela Lei 11.076/04).

15 Art. 27-D, da Lei 6.385, de 1976. 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.

§ 1º 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.

§ 2º A pena é aumentada em 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).

16 Art. 2º, *caput*, da Resolução CVM 44/2021. Considera-se relevante, para os efeitos desta Resolução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável: I – na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados; II – na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários; ou III – na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados.

Em seu primeiro pronunciamento sobre o crime do art. 27-D da Lei 6.385, de 1976, o STJ asseverou que o termo “informação relevante” deve ser lido a partir do disposto no art. 155, § 1º, da Lei das S.A.,¹⁷ em conjunto com a então vigente ICVM 358/2002 (atual Resolução CVM 44, de 2021), afirmando que o rol exemplificativo¹⁸ da norma administrativa constitui “importante fonte hermenêutica para a seara criminal”, competindo ao “aplicador da lei a valoração em concreto da relevância da informação” (REsp 1569171/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. em 16 fev. 2016). Portanto, à luz do entendimento do STJ e do disposto na Resolução CVM 44/2021, pode-se definir informação relevante como aquela capaz de “influir na cotação dos valores mobiliários, nas decisões dos investidores de negociá-los, mantê-los ou exercer direitos inerentes à sua titularidade” (CAVALI, 2022, p. 217).

O tipo penal também demanda que a informação ainda não tenha sido divulgada ao mercado, ou seja, permaneça “privilegiada” e restrita àqueles com a confiança da companhia. Assim, trata-se da informação ao mesmo tempo relevante e sigilosa (MUSSNICH, 2017, p. 23-24). Inspirado no princípio do *full disclosure*, o art. 157, §§ 4º e 5º, da LSA impõe aos administradores da companhia aberta o dever de divulgar essas informações ao mercado, sendo regulamentado pelo art. 3º da Resolução CVM 44, de 23 de agosto de 2021, que outorga essa função ao Diretor de Relações com Investidores, responsável por as tornar públicas.

Em sua redação original, o art. 27-D da Lei 6.385, de 1976, exigia do *insider* um “dever de guardar sigilo”¹⁹ sobre a informação relevante, o que tornaria o crime próprio (BITTENCOURT; BREDA, 2014, p. 404-406)²⁰ aos sujeitos indicados no art. 8º da Resolução 44, de 2021,²¹ que regulamenta esse dever. Com o advento da Lei 13.506, de 2017, o tipo penal deixou de exigir o dever de sigilo e ampliou o seu rol de sujeitos ativos para alcançar também “*insiders secundários*”, de modo que esse dever passou a figurar apenas no § 2º como causa de aumento de pena, deixando de se tratar de crime próprio (PRADO *et al.*, 2020, p. 31).

Para enquadrar o delito em alguma das categorias de acessoriedade, de início, nota-se que a redação do art. 27-D não faz menção a leis, decretos ou portarias, assim como não exige o exame de prévias licenças, permissões ou autorizações. O que o tipo contempla são conceitos definidos na regulação do mercado, como verdadeiros elementos normativos, alinhando-se à hipótese de acessoriedade conceitual ao tratar de “valores mobiliários”.

Por outro lado, ao não definir o que seria “informação relevante” para fins penais, é a própria compreensão do conteúdo do injusto exige um reenvio à regulação da CVM, em especial ao disposto na Resolução CVM 44/2021. Essa é a razão pela qual o STJ afirmou que, ao deixar em aberto o

17 Art. 155, § 1º, da LSA. Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.

18 Alguns entendem que a Corte se equivocou ao considerar o rol da Resolução como exemplificativo, pois tornaria o delito excessivamente abstrato ao permitir sua incidência para qualquer ato ou fato que possa “influir de modo ponderável” no mercado (Vieira, 2016). Outros, por sua vez, em acordo com a interpretação da autarquia, entendem que o rol, de fato, é exemplificativo (*vide* Proença, 2005; Bittencourt e Breda, 2014; e Cavali, 2018), o que consagraria a boa técnica regulatória ao evitar normas facilmente obsoletas.

19 Juntamente ao dever de informar, o dever de sigilo integra as “normas preventivas” do *insider trading*, que visam assegurar visibilidade às operações do mercado ao impor aos potenciais *insiders* a prestação de informações sobre as ações por ele negociadas (EIZIRIK, 1983, p. 42). As “normas repressivas” seriam as que proíbem o uso de informações privilegiadas mediante negociações no mercado de capitais, implicando em sanções cíveis, administrativas e criminais (EIZIRIK, 1983, p. 42).

20 Tratava-se de limitação que exigia uma conexão mínima entre a informação obtida e o cargo ocupado pelo autor, a fim de restringir a repressão penal aos detentores do dever de sigilo sobre a informação. Conforme destaca Lucchesi (2011, p. 137-161), aquele que obtivesse informação privilegiada por caso fortuito não teria dever de manter sigilo, não cabendo a imputação de *insider trading* nos termos da antiga redação.

21 Art. 8º da Resolução CVM 44, de 2021. Os acionistas controladores, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, e empregados da companhia, devem guardar sigilo das informações relativas a ato ou fato relevante às quais tenham acesso privilegiado em razão do cargo ou posição que ocupam, até sua divulgação ao mercado, bem como zelar para que subordinados e terceiros de sua confiança também o façam, respondendo solidariamente com estes na hipótese de descumprimento.

que seria “informação relevante”, o art. 27-D, da Lei 6.385, de 1976, seria uma norma penal em branco, pois o tipo penal “não explicitou o que venha a ser informação economicamente relevante, fazendo com que o intérprete recorra a outras leis ou atos normativos para saber o alcance da norma incriminadora” (REsp 1569171/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. em 16 de fevereiro de 2016).²²

Ainda que o termo “informação relevante” no art. 27-D da Lei 6.385, de 1976, não constitua a forma clássica de elemento em branco do tipo penal²³ – pois não faz referência explícita ao conteúdo imperativo da norma extrapenal –, a remissão à Resolução CVM 44, de 2021, é imprescindível para compreender o conteúdo do injusto, não havendo como o desassociar da norma regulatória. O mesmo se observa quanto ao “dever de sigilo”, presente na causa de aumento de pena do § 2º e cuja extensão só é compreendida com a leitura do art. 8º da Resolução 44, de 2021. Assim, é notória a presença de elementos de **acessoriedade conceitual** e de **acessoriedade de direito** no art. 27-D.

Por fim, o crime de **exercício irregular de profissão ou qualquer atividade econômica**, previsto no art. 27-E, da Lei 6.385, de 1976,²⁴ quando aplicado à seara do mercado de capitais, visa proteger o investidor ao exigir que a intermediação financeira seja prestada por profissional com qualificação técnica (MIKALOVSKI, 2014, p. 150-152), estimulando a formação adequada dos intermediários do mercado e dando maior segurança ao investidor (BITTENCOURT e BREDA, 2014, p. 417). O tipo faz menção a cargos, autorizações e exigências previstas em leis ou regulamentos específicos, de modo que contempla as três categorias de acessoriedade: conceitual, de direito e ao ato administrativo (CAVALI, 2018).

Quanto à **acessoriedade conceitual**, o tipo trata de profissões, cargos, atividades ou funções desempenhadas no mercado de capitais, todas reguladas pela CVM: a atividade do administrador de carteiras é tratada na ICVM 558, de 2015; do agente autônomo de investimento, na ICVM 497/2011; do auditor independente, na ICVM 308, de 1999; do analista de valores mobiliários, na ICVM 598, de 1999; e do agente fiduciário na ICVM 583, de 2016. Já a **acessoriedade de direito** (ou normativa geral) é verificada quando o tipo exige que o registro perante a autoridade administrativa seja fixado “por lei ou regulamento”, tratando-se de lei penal em branco. Por fim, a **acessoriedade ao ato administrativo** (ou normativa individual) é caracterizada pela exigência de uma autorização ou registro “junto à autoridade administrativa competente”, de modo que só podem exercer as atividades citadas no tipo os que detêm autorização pela CVM, conforme as normas que regulam a atividade.

²² Em obra sobre o tema, Marcelo Cavali (2022, p. 281) se alinha ao entendimento do STJ e afirma que o tipo penal de *insider trading* contempla tanto elementos de uma acessoriedade conceitual quanto de acessoriedade de direito, pois “remete implicitamente à Resolução CVM 44/2021” ao tratar de “informação relevante”. Por outro lado, Bittencourt e Breda (2014, p. 409) afirmam que “ainda que não se trate propriamente de norma penal em branco”, a regulação da CVM constitui a principal referência ao intérprete.

²³ A questão está em diferenciar um elemento normativo, definido administrativamente, e um elemento em branco da lei penal – o que não é tarefa simples, uma vez que as próprias normas penais em branco podem se valer de remissões implícitas a outras normas (BECHARA, 2018, p. 260). Diante disso, a distinção entre ambos não pode derivar apenas da existência de uma remissão expressa ou não à norma extrapenal, mas deve estar condicionada à função que cumpre a norma complementadora para o injusto penal (BECHARA, 2018, p. 261). Como bem delimita Horta (2016, p. 243), os elementos em branco das leis penais fazem referência ao conteúdo imperativo de uma norma extrapenal, cuja remissão é necessária para que se extraia da lei um *comando dotado de sentido*, de modo que os preceitos aos quais se referem não podem ser compreendidos apenas na própria norma. Por outro lado, um elemento normativo é um termo ou expressão legal ao qual se faz remissão a outra norma apenas para determinar seu preciso significado, sendo parte integrante do tipo penal (HORTA, 2016, p. 243).

²⁴ Art. 27-E, da Lei 6.385, de 1976. Exercer, ainda que a título gratuito, no mercado de valores mobiliários, a atividade de administrador de carteira, agente autônomo de investimento, auditor independente, analista de valores mobiliários, agente fiduciário ou qualquer outro cargo, profissão, atividade ou função, sem estar, para esse fim, autorizado ou registrado na autoridade administrativa competente, quando exigido por lei ou regulamento:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL, 1976).

4 Interface entre os processos administrativo e penal e impactos das decisões entre as esferas

Verificada a importância da regulação de mercado para a construção da tipicidade dos crimes da Lei 6.385, de 1976, passa-se à análise do segundo momento da interface entre as esferas penal e administrativa: a apuração ou processamento do ilícito. Como visto, os crimes contra o mercado de capitais encontram correspondentes quase diretos nos ilícitos de mercado da Resolução CVM 62, de 2022, de modo que geralmente são também objeto de apurações e sanções administrativas. No entanto, diante da estrutura típica de acessoriedade, é na interface processual entre as esferas que se encontram os maiores desafios, alguns dos quais serão tratados a seguir.

É interessante observar como as diferentes formas de acessoriedade administrativa influenciam também na relação dos processos administrativos e penais. Conforme aponta Greco (2006, p. 160), os tipos penais que contêm uma acessoriedade ao ato normativo demandam a prévia violação à norma administrativa para que sejam consumados. Exemplo é o próprio tipo penal do art. 27-E da Lei 6.385, de 1976, o qual exige a prévia violação a “lei ou regulamento” que obrigue a obtenção de uma licença ou autorização para o profissional atuar no mercado de capitais, de forma que a consumação do tipo penal exige a infração à norma administrativa.

Essa mesma exigência não é vista nos casos de acessoriedade conceitual ou acessoriedade de direito, uma vez que a averiguação de eventual violação a norma da administração não constitui requisito para a materialidade do tipo penal. No entanto, Cavali (2018, p. 343) sustenta que, mesmo quando detentores apenas de acessoriedade conceitual ou de direito, o relacionamento de alguns tipos penais com seus “correspondentes” ilícitos administrativos se faz de forma tal que a estrutura linguística de ambos torna impossível a realização da conduta penalmente típica sem a prévia violação à norma administrativa.

Os crimes contra o mercado de capitais ilustram bem essa situação. Para a ocorrência do art. 27-C da Lei 6.385, de 1976, seria quase impossível não praticar alguns dos ilícitos indicados na Resolução CVM 62, de 2022, em especial a criação de condições artificiais de demanda, oferta e preço, manipulação de mercado ou operação fraudulenta (CAVALI, 2018, p. 344). O mesmo se segue com o art. 27-D da Lei 6.385, de 1976, em relação ao ilícito do art. 155, § 4º, da LSA, cuja caracterização é “condição necessária – conquanto insuficiente – para a perfectibilização do delito” (CAVALI, 2022, p. 281), diante das redações quase idênticas.

Assim, pode-se afirmar que, para os crimes contra o mercado de capitais, a estrutura de alguns de seus tipos exige a violação anterior a normas administrativas (art. 27-E da Lei 6.385, de 1976), enquanto a de outros aponta a impossibilidade fática e lógica de ocorrência do delito sem a prévia violação da norma regulatória (arts. 27-C e 27-D da Lei 6.385, de 1976).

Diante dessa relação *sui generis* existente entre os tipos penais da Lei 6.385, de 1976 e os ilícitos de mercado, discutem-se os efeitos que a decisão anterior de um PAS/CVM teria no julgamento de processos penais. Historicamente tem prevalecido no Brasil o paradigma da absoluta independência entre as esferas cível, administrativa e penal, cujos contornos são delineados pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal. No entanto, no caso da acessoriedade administrativa, é evidente a influência de conclusões administrativas para o processo criminal, ainda que inexista regra legal que regule a interação entre as esferas.

A instrumentalização dessa independência absoluta das esferas nem sempre é clara, o que muitas vezes dificulta o alcance de racionalidade do sistema jurídico como um todo. Assim, conforme sugeriu Cavali em duas oportunidades (2018, p. 744-745 e 2022, p. 286-287), o peso das decisões

administrativas sobre as penais pode ser analisado a partir de três grandes questões: fáticas, jurídicas e técnicas.

Quanto às **questões fáticas**, essas são tidas pelo autor como os “fatos brutos” (CAVALI, 2018, p. 745), e não há controvérsia em se admitir que a Justiça Criminal possui total independência para determinar a ocorrência de uma conduta, sem vinculação a decisões administrativas. Inclusive, há décadas o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento²⁵ de que, no caso do reconhecimento da inexistência material de fatos ou de negativa de autoria,²⁶ as decisões penais possuem efeitos vinculantes à esfera administrativa, uma vez que é ali que vigoram de forma mais robusta a ampla defesa e o contraditório.

Situação diversa é aquela referente às **questões jurídicas** enfrentadas pela CVM, referidas por Cavali (2018, p. 356) como as que dependem de métodos interpretativos tipicamente jurídicos, ou seja, utilizam-se de linguagem jurídica comum. Cavali (2018, p. 356-360) aponta que o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) impede que uma autoridade administrativa detenha a prerrogativa de interpretação definitiva sobre a legislação que lhe incumbe aplicar, o que impediria o juiz de ficar subordinado à definição de um elemento normativo trazida por um órgão administrativo, ainda que sobre ele recaia um “ônus adicional na fundamentação da comprovação do injusto penal” quando contrarie uma absolvição administrativa.

Já Silveira (2019, p. 267) entende que a lógica da acessoriedade administrativa indica o caminho inverso, de modo que recairia na CVM a competência para avaliar “questões jurídicas”, ou seja, não poderia o juiz, de forma independente e desvinculada das decisões administrativas, analisar um elemento normativo do tipo definido na regulação de mercado de maneira contrária à CVM. Para o autor, em casos de acessoriedade administrativa, deve ser superada a ideia de independência entre as instâncias em prol da **interdependência**, cabendo à esfera administrativa a determinação do objeto material do delito (SILVEIRA, 2019).

Ainda, sustenta que a percepção administrativa não apenas define o elemento normativo, mas cria uma “condição de procedibilidade” para a ação penal, pois o delito só seria possível caso se entenda, administrativamente, que o elemento normativo estivesse presente no caso, sob pena de uma interpretação incoerente. Silveira (2019, p. 287) exemplifica seu raciocínio ao afirmar que, para a materialidade do crime de *insider trading*, a CVM deveria antes confirmar a existência de “informação relevante” ao constatar a ocorrência de “abuso de fato relevante” (como sugere o autor), ainda que, para ele, não se trate de norma em branco.

Por fim, as **questões técnicas** são as estritamente relacionadas ao conhecimento especializado dos reguladores do mercado de capitais, cuja complexidade demanda uma análise por profissionais com expertise no assunto. Para tanto, a CVM possui uma área técnica que emite pareceres, ainda na fase de inquérito, acerca dos fatos investigados pela autarquia.

Cavali (2018, p. 361) sustenta que essa análise técnica realizada pela CVM, quando trazida ao processo penal, possui natureza de prova pericial realizada em fase de inquérito, cujas conclusões igualmente não vinculam o magistrado, nos termos do art. 182 do CPP. Por sua vez, seguindo o raciocínio anterior, Silveira (2019, p. 267) afirma que o juiz não está livre para avaliar qualquer sorte de interpretação acerca de questão técnica, uma vez que se trata de universo particular do qual não tem conhecimentos qualificados.

25 Por todos, vide: MS 21708, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. em 9/11/2000; e RE 1272316 ED-AgR, Relator(a): Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 21/12/2020.

26 Além destas circunstâncias, alguns julgados do STF também apontam a configuração de *causas excludentes de ilicitude* no processo penal como de observância obrigatória na esfera administrativa. Por todos: “Com a só exceção do reconhecimento judicial da inexistência de autoria ou da inocorrência material do fato, ou, ainda, da configuração das causas de justificação penal, as decisões do Poder Judiciário não condicionam o pronunciamento censório da Administração Pública” (MS 21029, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 15/6/1994).

5 Dúvida e erro nos crimes contra o mercado de capitais

Não é de se espantar que a absoluta independência entre as esferas penal e administrativa para o julgamento de condutas cujos tipos são intrinsecamente interligados possa causar confusão aos destinatários da norma. Como visto anteriormente, a definição do risco permitido ao operador do mercado para todos os crimes contra o mercado de capitais é realizada na esfera administrativa. Nessa medida, é natural que, ao determinar suas condutas, os agentes se orientem a partir dos ilícitos de mercado e de decisões administrativas, com a lógica de que, caso não cometam sequer ilícito administrativo, não poderiam ser condenados criminalmente.

Ocorre que, se o magistrado interpretar de forma absolutamente independente questões jurídicas e técnicas já consolidadas pela CVM, ignorando as relações de acessoriedade acima, é possível que o operador do mercado se veja em dúvida acerca da legalidade de suas condutas caso haja discordância entre as decisões. A situação se agrava no caso de um juízo negativo por parte da autarquia, afirmando inexistir, por exemplo, “operação simulada” ou “informação relevante” em determinada conduta, sendo a análise contrariada pelo juiz criminal.

Cavali, ao tratar dos delitos de manipulação de mercado (2018, p. 359-360) e *insider trading* (2022, p. 295), aponta que, havendo uma jurisprudência administrativa consolidada a respeito da legitimidade de condutas como as realizadas pelo autor, isso poderia levar ao reconhecimento de um erro de proibição inevitável (art. 21 do CP) – como exposto, a título de exemplo, no **Caso A** acima – desde que se trate de dúvida qualificada.

Por sua vez, não é apenas na jurisprudência administrativa que tais situações de erro podem vir à tona, mas também na própria presença de decisões contrárias no mesmo caso concreto, diante das diferenças temporais na condução dos PAS/CVM e processos criminais. Como ilustra o **Caso B**, pode-se imaginar a hipótese em que, ciente da decisão da autarquia que confirma a licitude de sua conduta, o agente continua a atuar da mesma forma ao longo do trâmite do processo penal, o que, à luz da absoluta independência das instâncias, não impediria que ele fosse surpreendido, ao final, por uma sentença condenatória na esfera penal.

Outra situação que poderia despertar dúvida no agente diz respeito à natureza do elemento em branco do tipo de *insider trading* da “informação relevante”. Como tratado no item 4 e ilustrado no **Caso C**, a relevância da informação implica na sua capacidade de influenciar na cotação dos valores mobiliários e nas decisões dos investidores, análise que necessariamente advém de um juízo prognóstico acerca de seu impacto no mercado, sendo natural que o agente se encontre em dúvida acerca da *market sensitivity* da informação.

5.1 Dever de informação, exame da evitabilidade e erro de proibição

O erro de proibição sobre a norma está previsto no art. 21 do CP,²⁷ e, segundo Juarez Tavares (2020, p. 515), ocorre “quando o agente não sabe que sua conduta é criminosa ou interpreta mal a norma e acha que a proibição não alcança sua conduta”. Ou seja, há erro de proibição quando o sujeito “não consegue reconhecer que faz algo proibido”, de modo que, “a norma não pode dirigir-se de maneira que influencie o seu comportamento, de modo que ele é inculpável” (ROXIN, 2006, p. 139-140).

²⁷ Art. 21 do CP. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único – Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (BRASIL, 1940).

Assim, conforme delimita o CP, “em caso de ser inevitável, exclui totalmente a culpabilidade; em caso de ser evitável, atenua a pena de um sexto a um terço (art. 21, CP)” (TAVARES, 2020, p. 515).

Como entende Alaor Leite (2013A, p. 143), a dúvida sobre a proibição é sim um legítimo caso de erro de proibição, de modo que, a teor do disposto no art. 21 do CP, torna-se primordial avaliar a sua evitabilidade. Trata-se de um exame hipotético que questiona se, à luz do caso concreto, seria possível ao agente atingir a “consciência segura do injusto” (LEITE, 2013A, p. 144). Nessa medida, para a resolução do problema, o autor elenca três grandes critérios²⁸ que orientam a análise da evitabilidade da dúvida sobre a proibição: a) plausibilidade jurídica da dúvida; b) a necessidade de atuar nos limites da dúvida; e c) cumprimento de um dever de informação.

Em um breve resumo das considerações de Leite (2013A, p. 152-154), a plausibilidade é o que impede que situações desarrazoadas sejam consideradas uma dúvida qualificada, como aquelas baseadas em superstições ou interpretações absurdas do ordenamento. Já o “atuar nos limites da dúvida” impõe que o autor, após se informar em fonte confiável, deva agir nos limites da informação que recebeu, a fim de que, diante da dúvida, não atue como bem entender, pois o estado de dúvida jamais representa um “vale-tudo jurídico” (LEITE, 2013A, p. 154-155).

Em relação ao dever de informação, esse seria um dever com natureza instrumental que visa a “conduzir o sujeito à consciência segura da licitude ou ilicitude de seu atuar”, de modo que, caso esgotado e mesmo assim não gere a consciência segura do injusto, deve-se reconhecer a inevitabilidade do erro de proibição (LEITE, 2013A, p. 145). Ademais, ele deverá ser possível e eficaz. A possibilidade deve ser compreendida nos casos em que o sujeito não poderia, por algum motivo relevante, buscar a informação, tratando-se de uma decisão instantânea. Já a eficácia, por sua vez, verifica se, mesmo cumprindo esse dever de informação, ele é capaz de “conduzir o sujeito à consciência segura do injusto” (LEITE, 2013A, p. 158). Analisa-se a “instrumentalidade do dever de informação”, com a fixação de uma relação de causalidade na qual o cumprimento do dever levaria ao conhecimento do injusto e, caso essa conclusão não seja alcançável, é de se reconhecer a inevitabilidade do erro de proibição.

5.2 Erro sobre os elementos extrapenais na acessoriedade administrativa

A acessoriedade administrativa, como visto, constitui a melhor ferramenta para a análise das remissões normativas realizadas nos crimes da Lei 6.385, de 1976, à regulação do mercado. Ocorre que, como visto no **Caso C**, o desconhecimento de um elemento extrapenal poderá igualmente fazer surgirem situações de erro, discutindo-se se é o caso de erro de tipo (art. 20 do CP) ou erro de proibição (art. 21 do CP).

Conforme leciona Naves (2019), uma primeira corrente doutrinária, encabeçada por Enrique Bacigalupo, entende que o erro sobre remissões normativas configura erro de proibição, pois o elemento extrapenal nunca seria abrangido pelo dolo.

Ao tratar do entendimento de Welzel, Horta (2016, p. 180) afirma que, para o autor, “o erro sobre uma circunstância do tipo estabelecido na lei complementar é um erro de tipo, enquanto o

²⁸ Conforme trata Leite (2013, p. 146), Roxin entende que os critérios de evitabilidade da dúvida devem ser complementados com outros pontos de vista, como os interesses em jogo para o autor e os danos que uma espera até que a dúvida cesse lhe causariam, os quais seriam “máximas de ponderação” (LEITE, 2013, p. 147). No entanto, em relação a tais máximas, Leite sustenta que, ao contrário de se exigir a abstenção na atuação até que se alcance um entendimento jurisprudencial claro, é direito dos cidadãos atuar em situações de incerteza jurídica (2013, p. 150). Assim, mesmo que atuem apenas por razões egoísticas e sem viés social ou que tal conduta possa gerar danos a terceiros, o que se pode exigir é somente o esgotamento de seu dever de informação, sendo o prejuízo de terceiros ao menos um indício da proibição dessa conduta (LEITE, 2013, p. 151). Se, ao final, o agente não chegar a um resultado claro sobre a licitude da conduta, seria clara a inevitabilidade do erro de proibição.

erro sobre a existência da norma complementar é um erro de proibição”. Essa também seria a visão de Claus Roxin, segundo a qual “o erro sobre a existência da norma integradora da lei penal em branco é um erro de proibição, enquanto o erro sobre as circunstâncias de fato que determinam o âmbito de incidência da norma integradora é um erro de tipo, que exclui o dolo” (HORTA, 2016, p. 181).

Já para Naves (2019), enquanto adepto da doutrina de Ingeborg Puppe, caso o agente não tenha o conhecimento integral dos elementos constitutivos do tipo, inclusive aqueles extrapenais, não se pode falar em prática de conduta dolosa. O autor sustenta que, diante das relações de acessoriedade, “quem erra sobre um elemento extrapenal, comete, sempre, um erro de tipo, o que acarreta a exclusão do dolo, se inevitável for, ou a imputação culposa, se assim houver previsão e evitável for” (NAVES, 2019, p. 187). Assim, entende que aquele que interpreta equivocadamente uma norma administrativa ou regulatória não é capaz de se comportar de acordo com a obrigação disposta no tipo, pois, sem conhecimento da lei, não há como haver dolo, o que vale para as três categorias de acessoriedade.

Dessa forma, sem a pretensão de esgotar o tema, a opinião mais acertada parece ser esta última, que propõe que, nos casos de erro sobre elemento extrapenal que componha o conteúdo do injusto – enquanto elemento típico –, haverá erro de tipo, que exclui o dolo.

5.3 Análise dos casos ilustrativos

Nos casos acima, foram expostas três situações exemplificativas do problema que a presente investigação buscou enfrentar. Em todas, o agente se encontraria em estado de dúvida quanto à legalidade de sua conduta, aventada acerca de interpretações diversas de questões jurídicas e técnicas entre as esferas penal e administrativa de persecução dos ilícitos de mercado ou de elementos extrapenais do tipo.

O **Caso A** buscou ilustrar a situação em que, instaurada a dúvida no operador do mercado acerca da legalidade das operações que desejava realizar, ele consulta o setor jurídico do fundo em que trabalha, buscando, assim, sanar seu dever de informação acerca da dúvida aventada. Uma vez orientado conforme entendimento da jurisprudência do Colegiado da CVM e tendo atuado nos limites da informação recebida, não há que se falar em inevitabilidade do erro para conduzir a uma condenação na esfera criminal a partir de uma interpretação judicial “absolutamente independente” da esfera administrativa, tratando-se da situação clássica que Cavali (2018) aponta como de incidência do art. 21 do CP, levando-se a uma absolvição.

Já no **Caso B**, a dúvida é estabelecida em razão dos momentos diversos de apuração dos mesmos fatos em ambas as esferas. Como delineado, o acusado era processado concomitantemente nas esferas administrativa e criminal pela prática de *insider trading*. Ao se deparar com uma decisão da CVM que interpretou uma questão jurídica de uma forma – entendendo não ser a informação relevante –, X fica em dúvida se poderá, antes do fim do processo penal, realizar operação no mercado em posse de informações da mesma natureza.

Na hipótese, é evidente a plausibilidade da dúvida, pois é a esfera administrativa que delimita o risco permitido aos operadores do mercado. No entanto, antes de proceder à negociação dos valores mobiliários, X deveria ter se desincumbido de seu dever de informação, a fim de demonstrar com clareza a impossibilidade de alcançar a “consciência segura do injusto” penal. Por outro lado, mesmo que tivesse buscado sanar essa dúvida, dificilmente alcançaria orientação jurídica diversa da

decisão que tomou, a não ser a própria abstenção da conduta até a conclusão do processo criminal. Dessa forma, diante da “instrumentalidade do dever de informação”, seria possível reconhecer o erro de proibição inevitável para o caso, uma vez que a busca da informação não conduziria à “consciência segura do injusto”.

Não obstante, ainda que a conclusão acima seja plausível, deve-se reconhecer que o agente, no momento do fato, possuía uma falsa compreensão dos elementos que compõem o tipo penal – em especial, do elemento “informação relevante”. Nessa medida, uma vez induzido por situações de fato que o levaram a crer que sua conduta era lícita – qual seja, a decisão do Colegiado da CVM –, não há que se falar em dolo na conduta de X, incidindo, na realidade, a figura do erro de tipo. De forma similar ao retratado por Leite (2013B, p. 28), parece se tratar do caso de um “erro de proibição causado por erro de tipo”.

Por fim, o **Caso C** aborda questão inerente à natureza do elemento em branco da “informação relevante”. Na ocasião, o agente não se desincumbiu integralmente de seu dever de informação diante da dúvida suscitada, mesmo que tenha consultado o conteúdo da Resolução CVM 44, de 2021, pois a informação obtida não foi eficaz e, muito provavelmente, caso tivesse buscado orientação especializada, seria possível aferir se a informação poderia influir no mercado. Por sua vez, na hipótese é mais evidente o erro sobre elemento constitutivo do tipo, o que, como visto, exclui o dolo do agente ao fazer incidir a figura do erro de tipo.

Diante dos casos hipotéticos acima, nota-se que a complexidade das relações entre o direito penal e a regulação no âmbito da Lei 6.385, de 1976, potencializa o grau de incerteza acerca da incidência da proibição e a compreensão dos elementos constitutivos do tipo, o que tornaria a dúvida juridicamente plausível e difícil a tarefa de se informar (LEITE, 2013A). No entanto, resta verificar se, na prática, a interação dos PAS/CVM e processos criminais apresenta um cenário problemático ou se as esferas interagem com a racionalidade esperada.

6 Casos penais e PAS/CVM

Conforme apontado no item 2, ao final do levantamento jurisprudencial realizado, identificou-se um total de 21 processos criminais sentenciados – alguns referentes a fatos similares ou ações penais desmembradas – nos quais foi imputada a prática de crimes da Lei 6.385, de 1976, indicando-se o PAS/CVM correspondente. O resultado consta na tabela abaixo:

Tabela 2 – Processos criminais identificados, conforme parâmetros de pesquisa acima

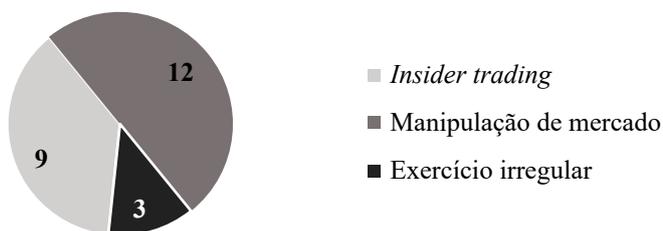
CASO	AUTOS AÇÃO PENAL	TIPO PENAL	SITUAÇÃO PROCESSUAL	PAS / CVM
Sadia / Perdigão	0005123-26.2009.4.03.6181/SP	27-D	Trânsito em julgado	SP2007/0117 e SP2007/0118
Randon S.A.	0009474-42.2009.4.03.6181/SP	27-D	Trânsito em julgado	22/04
Mundial	5021321-43.2013.4.04.7100/RS	27-C	Trânsito em julgado	RJ2012/11002
	506709618.2012.4.04.7100/RS	27-C e 27-D	Cortes Superiores	
Atrium	0006193-78.2009.4.03.6181/SP	27-C	Trânsito em julgado	04/07

Corretora Noninvest	0023129-74.2014.4.02.5101/RJ	27-C	1º grau	30/2005
Corretora São Paulo	0023050-95.2014.4.02.5101;	27-C	1º grau	
	0042662-19.2014.4.02.5101.	27-C	1º grau	
Corretora Schahin	0503567-85.2015.4.02.5101	27-C	1º grau	
Banestes	0008777-57.2013.4.02.5001/ES	27-D	2º grau	01/2012
Brasil Ecodiesel	0008358-25.2014.4.03.6181/SP	27-D	Trânsito em julgado	09/2012
LAEP / Parmalat	0010784-78.2012.4.03.6181/SP	27-C	2º grau	13/2013
Klabin S.A.	0002511-03.2018.4.03.6181/SP	27-D	Trânsito em julgado	SP-2014-39
Log-In	0000143-89.2016.4.03.6181/SP	27-D	Trânsito em julgado	RJ2015/3974
Renda e PAX	0012628-43.2010.4.05.8100/CE	27-C	Trânsito em julgado	--
OSX	0042650-05.2014.4.02.5101/RJ	27-C e 27-D	2º grau	RJ 2013/13172
OGX Petróleo e Gás Participações	0042651-87.2014.4.02.5101/RJ	27-C	2º grau	RJ/2014/6517
OSX Construção Naval	0029174-94.2014.4.02.5101/RJ	27-C e 27-D	2º grau	RJ 2014/0578
Chocolate Investimentos	0003481-13.2012.4.03.6181/SP	27-E	Trânsito em julgado	--
Agente BR	0014089-12.2008.4.03.6181/SP	27-E	Trânsito em julgado	RJ2008/12.088
	0008578-23.2014.4.03.6181/SP	27-E	Trânsito em julgado	

Fonte: elaborada pelo autor

Seguindo os objetivos da pesquisa, a análise dos casos aponta a preponderância de algumas discussões referentes à interface entre as esferas penal e administrativa no âmbito dos crimes contra o mercado de capitais. Considerada a possibilidade de imputação de mais de um delito por caso, foram identificadas as seguintes proporções de acusações:

Gráfico 1 – Imputações da Lei 6.385/1976



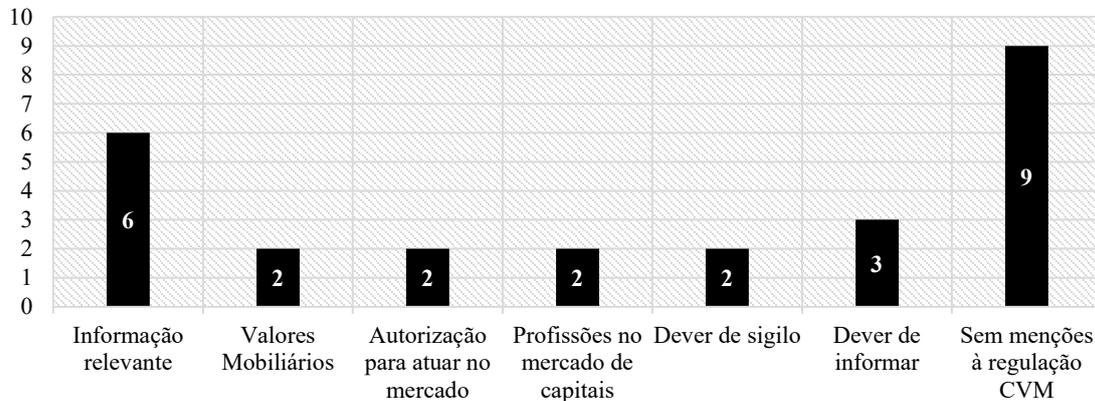
Fonte: elaborado pelo autor

De início, destaca-se o número relativamente baixo de casos encontrados no Judiciário em relação aos processos administrativos correspondentes. Para fins comparativos, conforme revelam Prado *et al.* (2020, p. 33), de 2002 a 2018, dentre os 954 processos administrativos sancionadores julgados pela autarquia, 65 envolviam o ilícito de *insider trading*. Aqui, por sua vez, apenas nove abordam o delito.

Quanto à influência da regulação de mercado para a interpretação dos tipos penais, observa-se que em apenas alguns julgados houve retorno expresso às normativas da CVM para a determinação

da tipicidade formal e exame dos elementos normativos acima, cuja proporção é apontada abaixo (Gráfico 2). Ressalva-se que, para esse levantamento, foram consideradas apenas menções diretas a regulação do mercado.

Gráfico 2 – Retorno à regulação para análise dos elementos normativos do tipo, nas sentenças analisadas

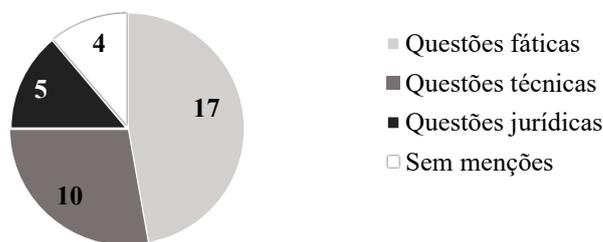


Fonte: elaborado pelo autor

Nesse contexto, destaca-se a remissão nos julgamentos do crime de *insider trading* à então vigente ICVM 358/2002 e à Lei das S.A. para tratar do elemento “informação relevante”, analisando sua aplicabilidade ao caso concreto. Ainda mais relevante é a verificação de que, ao contrário do que sugere a doutrina, 9 entre os 21 processos realizaram o acertamento do caso penal sem qualquer menção expressa às normativas da CVM para definir os elementos do tipo, apesar das expressões de acessoriedade apontadas anteriormente.

No tocante à influência do PAS para a resolução dos processos criminais, essa se concentrou em questões fáticas e técnicas, ao passo que, nas questões jurídicas, houve a preponderância de uma análise independente promovida pelo juízo criminal – mesmo que apoiada na regulação do mercado. Considerada a possibilidade da análise de mais de uma modalidade por caso, estas seguiram a seguinte proporção (Gráfico 3):

Gráfico 3 – Influência PAS no processo penal



Fonte: elaborado pelo autor

Quanto às questões fáticas, sua predominância é vista com naturalidade, pois é regular a utilização de provas emprestadas do PAS na ação penal, em muitos casos concentrando o acervo probatório colhido. Dessa forma, houve grande convergência de provas trazidas em ambas as esferas, o que impede que os julgadores cheguem a conclusões opostas diante do conhecimento de diferentes fatos, trazendo maior racionalidade ao sistema de justiça – o que não obsta que as análises fáticas cheguem a resultados diferentes (c.f. item 4). Por sua vez, as questões técnicas foram

analisadas principalmente a partir dos relatórios da Superintendência de Relações com Empresas (SEP), do Termo de Acusação do PAS e de oitivas de membros.

A interface entre as esferas também é refletida nos resultados alcançados no julgamento dos ilícitos penais e de mercado. Comparando as decisões proferidas, os casos foram divididos em três grupos (Gráfico 4): a) **convergentes**, com decisões condenatórias ou absolutórias em ambas as esferas; b) **divergentes**, onde foi encontrada alguma linha de divergência entre as decisões; e c) **análise prejudicada**, quando verificada a inexistência de PAS correspondente à ação penal, celebração de acordos de suspensão condicional do processo ou termo de compromisso no PAS,²⁹ desclassificação ou extinção da pretensão punitiva.

Gráfico 4 – Comparação Processo Penal e PAS



Fonte: elaborado pelo autor

Por sua vez, dentre os casos em que as decisões encontraram alguma linha de divergência, observa-se a seguinte divisão: **em dois**, houve condenação na esfera criminal e absolvição no PAS; **em quatro**, houve absolvição na esfera criminal e condenação no PAS; e, por fim, **em um** caso, houve condenação criminal pelo ilícito de manipulação de mercado que sequer foi imputado no âmbito administrativo (caso OSX).

Tabela 3 – Casos com decisões divergentes nas esferas penal e administrativa

Caso	Tipo penal	Processo Penal	PAS
Mundial ³⁰	27-C	Condenação	Absolvição
OGX Petróleo	27-C	Condenação	Absolvição
Brasil Ecodiesel	27-D	Absolvição	Condenação
Corretora Noninvest	27-C	Absolvição	Condenação
Corretora São Paulo	27-C	Absolvição	Condenação
Corretora Schahin	27-C	Absolvição	Condenação
OSX	27-C e 27-D	Condenação penal por ilícito não imputado no PAS	

Fonte: elaborada pelo autor

²⁹ Destaca-se que a comparação foi considerada prejudicada nos casos de suspensão condicional do processo e de celebração de termo de compromisso, pois, em ambas as modalidades, sua celebração não importa em confissão quanto à matéria de fato nem no reconhecimento da tipicidade da conduta imputada, conforme definem o art. 11, § 11º, da Lei 6.385, de 1976, e o art. 89 da Lei 9.099, de 1995. Assim, o *nolo contendere* não poderá ser interpretado como condenação ou absolvição, mas como acordo entre acusação e defesa para que se veja encerrado o processo.

³⁰ Referente ao processo-crime de autos 5021321-43.2013.4.04.7100/RS.

Diante disso, observa-se que o intrincamento linguístico entre os tipos penais de manipulação de mercado e *insider trading* com seus correspondentes ilícitos de mercado (c.f. ponto 4) não impediu o alcance de resultados divergentes, sendo que todas as divergências verificadas foram em relação aos delitos acima.

Ainda que se utilizem do acervo probatório colhido no PAS e da regulação da CVM para a interpretação dos crimes contra o mercado de capitais, nota-se que, de fato, os juízes criminais têm assumido sua independência para a análise do processo, mesmo que implique decisões divergentes com a CVM. A situação merece destaque quanto às questões jurídicas, as quais constituíram o foco das divergências observadas, seja em relação a conceitos próprios da regulação de mercado (como o de “fato relevante”) ou comuns ao direito (como “fraude” ou “operações simuladas”).

Nesse contexto, à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição e da consagração da independência das instâncias pelo STF, as teses de simples sujeição do juiz criminal às interpretações administrativas de questões jurídicas não parecem trazer solução adequada. Por outro lado, ainda que os Tribunais priorizem a independência absoluta, deve-se destacar que tal posicionamento pode também dificultar a definição do risco permitido pelo intérprete, com a criação de situações de dúvida. Exemplo disso se observa nos casos tratados no item 5, com situações hipotéticas que, apesar de não refletidas diretamente nos processos criminais analisados, não estão distantes da realidade, especialmente frente ao número de decisões divergentes observado entre as esferas.

Como estabelece Leite (2013, p. 160), esse estado de dúvida do intérprete não pode ser visto apenas como obrigação sua de ser sanada, mas também faz surgir um “dever do Estado de formular proibições claras” e de “garantir que a aplicação judicial seja coerente”. Assim se alcançaria o objetivo que, desde o princípio, deveria orientar a interface entre as esferas: a construção de um sistema jurídico dotado de racionalidade interna (COSTA, 2013, p. 119).

Em que pese haver um esforço para a análise conjunta dos elementos normativos do tipo a partir da regulação administrativa (c.f. gráfico 2), a Constituição impede a vinculação do Judiciário a interpretações administrativas sobre conceitos que, mesmo que derivados da regulação, estão inseridos no tipo penal e devem ser compreendidos a partir da racionalidade inerente à esfera criminal.³¹ Portanto, as opções de priorizar uma independência absoluta entre as esferas ou de vincular o Judiciário às decisões administrativas não parecem trazer soluções adequadas aos problemas observados. Assim, uma vez transportados ao tipo penal conceitos de essência regulatória, o caminho mais adequado parece ser o da construção de entendimentos próprios do direito penal, mas com uma racionalidade particular que não desconsidere o conteúdo da norma administrativa, cuja dilapidação ocorrerá gradualmente na jurisprudência.

Considerações finais

A presente pesquisa buscou analisar como se opera a interface entre as esferas penal e administrativa no julgamento dos crimes contra o mercado de capitais. Em um primeiro momento, verificou-se como essa relação entre as esferas se expressa na interpretação do tipo penal. Na sequência, procedeu-se ao exame dessa influência no processamento desses delitos, tendo em vista a ocorrência de concomitante processo administrativo abordando fatos e ilícitos equivalentes. Ao

³¹ Interessante foi a solução oferecida no Caso Banestes, no qual o magistrado e o Tribunal sustentaram que o conceito de “informação relevante” trazido pelo tipo penal seria “mais amplo” que aquele da então vigente ICVM 358/2002, tratando-se de conceito autônomo mais aproximado ao disposto na Lei das S.A., satisfeito por meio da mera capacidade de influir na cotação de valores mobiliários, ainda que por curto lapso temporal.

final, foram analisados todos os casos penais já julgados acerca destes crimes, a fim de verificar como tais teorias se apresentam na prática e em quais pontos merecem plena observância, chegando-se às seguintes conclusões:

- a) A acessoriedade administrativa é a melhor ferramenta para o exame das diferentes remissões dos tipos penais da Lei 6.385, de 1976, à regulação do mercado;
 - o crime do art. 27-C contempla apenas formas de acessoriedade conceitual;
 - o delito do art. 27-D contém tanto formas de acessoriedade conceitual quanto de acessoriedade de direito;
 - o art. 27-E contempla as três formas de acessoriedade: conceitual, de direito e ao ato administrativo.
- b) Os Tribunais têm realizado remissões à regulação de mercado para o processamento dos crimes contra o mercado de capitais, mas reservando-se da prerrogativa de interpretá-los de forma independente do entendimento da CVM.
- c) Os PAS/CVM exercem influência direta sobre o acerto dos casos penais a eles correspondentes, com destaque ao uso de provas emprestadas e às questões técnicas;
- d) A interpretação de questões fáticas e jurídicas compreende o principal ponto de divergência no julgamento entre as esferas penal e administrativa.
- e) A absoluta independência entre as esferas dificulta a determinação do risco permitido ao operador do mercado, podendo levar a situações de erro de proibição inevitável ou erro de tipo.
- f) O direito penal deve buscar a construção de conceitos particulares aos elementos normativos do tipo, mas com uma racionalidade particular que não desconsidere o conteúdo da norma administrativa e, assim, evite o estado de dúvida.

Referências

ALONSO, Leonardo. **Crimes contra o Mercado de Capitais**. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de São Paulo, 2009.

BACH, Marion. **Leis penais em branco e princípio da legalidade penal: análise à luz da sociedade contemporânea**. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no direito penal contemporâneo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BITTENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALI, Marcelo Costenaro. **Manipulação do Mercado de Capitais: Fundamentos e limites da repressão penal e administrativa**. São Paulo: Quartier Latin. 2018.

CAVALI, Marcelo Costenaro. **Insider Trading: repressão administrativa e penal do uso de indevido de informação privilegiada**. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. 2013. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

DE GRANDIS, Rodrigo. Aspectos Penais do Uso De Informação Privilegiada (*Insider Trading*) no Direito Brasileiro. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal; e NETO, Theodomiro Dias (coord). **Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia, HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais. Regime jurídico**. São Paulo: Renovar, 2011.

EIZIRIK, Nelson. Insider Trading e responsabilidade de administrador de companhia aberta. In.: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. n. 50. 1983.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In.: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194., jan./fev. 2006.

LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido**. São Paulo: Atlas, 2013.A.

LEITE, Alaor. Dolo e o crime de dispensa ou inexigência ilegal de licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993): interpretação restritiva do tipo penal, responsabilidade penal do gestor público e a relevância jurídica da opinião técnica da procuradoria do município (STF, Inq 2.482). In.: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 104, p. 13-30, set./out.. 2013.B.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O objeto de tutela penal no delito de insider trading. Uma análise crítica a partir da dogmática penal contemporânea. In.: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.90, v.19, 2011. Pg. 137-161.

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. **Direito dos valores mobiliários**. Volume 1: tomos 1 e 2. São Paulo: Editora FGV, 2015.

MIKALOVSKI, Algacir. **Crimes contra o mercado de capitais: bem jurídico, tipos e investigação**. Curitiba: Juruá, 2014.

MUSSNICH, Francisco Antunes Maciel. **O insider trading no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017. Pgs.23-34.

NAVES, José Paulo Micheletto. **Tipicidade, acessoriedade administrativa e erro no direito penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

PRADO, Viviane Müller; CAVALI, Marcelo; RACHMAN, Nora; VILELA, Renato. **Insider Trading: normas, instituições e mecanismos de combate no Brasil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2020.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Insider Trading: Regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISCH, Julya Sotto Mayor. **Mercado de capitais**: regime sancionador. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crimes contra o mercado de capitais. In: ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho; e SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). In: **Direito penal econômico**: leis penais especiais. Vol. I. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

VIEIRA, Evandro Camilo. Informação relevante e o crime de “insider trading”: limites para interpretação do tipo penal. In: **Boletim IBCCrim**. n.284, v.24, 2016, p.14-16

Parecer 416/2022-BCB/PGBC

Parecer, apresentado pelo Banco Central perante o Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de *amicus curiae*, no qual se examina a validade (ou não) da contratação de empréstimo consignado por pessoa analfabeta, mediante instrumento particular assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas.

Felipe de Vasconcelos Pedrosa

Procurador do Banco Central

Lucas Farias Moura Maia

Procurador-Chefe do Banco Central

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho

Subprocurador-Geral do Banco Central

Flavio José Roman

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

Parecer Jurídico 416/2022-BCB/PGBC
PE 209197

Brasília (DF), 8 de junho de 2022.

Ementa: Superior Tribunal de Justiça (STJ). Afetação, pela Segunda Seção do tribunal, do Recurso Especial nº 1.943.178/CE ao rito dos recursos especiais repetitivos, para julgar a questão atinente à “Validade (ou não) da contratação de empréstimo consignado por pessoa analfabeta, mediante instrumento particular assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas”. Intimação do Banco Central para, facultativamente, ingressar no procedimento na qualidade de amicus curiae. Questão com impacto potencial na política creditícia, a justificar, portanto, o ingresso da autarquia. Manifestação no sentido de que se reformule a questão posta, tendo em vista que a faculdade assinalada pelo art. 595 do Código Civil (“No contrato de prestação de serviço, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas”) diz respeito à prova do negócio jurídico e, não, a requisito formalístico de validade do próprio negócio. Diferenciação entre instrumento de contrato e contrato. Pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso.

Senhor Procurador-Chefe,

ASSUNTO

Foi instaurado procedimento no Superior Tribunal de Justiça (STJ) para julgar, sob o rito dos recursos especiais repetitivos, o Recurso Especial nº 1.943.178/CE. Nesse procedimento, o Banco Central foi intimado para, facultativamente, como *amicus curiae*, manifestar-se acerca da seguinte questão jurídica posta naqueles autos: “Validade (ou não) da contratação de empréstimo consignado por pessoa analfabeta, mediante instrumento particular assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas”.

2. Referida questão, que pelo seu impacto na política creditícia justifica plenamente a manifestação desta autarquia, é o objeto deste parecer.

APRECIÇÃO

Síntese dos fatos relevantes

3. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, recorrido por meio do mencionado recurso especial, proferido em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, fixou a seguinte tese: “É considerado legal o instrumento particular assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas para a contratação de empréstimos consignados entre pessoas analfabetas e instituições financeiras, nos ditames do art. 595 do CC, não sendo necessário instrumento público para a validade da manifestação de vontade do analfabeto nem procuração pública daquele que assina a seu rogo, cabendo ao Poder Judiciário o controle do efetivo cumprimento das disposições do artigo 595 do Código Civil”.

4. No recurso especial interposto, argumentou-se que o contrato de empréstimo consignado envolvendo pessoa analfabeta, para ser válido, exigiria formalização por instrumento público, ou que quem assinasse a rogo pelo analfabeto fosse procurador seu constituído por instrumento público, não bastando, pois, o “*instrumento particular assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas*”, como estabelecera o tribunal *a quo*.

5. Vislumbrando que a questão recorrida giraria em torno da interpretação do art. 595 do Código Civil (“*No contrato de prestação de serviço, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas*”) – questão eminentemente jurídica e descrita, acima, no primeiro parágrafo –, o Ministro Relator votou no sentido de afetar o recurso ao rito do art. 1.036 do Código de Processo Civil (CPC), no que foi seguido pela maioria da Segunda Seção do STJ.

Art. 595 do Código Civil: requisito de validade ou faculdade de prova do negócio jurídico?

6. No direito privado, são requisitos de validade do negócio jurídico: (1) manifestação de vontade livre e consciente; (2) capacidade e legitimidade do agente; (3) licitude, possibilidade e determinação ou determinabilidade do objeto; (4) bem como aderência à “*forma prescrita ou não defesa em lei*” (art. 104, III, do Código Civil). No presente exame, estariam em discussão o primeiro e o último desses requisitos, já que não teriam sido postas em dúvida a capacidade da pessoa analfabeta para a prática de atos da vida civil nem a licitude abstrata da pessoa analfabeta contratar empréstimos consignados.

7. Segundo compreendeu o tribunal recorrido, com efeito, o art. 595 do Código Civil estabelecerá “*mecanismo de proteção e segurança*” para a pessoa analfabeta, uma forma própria para a celebração de contratos de prestação de serviço, inclusive de empréstimo consignado, que contribuiria para garantir manifestação de vontade livre e consciente dos que não sabem ler e escrever.

8. Essa interpretação, como se passa a demonstrar, não se sustenta, sem que isso importe, alerta-se desde já, que o acordo firmado nos termos previstos no art. 595 seja inválido, exigindo-se escritura pública.

9. No direito contratual, prevalece o princípio da liberdade das formas. O art. 107 do Código Civil, a propósito, dispõe que “[a] *validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir*”.

10. Quando não há forma prescrita em lei para a realização de um negócio jurídico, a opção dos contratantes por sua instrumentalização tem por finalidade, simplesmente, fazer prova da avença, não se podendo, nesses casos, questionar a validade do negócio sob o aspecto formal.

11. Em relação ao contrato de empréstimo consignado, juridicamente viabilizado pela Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, nem esta lei nem o Código Civil lhe cominam forma própria, ou seja, não exigem o preenchimento de nenhum requisito formalístico de validade para sua realização.

12. A inexistência de pressuposto formal de validade para a espécie contratual na legislação apontada, todavia, não exclui a possibilidade, prevista na mesma legislação, de os contratantes formalizarem a avença. **Podem** fazê-lo por instrumento público, renunciando, tacitamente, pelo caráter público do documento, ao sigilo de que se revestem as operações financeiras, mas se cercando de mais segurança em razão de esta modalidade documental ser “*dotad[a] de fé pública, fazendo prova plena*” (art. 215 do Código Civil); como também **podem** fazê-lo, com preservação do sigilo, por instrumento particular, documento suficiente para provar obrigações convencionais de qualquer valor, desde que assinado por pessoa capaz (primeira parte do art. 221 do Código Civil).

13. Assim, na seara civil, a documentação de negócios jurídicos que tenham forma livre é sempre opcional aos contratantes, ou seja, não é essencial à validade do contrato, e eventual escolha entre instrumento público, privado ou outra forma de prova (confissão, testemunha, cópias de mensagens de texto etc.) vai depender do custo relativo a cada uma dessas modalidades e do diferente grau de força probante que os contratantes esperam delas obter. Perceba-se que essa diferença de grau pode, inclusive, ser determinante para a formação de título executivo extrajudicial¹.

14. Especificamente quanto ao alcance do art. 595 do Código Civil, extrai-se, primeiro, já de sua leitura e pelo verbo empregado (“*No contrato de prestação de serviço, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas*” – destaque acrescido), que ele outorga uma faculdade aos contratantes – e, não, uma exigência ou um requisito de validade².

15. Como, segundo o art. 221 do Código Civil, o instrumento particular, **para fazer prova das obrigações**, precisa ter sido assinado “*por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens*”, o legislador, por intermédio do referido art. 595, quis facultar também à pessoa analfabeta e a quem contratar consigo a possibilidade de produzir prova de igual valor das obrigações relativas a contrato de prestação de serviço – nada mais.

16. Formalizada ou não a avença, o Judiciário deve sempre perquirir, diante das provas apresentadas, se houve ou não manifestação livre e consciente de vontade de ambas as partes e nenhum instrumento, público ou privado, em casos que envolvam ou não pessoas analfabetas, poderia gerar presunção absoluta de validade do negócio jurídico sob o aspecto volitivo. É claro que, sendo contratante pessoa analfabeta, a investigação da presença de tal requisito merece cautela redobrada, não se podendo tolhê-la, contudo, como pretende o recorrente quando para ela exige a formalização do contrato por instrumento público, de livremente exercer seu direito fundamental à manutenção de sigilo de operações financeiras.

¹ Nos termos do art. 784 do CPC, são títulos executivos extrajudiciais, entre outros: “II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; III – o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; [...] VII – o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio”.

² A legislação, quando cria requisito formalístico de validade, não deixa dúvidas quanto a isso. Vejam-se, por exemplo, as seguintes disposições do Código Civil, que estipulam a necessidade de o contrato ser formalizado mediante escritura pública ou instrumento particular: “Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. [...] Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular. [...] Art. 654. Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante. [...] Art. 655. Ainda quando se outorgue mandato por instrumento público, pode substabelecer-se mediante instrumento particular. [...] Art. 842. A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz. [...] Art. 1.361. [...] § 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.”

17. Em resumo, portanto, o art. 595 do Código Civil veicula mera faculdade aos que contratam prestação de serviço com quem não sabe ler, nem escrever, possibilitando-os produzirem instrumento dotado da mesma robustez probante do instrumento particular a que se refere o art. 221 do Código Civil. Aquele dispositivo não prevê requisito de validade, de modo que o exercício ou não da faculdade nele prevista não é critério determinante da validade de contratos.

Obrigações legais e regulamentares impostas às instituições financeiras para assegurar a manifestação livre e consciente de vontade do consumidor e o recente estabelecimento de pressuposto formalístico de validade para a contratação de empréstimo com instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central

18. A fim de proteger o consumidor bancário e atender ao art. 170, V, da Constituição, o Estado não tem se furtado, sob o signo do dirigismo contratual, de limitar a autonomia da vontade. O Conselho Monetário Nacional e o Banco Central esforçam-se continuamente para criar ambiente negocial que assegure a livre e consciente manifestação de vontade pelos vulneráveis.

19. Nesse sentido, por exemplo, o art. 2º da Resolução nº 4.949, de 30 de setembro de 2021, do Conselho Monetário Nacional³, dispõe que as instituições financeiras, “*no relacionamento com clientes e usuários de produtos e serviços, devem conduzir suas atividades com observância de princípios de ética, responsabilidade, transparência e diligência*” e, na contratação de operações e na prestação de serviços, devem assegurar, nos termos do art. 4º, dentre outras medidas: adequação dos produtos e serviços ofertados ou recomendados às necessidades, aos interesses e aos objetivos dos clientes e usuários (inciso I); prestação, de forma clara e precisa, das informações necessárias à livre escolha e à tomada de decisões por parte de clientes e usuários, explicitando, inclusive, direitos e deveres, responsabilidades, custos ou ônus, penalidades e eventuais riscos existentes na execução de operações e na prestação de serviços (inciso III); utilização de redação clara, objetiva e adequada à natureza e à complexidade da operação ou do serviço, em contratos, recibos, extratos, comprovantes e documentos destinados ao público, de forma a permitir o entendimento do conteúdo e a identificação de prazos, valores, encargos, multas, datas, locais e demais condições (inciso V); e a possibilidade de tempestivo cancelamento de contratos (inciso IV); o atendimento tempestivo a demandas de clientes e usuários, incluindo o fornecimento de contratos, recibos, extratos, comprovantes e outros documentos e informações relativos a operações e serviços (inciso VII, “a”).

20. O descumprimento de tais obrigações regulamentares é tipificado como irregularidade punível, nos termos do art. 3º, inciso XVII, alínea “q”, da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, segundo o qual “*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 relativas a: [...] q) relacionamento entre as pessoas mencionadas no caput do art. 2º desta Lei e seus clientes e usuários de serviços e de produtos financeiros*”.

³ As normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central podem ser consultadas no sítio eletrônico da Autarquia. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/buscanormas>>. Acesso em: 6 jun. 2022.

21. Mais recentemente, também visando a proteção de consumidores, inclusive em contratos de empréstimo consignado, o Código de Defesa do Consumidor foi alterado pela Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021, para nele se incluir o Capítulo VI-A, com a disciplina “da prevenção e do tratamento do superendividamento”. Entre as várias disposições protetivas, merece destaque o art. 54-D, I, segundo o qual “na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário deverá, entre outras condutas: I – informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerada a sua idade, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B deste Código, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento”. A própria lei, no parágrafo único do mesmo artigo, estatui que “o descumprimento de qualquer dos deveres previstos no caput deste artigo e nos arts. 52 e 54-C deste Código poderá acarretar judicialmente a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e indenizações por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor”.

22. Cabe realçar, especificamente no que concerne ao crédito consignado, a disciplina introduzida pelo novo art. 54-G do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

“Art. 54-G. Sem prejuízo do disposto no art. 39 deste Código e na legislação aplicável à matéria, é vedado ao fornecedor de produto ou serviço que envolva crédito, entre outras condutas:

[...]

II - recusar ou não entregar ao consumidor, ao garante e aos outros coobrigados cópia da minuta do contrato principal de consumo ou do contrato de crédito, em papel ou outro suporte duradouro, disponível e acessível, e, após a conclusão, cópia do contrato;

[...]

§ 1º Sem prejuízo do dever de informação e esclarecimento do consumidor e de entrega da minuta do contrato, no empréstimo cuja liquidação seja feita mediante consignação em folha de pagamento, a formalização e a entrega da cópia do contrato ou do instrumento de contratação ocorrerão após o fornecedor do crédito obter da fonte pagadora a indicação sobre a existência de margem consignável.”

23. Como se percebe do inciso II e do § 1º do art. 54-G, acima reproduzidos, a legislação consumerista, pelas modificações introduzidas em 2021, criou obrigação para o fornecedor de empréstimo consignado de documentar o contratado e de entregar a documentação ao consumidor. A criação de tais obrigações, embora contribua para a manifestação de vontade livre e consciente do consumidor bem como o guarneça com meios de provar o contratado, não se confunde com a criação de requisito formal de validade. A legislação, quando cria requisito formalístico de validade, não deixa dúvidas quanto a isso, a exemplo do que fez o Código Civil em seus arts. 108, 541, 654, 655, 842, 1.361, entre outros.

24. A despeito de a legislação civil ou a consumerista não exigirem forma própria para o contrato de crédito consignado, quando o consumidor for pessoa analfabeta concorrerão todas as razões para que, em juízo, seja considerado hipossuficiente e o ônus da prova seja invertido em seu favor (art. 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor). Nessas circunstâncias, caberá ao fornecedor do serviço provar que deu todas as informações relevantes acerca do empréstimo e de seus custos, atendendo aos deveres fixados na legislação e na regulamentação acima reproduzidas, e **que tais informações foram compreendidas pelo consumidor, ou seja, que o consentimento deste com a avença foi livre e consciente.**

25. Em ambiente no qual prevalece a liberdade da forma negocial, o fornecedor, prevenindo-se contra questionamentos judiciais e a **provável inversão do onus probandi**, pode, inclusive, empregar meios mais adequados para documentar a avença do que aqueles preconizados no já não tão atual Código Civil, como arquivos digitais contendo a gravação da conversa em que as condições negociais são discutidas e acordadas, tudo a permitir a comprovação do preenchimento do requisito de validade atinente ao consentimento livre e consciente.

26. Nada obstante o legislador federal ter mantido a liberdade de formas para o contrato de empréstimo consignado, o Conselho Monetário Nacional, por meio da recentíssima Resolução nº 5.004, de 24 de março de 2022, em vigor desde 2 de maio de 2022, alterou esse cenário. O diploma normativo dispôs, em seu art. 2º, que a contratação e a prestação de serviços de operações de crédito e de arrendamento mercantil financeiro pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central “*depende da formalização de instrumento representativo do crédito com o cliente*”. Segundo o art. 3º do referido diploma, tal instrumento “*deve conter todas as informações da operação contratada*”.

27. De se ver, portanto, que a regulação bancária e a legislação consumerista preveem mecanismos muito menos custosos e burocráticos para garantir e eficazmente aferir o consentimento livre e consciente da pessoa analfabeta em contrato de empréstimo consignado do que seria possível com a mera formalização deste por instrumento público. Ademais, a formalização passou a ser necessária para todas as operações de crédito contratadas de instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, na forma indicada na forma indicada na referida Resolução, sendo certa a preocupação com a clareza da informação prestada ao contratante.

CONCLUSÃO

28. Ante o exposto, ficou demonstrado que o art. 595 do Código Civil veicula mera faculdade aos que contratam prestação de serviço com quem não sabe ler, nem escrever, possibilitando-os produzirem instrumento dotado da mesma robustez probante do instrumento particular a que se refere o art. 221 do Código Civil; bem como que aquele dispositivo não prevê requisito de validade, de modo que o exercício ou não da faculdade nele prevista não é critério determinante da validade de contratos.

29. Demonstrou-se, também, que a regulação bancária e a legislação consumerista preveem mecanismos muito menos custosos e burocráticos para garantir e eficazmente aferir o consentimento livre e consciente da pessoa analfabeta em contrato de empréstimo consignado do que seria possível com a mera formalização deste por instrumento público. Ademais, a formalização passou a ser necessária para todas as operações de crédito contratadas de instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, exigindo-se que o instrumento representativo do crédito “*deve conter todas as informações da operação contratada*” (art. 3º da Resolução nº 5.004, de 2021, do Conselho Monetário Nacional).

À consideração de Vossa Senhoria.

FELIPE DE VASCONCELOS PEDROSA
Procurador do Banco Central
Procuradoria Especializada de Processos Judiciais Relevantes (PRJUD)
OAB/PE 22.759

(seguem despachos)

De acordo.

Submeto a presente manifestação ao senhor Subprocurador-Geral titular da CJ1PG.

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 Seção de Contencioso Judicial e Gestão Legal (PGA-2).

ERASTO VILLA-VERDE DE CARVALHO FILHO
Subprocurador-Geral do Banco Central
Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal (CJ1PG)
OAB/DF 9.393

Aprovo o pronunciamento.

2. A questão tratada no recurso especial merece ser avaliada a partir da seguinte ótica: a previsão do art. 595 do Código Civil está relacionada com a prova do negócio jurídico entabulado. Trata-se, em verdade, de um dos possíveis instrumentos contratuais que podem ser utilizados pelas pessoas ainda não alfabetizadas. Não se trata, pois, de requisito de validade do próprio negócio jurídico. Ademais, fica claro que a legislação não traz nenhum requisito formal para a pactuação de contratos de crédito consignado por pessoas não alfabetizadas.

3. Sob outra ótica, o parecer esclarece que a regulação bancária e a legislação consumerista preveem mecanismos suficientes para garantir o consentimento livre e consciente da pessoa não alfabetizada nos contratos de empréstimo consignado em folha de pagamento.

Eis as razões pelas quais aprovo o pronunciamento apresentado, que deverá ser remetido à consideração do ilustre Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a título de contribuição do Banco Central na condição de *amicus curiae*.

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

Parecer 13/2023-BCB/PGBC

Parecer que examina consulta a respeito do nível de detalhamento permitido para o compartilhamento de informações de terceiros recebidas no âmbito do Open Finance.

José de Lima Couto Neto
Subprocurador-Chefe do Banco Central

Diana Loureiro Maciel de Moura
Procuradora-Chefe do Banco Central

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira
Subprocuradora-Geral do Banco Central

Lucas Alves Freire
Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

Cristiano Cozer
Procurador-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 13/2023-BCB/PGBC
PE 221480

Brasília (DF), 6 de janeiro de 2023.

Ementa: Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro. Departamento de Regulação do Sistema Financeiro (Denor) do Banco Central do Brasil (BCB). Questionamento da Federação Brasileira de Bancos (Febraban) sobre nível de granularidade das informações de terceiros recebidas por meio do compartilhamento de dados no âmbito do Open Finance. Informações da contraparte do cliente autorizador (autor do consentimento para compartilhamento). Determinado dado pessoal e sob sigilo bancário pode ser compartilhado mediante consentimento de seu titular e, quando vinculado a informações da contraparte (a exemplo de extratos e comprovantes de transações), sem a necessidade de obtenção de consentimento dessa última, na medida em que a completude da informação seja útil e necessária para a prestação do serviço no âmbito do Open Finance, desde que observadas as condições legais e da regulamentação do referido sistema, com destaque para a inviabilidade de divulgação, desvio de finalidade (como a criação de perfis das contrapartes do cliente autorizador) e outras formas de exercício abusivo dos direitos de uso e consentimento referentes aos dados. Pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso.

Senhora Procuradora-Chefe,

ASSUNTO

O Departamento de Regulação do Sistema Financeiro (Denor) do Banco Central do Brasil (BCB) consulta a Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) acerca do nível de granularidade das informações de terceiros recebidas por meio do compartilhamento de dados no âmbito do *Open Finance*. Mais especificamente, a discussão diz respeito aos dados das transações de que seja parte o cliente que consente com o compartilhamento, com foco especial nas informações referentes à contraparte – o terceiro que figura como pagador nas transações em que o cliente autor do consentimento é recebedor, ou que figura como recebedor naquelas em que o cliente é pagador.

2. A consulta decorre de questionamento da Federação Brasileira de Bancos (Febraban) acerca da situação assim descrita pelo Denor:

“Atualmente, durante esse processo de compartilhamento, ocorre o seguinte:

Um cliente, ao consentir em compartilhar com a instituição B seus dados transacionais de conta na instituição A, possibilita que a instituição B tenha acesso às informações de terceiros que efetuaram, por exemplo, transferências/pagamentos para ele. As especificações constantes da IN nº 184 estabelecem que devem ser compartilhadas as seguintes informações: identificação do pagador ou recebedor (CPF/CNPJ), nº da conta, agência e instituição do pagador/recebedor.

Nesse contexto, a Febraban questiona se esse nível de detalhamento das informações de terceiro não feriria o disposto na LGPD e na LC 105 e pleiteia que a especificação seja alterada para contemplar as mesmas informações que aparecem no extrato do cliente (“literal do extrato”), conforme slides abaixo: [...]”

3. Diante disso, o Denor solicita o entendimento da PGBC sobre a questão, especialmente quanto à “possibilidade jurídica de manutenção dos campos conforme especificações vigentes”.

4. O assunto já contou com discussões e reuniões, nas quais o Denor sustentou que o compartilhamento da precisa identificação da contraparte do cliente autorizador (autor do consentimento) é essencial para o funcionamento esperado do *Open Finance*. Destacou a atividade de agregação de dados¹ e esclareceu que, para alguns serviços a ela associados – como a prestação de aconselhamento e gestão financeira de maneira inovadora no âmbito do *Open Finance* –, é útil e necessária a identificação da contraparte por meio do nome e do número de CNPJ ou CPF. Acrescentou que a falta ou incompletude de tais informações prejudicaria, por exemplo, a categorização automática de pagamentos e recebimentos, comprometendo ou inviabilizando serviços que envolvessem estabelecer e aferir metas e perfis de gastos e de investimento para consumidores.

5. O Denor também explicou que as informações da contraparte abrangidas pelo compartilhamento de dados transacionais são “identificação do pagador ou recebedor (CPF/CNPJ), nº da conta, agência e instituição do pagador/recebedor”, tal qual consta dos comprovantes (ou demonstrativos) referidos no Manual de Escopo de Dados e Serviços do Open Banking, Anexo à Instrução Normativa BCB nº 184, de 12 de novembro de 2021, itens 5.1 (“Contas de depósitos à vista ou de poupança e de pagamento pré-pagas”, campo “Transações da conta” / “Identificação do pagador/recebedor de transação de pagamento”) e 5.2 (“Conta de pagamento pós-paga”, campo “Transações realizadas” / “Identificação do pagador/recebedor”).

APRECIÇÃO

6. O *Open Finance*, entendido como “compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas” (art. 2º, inciso I, da Resolução Conjunta BCB/CMN nº 1, de 2020), no que se refere aos serviços e dados relativos aos clientes, funda-se no consentimento expresso, esclarecido e específico para finalidades determinadas, nos termos dos arts. 5º, § 3º, e 10, da Resolução Conjunta BCB/CMN nº 1, de 2020:

“Art. 5º [...]

§ 3º É necessário obter consentimento do cliente, nos termos do art. 10, para fins do compartilhamento de dados de cadastro e de transações e de serviços de que tratam os incisos I, alíneas «c» e «d», e II, do **caput**, bem como dos que tratam o § 1º, no caso de dados e serviços a ele relacionados.

[...]

Art. 10. A instituição receptora de dados ou iniciadora de transação de pagamento, previamente ao compartilhamento de que trata esta Resolução Conjunta, deve identificar o cliente e obter o seu consentimento.

¹ Assim definida para os fins do *Open Finance* na Resolução Conjunta BCB/CMN nº 1, de 4 de maio de 2020: “Art. 2º [...] XII - agregação de dados: consolidação de dados compartilhados de acordo com o disposto nesta Resolução Conjunta com a finalidade de prestar serviços aos seus clientes.”

§ 1º O consentimento mencionado no caput deve:

I - ser solicitado por meio de linguagem clara, objetiva e adequada;

II - referir-se a finalidades determinadas;

III - ter prazo de validade compatível com as finalidades de que trata o inciso II, limitado a doze meses;

IV - discriminar a instituição transmissora de dados ou detentora de conta, conforme o caso;

V - discriminar os dados ou serviços que serão objeto de compartilhamento, observada a faculdade de agrupamento de que trata o art. 11;

VI - incluir a identificação do cliente; e

VII - ser obtido após a data de entrada em vigor desta Resolução Conjunta, com observância do cronograma de implementação estabelecido pelo Banco Central do Brasil.

§ 2º A alteração das condições de que tratam os incisos II a V do § 1º requer a obtenção de novo consentimento do cliente.

§ 3º É vedado obter o consentimento do cliente:

I - por meio de contrato de adesão;

II - por meio de formulário com opção de aceite previamente preenchida; ou

III - de forma presumida, sem manifestação ativa pelo cliente. [...]”

7. Entre os principais atributos do *Open Finance*, têm especial utilidade para o presente estudo o objetivo de incentivar a inovação e os princípios da segurança e da privacidade de dados, entre outros (arts. 3º, inciso I, e 4º, inciso II, da Resolução Conjunta BCB/CMN nº 1, de 2020). Além disso, todas as instituições participantes são responsáveis “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” (art. 31 da Resolução Conjunta BCB/CMN nº 1, de 2020).

8. Essas características evidenciam que o *Open Finance* funciona em harmonia com a legislação sobre proteção de dados pessoais (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD) e sobre sigilo bancário (Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001), especialmente quanto às seguintes disposições:

- Lei Complementar nº 105, de 2001:

“Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

[...]

V - a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados; [...]”

- LGPD:

“Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

[...]

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

[...]

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; [...]"

9. Nesse contexto, que observa os limites e cautelas da legislação, o titular dos dados protegidos tem direito de utilizá-los em seu interesse e, para tanto, pode consentir em que aqueles que lhe prestarão serviços tenham acesso a suas informações. Como se passa a demonstrar, essa possibilidade não parece ser alterada nas situações em que os dados do titular autor do consentimento estão, pela natureza das operações a que dizem respeito, necessariamente associados a elementos de informações referentes a terceiros.

10. Efetivamente, como descrito pela área técnica, há situações em que os dados da contraparte – o terceiro com quem o titular autor do consentimento se relacionou no âmbito dos sistemas financeiro e de pagamentos – são indispensáveis para alguns dos serviços prestados, de maneira inovadora, por meio do *Open Finance*².

11. Fora do *Open Finance*, situações da espécie são comuns. A título de exemplo, a pessoa natural ou jurídica que contrate serviço de contabilidade, consultoria ou advocacia encaminhará ao prestador de tal serviço comprovantes e outros documentos e informações referentes aos pagamentos recebidos e realizados, com a devida identificação das contrapartes e outras características relevantes de cada transação.

12. A presença de informações das contrapartes nos comprovantes e extratos não exclui o direito do cliente de compartilhar – ou de consentir com o compartilhamento, para maior eficiência – seus próprios documentos bancários com pessoas que lhes prestarão serviços que dependam daqueles elementos. Em tais situações, quando realizadas pelas vias tradicionais, nunca se cogitou sequer discutir se aquelas contrapartes estariam tendo seu sigilo violado³.

2 Ver a menção à agregação de dados e serviços derivados, em que as contrapartes do cliente precisam ser perfeitamente identificáveis num extrato agregado, inclusive para serem processados num serviço que propicie, de modo automatizado, análises e aconselhamentos acerca do perfil de gastos ou investimentos do autor do consentimento.

3 Nas bases de pesquisa da PGBC (sistemas Numerar e BCJUR2) e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), não se encontraram resultados que enfrentem especificamente o presente problema. Destaca-se que as informações de determinada pessoa sob sigilo bancário, por sua natureza, muitas vezes envolvem também dados protegidos de terceiros, que são as contrapartes não financeiras do titular nas transações nos sistemas financeiro e de pagamentos. Nesse cenário, a ausência de precedentes indica fortemente que, do ponto de vista jurídico, não se suscita a hipótese de que, em tais casos, o fornecimento pelo titular pudesse configurar violação do sigilo bancário ou de dados pessoais da contraparte.

13. Isso pode ocorrer com outros serviços ou quaisquer situações em que o cliente tenha interesse em comprovar a realização de determinada transação, a exemplo de um pagamento⁴. Em todos esses casos, o direito que o cliente bancário tem sobre os dados de suas próprias transações financeiras abrange compartilhá-los de maneira completa e necessária para o atendimento de seus interesses e sem a necessidade de obter da contraparte um consentimento adicional.

14. Por tais razões, pode-se afirmar que, quando o art. 1º, § 3º, inciso V, da Lei Complementar nº 105, de 2001, requer o consentimento “*dos interessados*”, o plural é claramente utilizado com o fim de atribuir caráter genérico àquela regra. Veja-se que essa utilização do plural se repete como técnica de redação adotada ao longo de todo o art. 1º. Ainda assim, não se cogita que o dever de sigilo só surgiria quando houvesse mais de uma operação ativa e passiva e mais de um serviço prestado – elementos referidos no plural no *caput* do art. 1º. Do mesmo modo, seria absurdo sustentar que o plural, no mencionado inciso V, serviria para exigir o consentimento de, necessariamente, mais de um interessado, o que, por sua vez, limitaria ainda mais a aplicabilidade daquela hipótese, restringindo-a aos casos em que haja multiplicidade de interessados.

15. Por sua vez, a LGPD vale-se, predominantemente, de técnica de redação distinta, empregando o singular para referências genéricas feitas em diversos dispositivos – ver, por exemplo, as definições no art. 5º e a hipótese de “*consentimento pelo titular*” no art. 7º, inciso I. Do mesmo modo, os conceitos e demais regras e situações referidos no singular continuarão aplicáveis nas situações concretas que apresentem multiplicidade dos elementos ali referidos.

16. Interpretação contrária – que exigisse, necessariamente, o consentimento tanto de uma parte como de sua contraparte em determinada transação financeira – levaria a resultados práticos absurdos e, evidentemente, contrários aos fins sociais a que se dirige a lei. Atentaria, pois, contra a regra de interpretação do art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁵.

17. A título de exemplo, tome-se um conflito de interesses entre duas pessoas envolvendo uma transferência bancária em que a primeira figura como pagadora e a outra, como recebedora. O pagador consulta um advogado para que examine a viabilidade de submeter a disputa à jurisdição ou outra forma de solução de conflito. Para tanto, essa pessoa solicita ao banco de que é cliente um comprovante oficial e completo da transação, constando todos os dados do recebedor, servindo tal documento para demonstrar que, naquela data indicada, tais recursos foram transferidos para determinada conta e agência bancária de titularidade do recebedor. O pagador tem direito de compartilhar esse documento e essas informações com seu advogado e pode e deve fazê-lo de maneira completa, sem ocultar parte das informações, a fim de que o prestador de serviço tenha

4 Destaca-se que o comprovante bancário tem força de recibo até mesmo no âmbito trabalhista, como estabelece o art. 464, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943: “Art. 464. O pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo. Parágrafo único. Terá força de recibo o comprovante de depósito em conta bancária, aberta para esse fim em nome de cada empregado, com o consentimento deste, em estabelecimento de crédito próximo ao local de trabalho.”

5 “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

elementos suficientes para examinar o caso e aconselhar quanto ao melhor encaminhamento – bem como para, em futura e eventual ação judicial, comprovar o pagamento com segurança⁶. Perceba-se que, no exemplo, a utilidade e a necessidade do compartilhamento surgem ainda em fase consultiva pré-processual, ou seja, independentemente de o advogado ter ou não poderes de representação.

18. Nesse cenário comum, eventual exigência de consentimento da contraparte implicaria submeter o direito de uma das partes ao arbítrio da parte oposta, num cenário de litígio. Portanto, essa interpretação hipotética não atende à regra do citado art. 5º da LINDB.

19. Afastada a interpretação acima, pode-se afirmar que, em tais situações (em que a informação, para ser útil e completa, envolve necessariamente mais de uma pessoa), o direito ao uso da informação presente em um comprovante de transação financeira tem caráter solidário, podendo ser exercido na totalidade por um dos titulares, inclusive, quando necessário, no que tange ao consentimento.

20. Como qualquer outro direito, esse também deve ser exercido sem exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, sob pena de caracterizar abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil (CC), Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002⁷.

21. Na situação submetida a análise jurídica, parecem presentes, em tese, as condições para que o exercício do direito respeite as balizas acima. Efetivamente, não se trata de devassa das movimentações financeiras da contraparte, mas apenas de informação sobre transação pontual que ela espontaneamente realizou com o cliente que viria a consentir com o compartilhamento. Também não é o caso de divulgação nem de compartilhamento indiscriminado, mas de utilização nos limites da necessidade e da utilidade para o titular, assim como ocorre nos serviços tradicionais adotados como exemplo – contabilidade, consultoria e advocacia. Em reforço, relembra-se que, no *Open Finance*, a instituição recebedora tem o dever de sigilo, conforme o já citado art. 31 da Resolução Conjunta BCB/CMN nº 1, de 2020.

22. Por fim, merece especial atenção o argumento, presente nos slides que acompanharam a consulta, de que “empresas conseguiriam realizar perfilamento de dados de terceiros, sem que o titular desses dados tenha conhecimento desse tratamento, o que fere as legislações [...]”. Essa aventada possibilidade de desvio de finalidade não revela nenhuma inadequação jurídica da regulamentação. Ao contrário, trata-se de hipotético exemplo de violação direta do regramento do *Open Finance*, especialmente no que tange à finalidade determinada no consentimento do cliente, nos termos dos já citados arts. 5º, § 3º, e 10, inciso II, da Resolução Conjunta BCB/CMN nº 1, de 2020.

23. Do ponto de vista material, descumprimentos da espécie poderiam, em tese, ocorrer integralmente no âmbito interno das instituições, eventualmente dificultando a constatação

⁶ Do ponto de vista jurídico e com o foco no objeto da presente análise, é irrelevante a circunstância de o cliente entregar o documento diretamente ao advogado ou, diversamente, autorizar a que terceiro que o detenha (por exemplo, um prestador de serviço de arquivo ou gestão de documentos; ou mesmo o próprio banco) entregue ao advogado – o que seria mais assemelhado ao *Open Finance*. Trata-se de mero aspecto procedimental, alheio à questão jurídica em exame, que é o fornecimento decorrente da vontade de apenas uma das partes da transação, independentemente da vontade da contraparte.

⁷ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

e o correspondente combate. Entretanto, não se trata de fragilidade criada ou incrementada na regulamentação do *Open Finance*, que, no ponto, observa plenamente a legislação sobre proteção de dados, a exemplo do já transcrito art. 6º, inciso I, da LGPD. Esse comando legal já havia inaugurado, quanto ao mesmo ponto – vedação do desvio da finalidade que justificou o tratamento do dado –, aquela técnica de impor deveres negativos cujos eventuais descumprimentos tenderiam a ocorrer no âmbito interno das organizações obrigadas, do mesmo modo dificultando a descoberta e a apuração das violações.

24. Outro exemplo notável é o dever de eliminação dos dados pessoais após o término de seu tratamento (art. 16 da LGPD). Também nesse caso, eventual manutenção de cópia reserva do dado após a eliminação da versão “original” seria de difícil constatação e apuração, por se situar integralmente no plano interno da organização descumpridora.

25. Assim, no ponto, a legislação – regulamentação do *Open Finance* e LGPD, aplicável diretamente – contém as ferramentas necessárias para, no plano jurídico, deslegitimar as condutas em questão. Seria ilícita a conduta da instituição receptora de dados transacionais de cliente que desviasse a finalidade determinada no consentimento e passasse a tratar os dados com propósito distinto daquele especificamente autorizado – e um exemplo de desvio da espécie seria justamente a criação de perfis das contrapartes (que não consentiram) do cliente autorizador.

CONCLUSÃO

26. Pelo exposto, determinado dado pessoal e sob sigilo bancário pode ser compartilhado mediante consentimento de seu titular e, quando vinculado a informações da contraparte (a exemplo de extratos e comprovantes de transações), sem a necessidade de obtenção de consentimento dessa última, na medida em que a completude da informação seja útil e necessária para a prestação do serviço no âmbito do *Open Finance*, desde que observadas as condições legais e da regulamentação do referido sistema, com destaque para a inviabilidade de divulgação, desvio de finalidade (como a criação de perfis das contrapartes do cliente autorizador) e outras formas de exercício abusivo dos direitos de uso e consentimento referentes aos dados.

27. Por força da Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018, do Procurador-Geral do Banco Central (especialmente os arts. 2º, I, e 3º, § 1º), registra-se que esta manifestação 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.

28. A propósito, não é o caso de definição de estratégia jurídica, nem se vislumbra o enquadramento nas hipóteses que tornam indispensável invocar o sigilo profissional do advogado, exemplificadas no rol do art. 3º, § 5º, da Portaria nº 100.620, de 2018.

A sua consideração.

JOSÉ DE LIMA COUTO NETO
Subprocurador-Chefe do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR)
OAB/BA 17.584

De acordo.

À Senhora Subprocuradora-Geral.

DIANA LOUREIRO MACIEL DE MOURA
Procuradora-Chefe do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR)
OAB/AL 8.074

De acordo.

Ao Procurador-Geral Adjunto da Seção de Consultoria e Representação Extrajudicial (PGA-1), em razão da matéria.

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

(Seguem despachos.)

De acordo com o bem elaborado parecer.

Ao Procurador-Geral.

LUCAS ALVES FREIRE
Procurador-Geral Adjunto do Banco Central
Seção de Consultoria e Representação Extrajudicial (PGA-1)
OAB/MG 102.089

Aprovo.

Ao Diretor de Regulação (Dinor), para conhecimento da orientação firmada.

CRISTIANO COZER
Procurador-Geral do Banco Central
OAB/DF 16.400 – Matrícula 2.191.156-8

Para avaliar esta resposta a sua consulta, clique no link abaixo:

<https://home.intranet.bcb.gov.br/colab/pesquisapgbc/Lists/PesquisaPGBCB/newform.aspx>

Parecer 19/2023-BCB/PGBC

Parecer que analisa a forma do ato administrativo que impõe medida coercitiva cujo descumprimento é passível de acarretar a incidência de multa cominatória, conforme previsto na Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, e o procedimento que deve ser observado pelas autoridades responsáveis por sua aplicação para fins de posterior cobrança da multa porventura incidente.

Amanda Marcos Favre

Procuradora do Banco Central

Eliane Coelho Mendonça

Procuradora-Chefe do Banco Central

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Subprocuradora-Geral do Banco Central

Lucas Alves Freire

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

Parecer Jurídico 19/2023-BCB/PGBC
S/ Proc.

Rio de Janeiro, 10 de janeiro de 2023.

Ementa: Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP). Multa cominatória associada a medida coercitiva imposta com fundamento no art. 16 da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. Ausência de previsão legal ou normativa acerca da forma como a medida deve ser imposta e do procedimento que deve ser adotado para fins de posterior cobrança da multa incorrida pelo destinatário da medida coercitiva. Padronização do procedimento. Tema que interessa às áreas responsáveis pela supervisão e pela fiscalização do Sistema Financeiro Nacional (SFN) e do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB). Art. 2º, I, da Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018. Manifestação de acesso público ou ostensivo.

Senhora Procuradora-Chefe,

ASSUNTO

Trata-se de manifestação que visa a analisar a forma que deve ter o ato administrativo que impõe a adoção da medida coercitiva cujo descumprimento é passível de acarretar a incidência de multa cominatória, conforme previsto na Lei nº 13.506¹, de 13 de novembro de 2017, e o procedimento que deve ser observado pelas autoridades responsáveis por sua aplicação para fins de posterior cobrança da multa porventura incidente.

APRECIÇÃO

2. Em 2017, foi publicada a Lei nº 13.506, que ao dispor, entre outros temas, sobre o Processo Administrativo Sancionador (PAS) na esfera de atuação do Banco Central (BCB), previu a possibilidade de a Autarquia cominar multa diária para o caso de descumprimento das determinações por ela expedidas com base no poder de polícia que lhe foi conferido pelas diversas leis que disciplinam o Sistema Financeiro Nacional (SFN), o Sistema de Consórcios (SC) e o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), a exemplo das Leis nº 4.595², de 31 de dezembro de 1964, nº 11.795³, de 8 de outubro de 2008, nº 10.214⁴, de 27 de março de 2001, e nº 12.865⁵, de 9 de outubro de 2013.

¹ 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.

² Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências.

³ Dispõe sobre o Sistema de Consórcio.

⁴ Dispõe sobre a atuação das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e de liquidação, no âmbito do sistema de pagamentos brasileiro, e dá outras providências.

⁵ Autoriza o pagamento de subvenção econômica aos produtores da safra 2011/2012 de cana-de-açúcar e de etanol que especifica e o financiamento da renovação e implantação de canais com equalização da taxa de juros; dispõe sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB); [...]; e dá outras providências.

3. No ponto, não é demais ressaltar que, mesmo antes do advento da Lei nº 13.506, de 2017, o BCB já dispunha de autorização legal para determinar: (i) a prestação de informações ou esclarecimentos necessários ao desempenho de suas atribuições, (ii) a cessação de atos que prejudiquem ou coloquem em risco o funcionamento regular de entidades por ele supervisionadas, do SFN, do SC ou do SPB e (iii) a adoção de medidas necessárias ao funcionamento regular dessas entidades ou Sistemas; essa autorização não decorre da Lei nº 13.506, de 2017, mas, como antes afirmado, é decorrência lógica do poder de polícia que lhe foi conferido pelas leis que regem o SFN, o SC e o SPB.

4. Nesse sentido, observa-se que a grande inovação representada na Lei nº 13.506, de 2017, foi a previsão da multa como instrumento que visa a atuar na vontade do administrado, conferindo, assim, maior *enforcement* às determinações expedidas pelo BCB, a exemplo das *astreintes* previstas na legislação processual civil e do que fora permitido à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) com a publicação da Lei nº 9.457⁶, de 5 de maio de 1997. Não se trata, portanto, de medida de caráter sancionador ou punitivo – na medida em que não decorre de infração à regulamentação vigente –, mas de instrumento para compelir o devedor ao cumprimento tempestivo da obrigação que lhe fora imposta pelo supervisor.

5. Feito esse registro, verifica-se que, ao prever a possibilidade de imposição de multa cominatória, a Lei nº 13.506, de 2017, a fim de garantir a observância aos direitos ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal – consagrados no art. 5º, LIV e LV⁷, da Constituição – dispôs que: (i) tais determinações seriam passíveis de impugnação e recurso no prazo ali previsto; (ii) o valor diário da multa cominada não poderia exceder a 1/1000 (um milésimo) da receita de serviços e de produtos financeiros da entidade supervisionada ou R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que for maior; e (iii) ao final, a multa deveria ser paga mediante recolhimento ao BCB no prazo de dez dias, a contar da data da intimação para pagamento. Confira-se:

Art. 16. Poderão ser aplicadas às pessoas de que trata o art. 2º desta Lei as seguintes medidas e obrigações:

I - a prestação de informações ou esclarecimentos necessários ao desempenho de suas atribuições legais;

II - a cessação de atos que prejudiquem ou coloquem em risco o funcionamento regular de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei, do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios ou do Sistema de Pagamentos Brasileiro; e

III - a adoção de medidas necessárias ao funcionamento regular de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei, do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios ou do Sistema de Pagamentos Brasileiro.

[...]

Art. 18. O descumprimento das medidas previstas nesta Seção sujeitará o infrator ao pagamento de multa cominatória por dia de atraso, a qual não poderá exceder o maior destes valores:

I - 1/1.000 (um milésimo) da receita de serviços e de produtos financeiros mencionada no inciso I do caput do art. 7º desta Lei; ou

II - R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

6 Altera dispositivos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações e da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.

7 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

§ 1º A multa de que trata o caput deste artigo será paga mediante recolhimento ao Banco Central do Brasil, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da intimação para pagamento.

§ 2º A decisão que impuser multa cominatória, se não estiver sujeita à impugnação e ao recurso de que tratam os §§ 3º e 4º do art. 17 desta Lei [isto é, se não se tratar de uma medida acautelatória], estará sujeita a impugnação, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 3º Da decisão que julgar a impugnação caberá recurso, em última instância, no âmbito do Banco Central do Brasil.

§ 4º O recurso de que trata o § 3º será recebido apenas com efeito devolutivo e deverá ser interposto no prazo de 10 (dez) dias.

6. Nesse ponto, a Lei nº 13.506, de 2017, é, atualmente, disciplinada pela Resolução BCB nº 131⁸, de 20 de agosto de 2021, que, revogando a Circular nº 3.857⁹, de 14 de novembro de 2017, estabeleceu: (i) os requisitos que devem constar na determinação que impõe a adoção da medida coercitiva sob pena de multa cominatória e o prazo para o administrado comprovar o seu cumprimento; (ii) os termos inicial e final de incidência da multa cominatória; (iii) os limites máximos a serem observados conforme a capacidade econômica do administrado, a natureza da obrigação imposta e, se for o caso, o grau de lesão ou perigo de lesão ao SFN, ao SC, ao SPB, à instituição ou a terceiros, o grau de reprovabilidade da conduta do administrado, a expressividade dos valores das operações irregulares, a duração da infração ou a prática sistemática ou reiterada e os antecedentes do administrado; (iv) o prazo máximo de incidência da multa cominada; e (v) a competência para o julgamento da impugnação e do recurso previstos na Lei nº 13.506, de 2017. Vejamos:

Art. 91. As decisões e determinações do Banco Central do Brasil cujo descumprimento resultarem na aplicação da multa cominatória prevista no art. 18 da Lei nº 13.506, de 2017, deverão conter também o seguinte:

I - a advertência de que o seu não cumprimento no prazo fixado sujeita administrado ao pagamento de multa cominatória;

II - a indicação do valor diário da multa cominatória aplicada;

III - a norma que fundamenta sua imposição; e

IV - a indicação do prazo para apresentação de impugnação.

§ 1º O administrado deverá comprovar o cumprimento da decisão ou da determinação referida no caput em 2 (dois) dias, contados a partir da sua efetiva ocorrência, salvo quando se tratar de imposição da pena de inabilitação, em que será observado o prazo de 5 (cinco) dias previsto no § 3º do art. 8º da Lei nº 13.506, de 2017.

§ 2º A multa cominatória incidirá a partir do primeiro dia útil seguinte ao do término do prazo estabelecido pelo Banco Central do Brasil para cumprimento da decisão ou da determinação.

§ 3º Havendo mais de um destinatário, os prazos para cumprimento da determinação e sua comprovação ao Banco Central do Brasil serão contados de forma independente e, em caso de descumprimento de quaisquer deles, cada destinatário estará sujeito ao pagamento de multa cominatória, não havendo que se falar em solidariedade.

§ 4º Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, o cumprimento da determinação por apenas um dos seus destinatários aproveita o destinatário omissor, mas não o isenta do pagamento da multa que porventura tenha incidido até essa data.

⁸ 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.

⁹ Dispõe sobre o rito do processo administrativo sancionador, a aplicação de penalidades, o termo de compromisso, as medidas acautelatórias, a multa cominatória e o acordo administrativo em processo de supervisão previstos na Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017.

§ 5º Nas hipóteses do § 4º do art. 8º e dos incisos I e II do art. 17 da Lei nº 13.506, de 2017, o administrado estará sujeito ao pagamento de tantas multas cominatórias quantas forem as instituições supervisionadas nas quais ele exercer cargo sujeito à autorização do Banco Central do Brasil.

Art. 92. A fixação do valor da multa cominatória observará os seguintes limites:

I - até R\$10.000,00 (dez mil reais) por dia, quando o destinatário da determinação for:

- a) administradora de consórcio;
- b) entidade de auditoria cooperativa;
- c) administrador, membro 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 a que se refere o caput do art. 2º da Lei nº 13.506, de 2017;
- d) pessoa física que preste serviço de auditoria independente;
- e) sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários;
- f) cooperativa de crédito clássica ou cooperativa de crédito de capital e empréstimo;
- g) companhia hipotecária;
- h) sociedade corretora de câmbio;
- i) sociedade de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte;
- j) sociedade de crédito imobiliário;
- k) instituição de pagamento autorizada exclusivamente a operar como iniciadora de transações de pagamento; ou

l) companhias securitizadoras de crédito imobiliário autorizadas a exercer a função de agente fiduciário em emissão de Letra Imobiliária Garantida na forma da Circular nº 3.891, de 28 de março de 2018;

II - até R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) por dia, quando o destinatário da determinação for:

- a) associação de poupança e empréstimo;
- b) sociedade de arrendamento mercantil;
- c) cooperativa de crédito plena, cooperativa central de crédito ou confederação de central;
- d) agência de fomento;
- e) sociedade de crédito, financiamento e investimento;
- f) sociedade corretora de títulos e valores mobiliários;
- g) pessoa jurídica que preste serviço de auditoria independente, inclusive o de auditoria cooperativa;
- h) administrador ou responsável técnico de pessoa jurídica que preste serviço de auditoria independente ou de auditoria cooperativa;
- i) sociedade de crédito direto;
- j) sociedade de empréstimos entre pessoas; ou
- k) instituição de pagamento não autorizada a operar como emissora de moeda eletrônica, com exceção das instituições referidas na alínea "k" do inciso I;

III - até R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia, quando o destinatário da determinação:

- a) não estiver enquadrado no Segmento 1 (S1), nos termos da Resolução nº 4.553, de 30 de janeiro de 2017, e for banco múltiplo, banco comercial, banco de investimento, banco de câmbio ou caixa econômica;
- b) for banco de desenvolvimento ou instituição de pagamento autorizada a operar como emissora de moeda eletrônica;
- c) for câmara ou prestador de serviços de compensação e de liquidação, entidade registradora ou depositário central não considerados sistemicamente importantes; ou
- d) for instituidor de arranjos de pagamentos integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro;

IV - até R\$100.000,00 (cem mil reais) ou 1/1000 (um milésimo) da receita de serviços e de produtos financeiros, o que for maior, por dia, quando o destinatário da determinação:

- a) estiver enquadrado no Segmento 1 (S1), nos termos da Resolução nº 4.553, de 2017; ou

b) for câmara ou prestador de serviços de compensação e de liquidação, entidade registradora ou depositário central considerados sistemicamente importantes.

§ 1º Outros segmentos supervisionados pelo Banco Central do Brasil, seus administradores e membros de órgão previsto no estatuto ou no contrato social, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, sem a devida autorização, atividade sujeita à supervisão ou à vigilância do Banco Central do Brasil sujeitam-se à multa cominatória de até R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia.

§ 2º Se o conteúdo da determinação a que se refere o art. 91 desta Resolução for uma obrigação de não fazer, o Banco Central do Brasil poderá cominar multa diária de até R\$100.000,00 (cem mil reais) ou 1/1000 (um milésimo) da receita de serviços e de produtos financeiros da instituição destinatária, o que for maior, ainda que se trate de entidade não mencionada no inciso IV do caput.

§ 3º A multa prevista no art. 18 da Lei nº 13.506, de 2017, terá sua incidência limitada a 60 (sessenta) dias.

§ 4º Na fixação da multa cominatória, o Banco Central do Brasil observará, no que couber, os fatores previstos no art. 46 desta Resolução.

Art. 93. As decisões e determinações proferidas pelo Banco Central do Brasil com fundamento no art. 16 da Lei nº 13.506, de 2017, cujo descumprimento resultar na aplicação de multa cominatória, estarão sujeitas à impugnação de que trata o § 2º do art. 18 daquela Lei e serão decididas pela autoridade prolatora da decisão ou da determinação.

Art. 94. O recurso interposto contra a decisão que julgar a impugnação de que trata o art. 93 desta Resolução será dirigido à autoridade que proferiu a decisão recorrida, que o encaminhará à autoridade competente para o seu julgamento, conforme definido no Regimento Interno do Banco Central do Brasil.

7. O Regimento Interno do BC, com a redação que lhe foi dada pela Portaria nº 108.150, de 27 de agosto de 2020, atribuiu aos Chefes-Adjuntos, no âmbito de suas respectivas unidades, a competência para a imposição de medidas coercitivas cujo descumprimento acarreta a incidência de multa diária e para o julgamento de eventual impugnação a elas relacionada, cabendo aos Chefes de Departamento decidir sobre o recurso interposto contra a decisão proferida pelos Chefes-Adjuntos a eles subordinados¹⁰ (arts. 23, XLI, “a”, e 25, XIX¹¹).

8. Não há, contudo, previsão da forma que deve ter o ato administrativo que impõe a adoção da medida coercitiva cujo descumprimento é passível de acarretar a incidência de multa cominatória.

9. Nesse contexto, com base em orientação expedida por esta procuradoria especializada que não fixou a necessidade de procedimento único, tem-se notícia de departamentos que, atendendo aos requisitos do art. 91 da Resolução BCB nº 131, de 2021, optaram pela elaboração de decisão

¹⁰ Ressalva-se apenas as multas cominatórias associadas ao descumprimento de medidas prudenciais preventivas, que, conquanto não percam a natureza de medida coercitiva, só podem ser impostas pelos Chefes dos Departamentos de Supervisão Bancária (Desup), de Supervisão de Cooperativas e de Instituições Não Bancárias (Desuc) e de Operações Bancárias e de Sistema de Pagamentos (Deban) – competindo-lhes, por conseguinte, o julgamento da impugnação a elas relacionada (arts. 81, IV, 87, IV, e 112, IX, do RI) – cujo eventual recurso deverá ser decidido pelo Diretor ao qual o departamento for vinculado (arts. 16, XI, “b”, e 19, XX, “b”).

¹¹ Art. 23. São atribuições dos Secretários-Executivos Adjuntos, dos Procuradores-Gerais Adjuntos, do Corregedor-Geral, do Ouvidor, do Auditor-Chefe, do Chefe da Aspar, do Chefe da Assec, dos Chefes de Departamento, dos Gerentes-Executivos e dos demais ocupantes de funções comissionadas gerenciais equivalentes, no que couber, no âmbito das respectivas áreas de atuação:

[...]

XLI - decidir, em segunda e última instância, os recursos interpostos contra decisão que:

a) aplicar medida coercitiva no âmbito de sua unidade, associada à imposição de multa cominatória; e

[...]

Art. 25. São atribuições dos Subprocuradores-Gerais, do Subcorregedor-Geral, do Auditor-Chefe Adjunto, do Subsecretário da Diretoria, do Chefe de Gabinete do Secretário-Executivo, dos Chefes-Adjuntos e dos demais ocupantes de funções comissionadas equivalentes, em geral, no âmbito das respectivas áreas de atuação:

[...]

XIX - decidir, na forma da legislação vigente, sobre a aplicação de medida coercitiva e de multa cominatória, quando associadas, e sobre a impugnação dessa última; e

na qual a autoridade competente acolhe a proposta do responsável pelo acompanhamento da entidade e determina a adoção da medida coercitiva em prazo determinado sob pena de incidência de multa diária em valor ali fixado; em seguida, é expedido ofício por meio do qual o administrado é intimado da referida decisão e informado sobre a possibilidade de impugná-la no decêndio legal. De outro lado, há unidades que, aproveitando a praxe já adotada no âmbito da atividade de supervisão, optaram por corporificar a decisão em ofício – subscrito pela autoridade competente para a adoção da medida e observando os demais requisitos do art. 91 da Resolução BCB nº 131, de 2021 – por meio do qual o administrado é intimado para adoção da medida coercitiva em determinado prazo, sob pena de multa diária.

10. Sob o ponto de vista jurídico, entende-se que ambos os procedimentos estão em conformidade com o disposto na Lei nº 13.506, de 2017, na Resolução BCB nº 131, de 2021, e no RI. Isso porque, conforme o ali previsto, basta que o ato administrativo seja proferido pela autoridade competente e que contenha os requisitos previstos no art. 91 da Resolução BCB nº 131, de 2021, quais sejam: (i) a advertência de que o seu não cumprimento no prazo fixado sujeita o administrado ao pagamento de multa cominatória; (ii) a indicação do valor diário da multa cominatória aplicada, observados os valores máximos estabelecidos no seu art. 92 e, no que couber, os fatores previstos no art. 46¹²; (iii) a norma que fundamenta sua imposição (incisos I, III ou III do art. 16 da Lei nº 13.506, de 2017); e (iv) a indicação do prazo de dez dias para apresentação de impugnação dirigida à autoridade subscritora da decisão/ofício.

11. Não obstante, e **sem prejuízo da validade das medidas anteriormente impostas por uma forma ou outra**, entende-se conveniente uniformizar os procedimentos adotados pelos diversos departamentos, a fim de conferir maior segurança jurídica à atuação da Autarquia, evitando, assim, o tanto quanto possível, eventuais questionamentos judiciais.

12. Nesse contexto, não havendo previsão legal ou normativa a esse respeito, propõe-se que, **doravante**, a imposição de medidas coercitivas cujo descumprimento possa acarretar a incidência de multa cominatória, inclusive a notificação tratada no art. 8º, §§ 1º e 4º, da Lei nº 13.506, de 2017, observe o seguinte procedimento:

- (i) prolação de decisão que, além de especificar as medidas coercitivas aplicadas, observe os requisitos do art. 91 da Resolução BCB nº 131, de 2021, e contenha justificativa, ainda que sucinta, para a fixação do valor da multa cominada, ponderando a capacidade econômica do administrado, os demais fatores previstos no art. 46 e a finalidade de atuar como instrumento para compeli-lo ao cumprimento da medida no prazo determinado;
- (ii) notificação do administrado para cumprimento da medida determinada pelo BCB, por meio da expedição de ofício: (a) no qual sejam reproduzidos os termos da decisão proferida pela autoridade competente, conferindo especial ênfase aos requisitos do art. 91 da Resolução

12. Art. 46. Na aplicação das penalidades de multa, de proibição de prestar determinados serviços, de proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação e de inabilitação, será inicialmente fixada a pena-base, considerando no seu cálculo, na medida em que possam ser determinados:

I - a capacidade econômica do infrator;

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 - o grau de reprovabilidade da conduta do infrator;

IV - a expressividade dos valores das operações irregulares;

V - a duração da infração ou a prática sistemática ou reiterada; e

VI - os antecedentes do infrator.

- BCB nº 131, de 2021, e aos fundamentos para a fixação da multa no valor informado ou (ii) por meio do qual seja encaminhada cópia da decisão proferida;
- (iii) decisão sobre a impugnação e o recurso porventura interpostos na forma do art. 18, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.506, de 2017, e posterior intimação do administrado sobre o seu resultado;
- (iv) manifestação, no processo, que contenha informações sobre:
- (iv.a) o transcurso do prazo para a adoção da medida coercitiva determinada, indicando: (iv.a.1) o cumprimento ou descumprimento da determinação expedida pelo BCB no prazo estabelecido e, se for o caso de cumprimento parcial, quais determinações não foram suficientemente atendidas; e (iv.a.2) o eventual oferecimento de impugnação e recurso de que trata o art. 18, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.506, de 2017, e o teor da decisão proferida a esse respeito ou (iv.a.3) o transcurso *in albis* do prazo conferido para tal;
- (iv.b) o termo inicial da multa cominada, se for o caso de descumprimento total ou parcial da medida determinada;
- (iv.c) a data em que cumprida a determinação (considerando, quando for o caso, eventual dilação de prazo ou outras modificações da situação de fato decorrentes do provimento de recurso ou impugnação) ou o transcurso de sessenta dias após a data de início da incidência da multa cominatória, indicando, qualquer que seja a hipótese, a quantidade de dias em que incidiu a multa e o valor total apurado;
- (v) intimação do administrado a respeito da incidência da multa cominatória no período e dos valores apurados conforme a manifestação mencionada no item anterior, oportunizando-lhe prazo para impugnar os fatos apurados e interpor recurso contra a decisão que decidir a impugnação porventura apresentada;

Por se tratar de ato administrativo que resulta em imposição de dever ao administrado, entende-se que a necessidade de intimação decorre do disposto no art. 28¹³ Lei nº 9.784¹⁴, de 29 de janeiro de 1999, aplicável subsidiariamente a todos os processos administrativos no âmbito federal (art. 69¹⁵).

De outro lado, sugere-se seja ampliado o contraditório, mediante a concessão de prazo para que o administrado, querendo, impugne os fatos apurados na manifestação referida no item (iv). A orientação ora defendida tem como fundamento a constatação de que a referida manifestação supra possui caráter decisório, consistente na apuração do cumprimento da medida coercitiva imposta, da contagem dos dias-multa e do valor total devido. Salienta-se que, ainda que não haja previsão legal ou normativa nesse sentido, a proposta é possível por se tratar de medida instituída em benefício do administrado, prestigiando o princípio do contraditório.

Quanto ao prazo, uma vez que o procedimento ora proposto não encontra previsão legal ou regimental, entende-se possível seja ele fixado pela autoridade competente. Sugere-se, nesse contexto, a fixação do prazo de dez dias, à semelhança do que já é previsto no art. 18, §§ 1º e 2º, da Lei nº 13.506, de 2017.

13 Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

14 Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

15 Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Recomenda-se, ainda, seja admitida a possibilidade de a decisão proferida sobre essa nova impugnação ser passível de recurso, privilegiando, uma vez mais, o princípio do contraditório e mitigando, assim, eventuais questionamentos relacionados ao cumprimento da medida coercitiva e à certeza e à liquidez do crédito do BCB. Nesse caso, o prazo a ser observado será o do art. 59¹⁶ da Lei nº 9.784, de 1999, segundo o qual, não havendo previsão legal específica, *é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.*

Registra-se, todavia, que essa impugnação e recurso não se confundem com aqueles tratados no art. 18, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.506, de 2017, e, portanto, em respeito ao instituto da preclusão¹⁷ (lógica e consumativa) e ao princípio da eficiência, consagrado no art. 2º, *caput*¹⁸, da Lei nº 9.784, de 1999, não poderão se prestar à rediscussão de assuntos já foram ou poderiam ter sido objeto de análise da Administração. Nesse contexto, poderá o interessado se manifestar, por exemplo, sobre eventual nulidade da intimação inicial, erro material ou excesso nos valores apurados ou fatos supervenientes ao término do prazo estabelecido no art. 18, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.506, de 2017, que tenham tornado impossível o cumprimento da medida coercitiva na data aprazada.

Quanto à competência para decidir sobre a impugnação e o recurso porventura apresentados nesse momento processual (isto é, após a intimação a respeito da incidência da multa cominatória no período e dos valores apurados), entende-se aplicável o disposto nos arts. 25, XIX, parte final, e 23, XLI, “b”, do RIBCB, sendo o assunto atribuição das mesmas autoridades regimentalmente incumbidas das decisões sobre a impugnação e recurso expressamente previstos na Lei nº 13.506, de 2017. Isso porque, embora não se trate da impugnação e do recurso de que trata o art. 18, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.506, de 2017, é inegável que o objeto da impugnação é a aplicação de multa cominatória e que eventual recurso visa a desconstituir decisão da espécie. Portanto, uma vez que o RIBCB não fez expressa referência ao dispositivo da Lei nº 13.506, de 2017, entende-se que a competência para decidir sobre essa nova impugnação e novo recurso também encontra previsão nos citados dispositivos regimentais.

- (vi) intimação do administrado acerca da decisão sobre a impugnação e o recurso porventura apresentados e para recolhimento dos valores ao final apurados no prazo de dez dias, conforme estabelecido no art. 18, § 1º, da Lei nº 13.506, de 2017.

16 Art. 59. *Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.*

§ 1º *Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente.*

§ 2º *O prazo mencionado no parágrafo anterior poderá ser prorrogado por igual período, ante justificativa explícita.*

17 Amparada nas lições dos estudiosos do direito administrativo e processual civil, esta Procuradoria-Geral teve a oportunidade de afirmar que “A preclusão consiste na perda de uma situação jurídica ativa processual, seja pelo decurso do tempo (preclusão temporal), pela incompatibilidade entre o ato praticado e outro que se poderia praticar (preclusão lógica), ou pela já consumação de um ato processual, sem a possibilidade de novamente realizá-lo (preclusão consumativa). O instituto da preclusão decorre da própria ideia de processo, entendido como “o instrumento, de maior ou menor formalismo, constituído de atos, fatos e atividade e gerador de vínculos entre as pessoas envolvidas, com vistas a alcançar determinado objetivo”. A exemplo do que ocorre no processo judicial, a preclusão pode ocorrer no processo administrativo em todas as suas modalidades (temporal, lógica ou consumativa).” (Parecer Jurídico 307/2019-BCB/PGBC).

18 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
[...]

13. Registra-se, a propósito, que o procedimento ora proposto não conflita com a regulamentação vigente e, por essa razão, pode ser adotado sem que haja prévia previsão normativa. Isso porque, como já antes afirmado, a Lei nº 13.506, de 2017, e a Resolução BCB nº 131, de 2021, nada dispõem acerca da forma que deverá ser adotada para a imposição das medidas coercitivas cujos descumprimentos acarretam a incidência de multa cominatória, tampouco preveem os atos que devem anteceder a intimação do devedor para pagamento da multa porventura incidente.

14. Observa-se, ainda, que a sugestão de facultar ao administrado a oportunidade de apresentação de impugnação e recurso após a intimação a respeito da incidência da multa cominatória no período e dos valores apurados visa à ampliação do contraditório, de modo a contribuir para a apuração da certeza e liquidez do crédito do BC, mas não se confunde com a impugnação e o recurso de que trata o art. 18, § 2º, da Lei nº 13.506, de 2017.

CONCLUSÃO

15. Por todo o exposto, conclui-se que, não havendo previsão legal ou regulamentar a respeito da forma que deve ter o ato administrativo que impõe a adoção da medida coercitiva cujo descumprimento é passível de acarretar a incidência de multa cominatória, entende-se ser juridicamente possível que ele tenha a forma de decisão ou de ofício, desde que contenha os requisitos previstos no art. 91 da Resolução BCB nº 131, de 2021.

16. Não obstante, e **sem prejuízo da validade das medidas anteriormente impostas por uma forma ou outra**, entende-se conveniente uniformizar os procedimentos adotados pelos diversos departamentos, a fim de evitar, o tanto quanto possível, eventuais questionamentos judiciais e, assim, conferir maior segurança jurídica à atuação da Autarquia.

17. Nesse contexto, propõe-se que, **doravante**, a imposição de medidas coercitivas cujo descumprimento pode acarretar a incidência de multa cominatória observe o procedimento descrito no parágrafo 12 desta manifestação, que pode ser adotado sem que haja prévia previsão normativa, pois que não conflita com a regulamentação vigente. Não obstante, a fim de conferir maior transparência e publicidade à atuação do BCB, recomenda-se, futuramente, seja ele disciplinado na Resolução BCB nº 131, de 2021.

18. Por fim, em observância ao disposto no art. 2º, I⁹, da Portaria nº 100.620²⁰, de 13 de dezembro de 2018, registra-se que a presente manifestação é de acesso público ou ostensivo, pois não contém elementos protegidos por qualquer espécie de sigilo ou relacionados à intimidade ou imagem de pessoa natural ou jurídica.

19 Art. 2º Para os efeitos desta Portaria, os pronunciamentos expedidos pela Procuradoria-Geral do Banco Central podem ostentar os seguintes graus de acesso, de acordo com a natureza das informações neles contidas:

I - acesso público ou ostensivo: quando não houver informações objeto de classificação em grau de sigilo, nem informações pessoais, protegidas por sigilo legal ou por incidência de outra hipótese normativa de restrição de acesso, sujeitando-se a mecanismos de transparência ativa ou passiva;

20 Dispõe sobre a indicação do grau de acesso de pronunciamentos expedidos pela Procuradoria-Geral do Banco Central.

À sua consideração.

AMANDA MARCOS FAVRE
Procuradora do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)
OAB/RJ 140.647

De acordo.

À Subprocuradora-Geral, diante da proposta de uniformização do procedimento de aplicação e cobrança de multa cominatória.

Brasília, 10 de janeiro de 2023.

ELIANE COELHO MENDONÇA
Procuradora-Chefe do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)
OAB/MG 78.456

Aprovo.

Encaminhe-se ao Sr. Procurador-Geral Adjunto, em razão da matéria.

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

(Segue despacho.)

Aprovo o bem elaborado parecer.

Encaminhe-se aos Chefes de Gabinete dos Diretores de Fiscalização (Difis), de Relacionamento, Cidadania e Supervisão de Conduta (Direc), de Organização do Sistema Financeiro e de Resolução (Diorf) e de Política Monetária (Dipom), para ciência do presente pronunciamento jurídico e encaminhamento às unidades que lhes são subordinadas.

LUCAS ALVES FREIRE

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central
Seção de Consultoria e Representação Extrajudicial (PGA-1)
OAB/MG 102.089

Para avaliar esta resposta a sua consulta, clique no link abaixo:

<https://home.intranet.bcb.gov.br/colab/pesquisapgbc/Lists/PesquisaPGBCB/newform.aspx>

Parecer 56/2023-BCB/PGBC

Parecer que dirime controvérsia sobre a possibilidade sobre de responsabilização, em sede de processos administrativos sancionadores, de pessoas jurídicas sucessoras de instituições que tenham praticado infrações administrativas.

Fernanda Quintas Vasconcelos

Procuradora do Banco Central

Márcio Rafael Silva Laeber

Subprocurador-Chefe do Banco Central

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Subprocuradora-Geral do Banco Central

Lucas Alves Freire

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

Cristiano Cozer

Procurador-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 56/2023-BCB/PGBC
S/Proc

Brasília, 24 de janeiro de 2023.

Ementa: Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP). Departamento de Controle e Análise de Processos Administrativos Sancionadores (Decap), atualmente Departamento de Resolução e Ação Sancionadora (Derad). Sucessão de pessoas jurídicas. Inaplicabilidade do princípio da pessoalidade da pena para pessoas jurídicas. Aplicabilidade do princípio para as pessoas físicas. Princípio da responsabilidade pessoal. Princípio da intranscendência da pena. Constituição Federal, art. 5º, inciso XLV. Possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica sucessora. Reorganização societária. Art. 4º da Circular nº 3.857, de 14 de novembro de 2017, sucedido pelo art. 4º da Resolução BCB nº 131, de 20 de agosto de 2021. Pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso (art. 3º, § 1º, da Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018).

Senhor Subprocurador-Chefe,

ASSUNTO

Trata-se de manifestação jurídica em resposta a consulta de iniciativa da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC), diante da verificação, por meio da participação no extinto Comitê de Análise de Proposta de Decisão de Processos Administrativos Sancionadores (Codep), de manifestações jurídicas conflitantes sobre a possibilidade de responsabilização, em sede de processos administrativos sancionadores, de pessoas jurídicas sucessoras de instituições que tenham praticado infrações administrativas.

2. Na PGBC, há manifestações jurídicas que entenderam pela impossibilidade da aludida responsabilização, com fundamento no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal¹, quais sejam: Parecer 2002/47/Dejur/Gabin, de 1º de fevereiro de 2002²; Cota 2004/331/Dejur/PRCON, de 19 de janeiro de 2004³; Nota-Jurídica PGBC-334/2007, de 23 de janeiro de 2007⁴; e Nota-Jurídica 3442/2013-BCB/PGBC, de 27 de junho de 2013⁵. O Parecer Jurídico 409/2015-BCB/PGBC, de 11 de setembro de 2015⁶, por sua vez, também concluiu pela impossibilidade de responsabilização de sucessores do apenado, mas há de se registrar que a consulta tratava especificamente da hipótese de falecimento do acusado.

¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; [...]”

² De autoria do Consultor Jurídico Cassiomar Garcia Silva, com despacho do Subprocurador-Geral Arício José Menezes Fortes e do Procurador-Geral Carlos Eduardo da Silva Monteiro.

³ De autoria do Subprocurador-Chefe Marcelo Madureira Prates, com despachos da Subprocuradora-Chefe Luciana Marques Bombino e do Subprocurador-Geral João Correia de Magalhães.

⁴ De autoria da Procuradora Eliane Coelho Mendonça, com despacho da Coordenadora-Geral Substituta Kátia Cilene de Carvalho.

⁵ De autoria da Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça.

⁶ De autoria do Procurador André Ubaldo Roldão, com despacho do Procurador-Chefe, substituto, Márcio Rafael Silva Laeber.

3. Por outro lado, os seguintes pronunciamentos jurídicos entenderam possível a responsabilização da sucessora: Cota 2001/3153/Dejur/PRCPA, de 8 de junho de 2001⁷; Cota 2003/612/Dejur/PRCPA, de 30 de janeiro de 2003⁸; e Nota-Jurídica PGBC-1417/2008, de 26 de março de 2008⁹.

4. Destaca-se que a questão foi objeto de regulamentação por parte da Circular nº 3.857, 14 de novembro de 2017, e, posteriormente, pela Resolução BCB nº 131, de 20 de agosto de 2021, que a sucedeu. As referidas normas estabeleceram que, no caso de sucessão de pessoa jurídica autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil (BCB), o processo administrativo sancionador (PAS) não seria instaurado em relação à pessoa jurídica sucessora quando se tratasse de irregularidade anterior à reorganização, salvo se verificada a ocorrência de fraude ou simulação. Por outro lado, na hipótese de reorganização posterior à instauração do PAS, a área técnica segue o posicionamento exarado na Nota-Jurídica PGBC-1417/2008, que permite a responsabilização da sucessora.

5. É o relatório. A seguir, o exame jurídico.

APRECIÇÃO

6. Inicialmente, será elaborado breve resumo das orientações jurídicas externadas nos precedentes da PGBC sobre o tema. Entendeu o Parecer 2002/47/Dejur/Gabin pela impossibilidade de responsabilização da pessoa jurídica sucessora, com fundamento no princípio da personalidade da pena, construindo o seguinte raciocínio:

“8. Em termos de responsabilização penal, é clássico o princípio segundo o qual a pena não passará da pessoa do condenado, implicando dizer que a pena por uma determinada conduta delituosa não pode ser aplicada a outra pessoa que não aquela que a tenha praticado, princípio este insculpido na atual Constituição, art. 5º, inc. XLV.

9. E tal se aplica tanto ao direito penal, quanto ao direito administrativo punitivo, em que são cominadas penas pelo descumprimento de normas regulatórias, como o são aquelas relativas ao sistema financeiro nacional.

10. No caso, para se avaliar se o sucessor de uma empresa envolvida em práticas irregulares deve responder por tais atos, necessário se faz, primeiro, examinar se, em decorrência da sucessão, houve a extinção da empresa sucedida e de que forma isso ocorreu, para que se possa aplicar analogicamente o art. 107, inc. I, do Código Penal, que trata da extinção da punibilidade pela morte do agente.”

7. No mesmo sentido são as colocações expostas na Cota 2004/331/Dejur/PRCON:

“7. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XLV, estabelece o princípio da personalidade da sanção como um dos princípios fundamentais do direito penal. Por ele, nenhuma pena pode ser aplicada a pessoa diversa daquela que tenha efetivamente cometido a infração criminal. Se a sanção, designadamente a penal, pretende impor

⁷ De autoria do Procurador José Alves da Rocha Reis Neto, com despacho da Procuradora-Chefe Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira.

⁸ De autoria do Procurador Leandro Lobato Alvarez, com despachos da Procuradora-Chefe Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira e do Subprocurador-Geral Arício José Menezes Fortes.

⁹ De autoria do Coordenador-Geral Ronaldo Lins Alves da Cunha, com despacho do Subprocurador-Geral Luiz Ribeiro de Andrade.

uma privação ao responsável pela prática de um ilícito em determinado domínio jurídico, demonstrando que determinadas condutas não são admitidas e, mais, geram conseqüências desfavoráveis para aqueles que as praticam, não seria justo, nem porventura eficaz, punir alguém em lugar do verdadeiro infrator.

8. Assim sendo, também no direito administrativo sancionador há de ser aplicado o mencionado princípio, como já reconhecido por esta Procuradoria-Geral no PARECER/2002/00047/DEJUR/GABIN. É certo que a transposição de princípios penais para o domínio administrativo sancionador não pode ser feita de modo automático ou irrestrito. Há especificidades, tanto no que toca ao ilícito administrativo quanto naquilo que diz respeito à sanção administrativa, que exigem a matização dos princípios penais trazidos para o campo administrativo. Exatamente por isso, há que se ter em vista que o princípio da pessoalidade da sanção pode ser atenuado, no plano administrativo sancionador, pela admissão normativa de casos excepcionais de responsabilidade, como a solidária, a subsidiária ou a por fato de outrem, especialmente quanto às infrações cometidas por pessoas jurídicas. É o que ocorre, v. g., no direito tributário brasileiro, em que a empresa sucessora responde não apenas pelos tributos, mas também pelas penas pecuniárias eventualmente devidas pela empresa sucedida, ainda que esta tenha sido extinta (cfr. art. 132 do Código Tributário Nacional e Acórdão proferido em 13.8.2002 pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Resp nº 432.049-SC).

9. De todo modo, há que se ressaltar que somente por expressa disposição normativa podem ser inseridas exceções ao princípio da pessoalidade da sanção, o qual deve ser integralmente respeitado à múnua de dispositivos que tais.”

8. Também na mesma linha seguiu a Nota-Jurídica PGBC-334/2007:

“9. De acordo com o art. 219 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, aplicável ao caso subsidiariamente por conta do disposto no art. 18 do Decreto n.º 3.708, de 10 de janeiro de 1919, uma das formas de extinção da pessoa jurídica é pela incorporação ou fusão. Na seqüência, estabelece o art. 228 da Lei n.º 6.404, de 1976, que, no caso de fusão, a nova sociedade sucederá as antigas em todos os direitos e obrigações. Com base em tal dispositivo, presumo, foi o processo administrativo punitivo instaurado contra a sociedade sucessora.

10. Ocorre, entretanto, que não há, a meu ver, sucessão na responsabilidade por atos ilícitos praticados por outrem. A penalidade pecuniária foi aplicada após a extinção da sociedade responsável pela prática do ilícito administrativo, o que ofende o princípio penal da pessoalidade da sanção, aplicável ao caso sob análise. Essa matéria já foi objeto de manifestação por esta Procuradoria-Geral, na COTA 2004/00331 (DEJUR/PRCON), a qual permito-me transcrever alguns trechos: (...)”

9. Por fim, segue trecho da Nota-Jurídica 3442/2013-BCB/PGBC pela aplicabilidade do princípio da pessoalidade da pena nos PAS:

“9. Entretanto, esta Procuradoria-Geral vem entendendo, em homenagem ao princípio constitucional da pessoalidade da pena, também denominado princípio da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, XLV, da Constituição Federal, que não há sucessão, pela sociedade incorporadora, da responsabilidade por ilícitos administrativos praticados pela sociedade incorporada – exceto em situações em que se evidencie a ocorrência de fraude na operação de reorganização societária – o que obstaculiza o exercício do jus puniendi pela autarquia em casos da espécie.

10. *Tal princípio, cuja aplicabilidade a processos administrativos sancionadores constitui orientação aqui acolhida, preconiza a impossibilidade de se propor ou estender a ação penal a pessoas diversas dos autores ou partícipes da infração, já que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado.’*”

10. Por outro lado, adotaram posição contrária à aplicação do princípio da personalidade da pena nos PAS, o que significa a responsabilização da pessoa jurídica sucessora, a Cota 2001/3153/Dejur/PRCPA e a Cota 2003/612/DEJUR/PRCPA, extraíndo-se dessa última o seguinte trecho:

“7. Cabe ainda mencionar que, nas incorporações, as incorporadoras sucedem as incorporadas em todas as suas obrigações, nos termos do artigo 227 da Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), inclusive multas decorrentes de processos administrativos. A incorporação extingue a pessoa jurídica da incorporada, mas não tem o condão de pôr fim às suas obrigações ou à sua punibilidade, que se transferem, por sucessão, à incorporadora. Os credores, entre eles o Banco Central do Brasil, deverão exigir seu crédito desta última.

8. Pensar que a operação em tela extingue as obrigações ou a punibilidade da sociedade incorporada levaria ao absurdo de permitir ao grupo financeiro, por ato de sua vontade, pôr fim a processo administrativo contra uma de suas empresas, simplesmente incorporando a subsidiária acusada de praticar irregularidades. Uma mera reestruturação societária não tem o condão de excluir a empresa de suas responsabilidades.”

11. No mesmo sentido, segue parcial teor da Nota-Jurídica PGBC-1417/2008, com o entendimento que é atualmente seguido pela área técnica nas hipóteses de reorganização ocorrida posteriormente à instauração do PAS:

“15. Ocorre que, in casu, a meu modesto sentir, não há pena alguma passando da pessoa do apenado, punindo-se, então, hipoteticamente, como quer a Nota-Jurídica 334/2007, terceiro inocente que não praticara a infração administrativa a ser reprimida pelo Banco Central do Brasil.

16. Pune-se, sim, no presente caso, a empresa que, por meio de uma fusão, gizada na Lei das Sociedades Anônimas, assumiu todas as obrigações passivas das empresas fusionadas, na forma da CLÁUSULA PRIMEIRA DO PROTOCOLO DE FUSÃO DE FL. 19 DOS AUTOS, entre as quais não constava, à época da fusão, qualquer pena imposta a quaisquer das empresas que então se fundiam.”

12. Como se pode observar, há entendimentos da PGBC divergentes sobre a responsabilização de pessoas jurídicas sucessoras, em sede de PAS instaurados pelo BCB em razão de irregularidades perpetradas pelas pessoas jurídicas sucedidas. A fim de firmar orientação deste órgão jurídico sobre a questão, mostra-se relevante o estudo da norma presente no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, que possui o seguinte teor:

“Art. 5º (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (...)” (Grifo nosso.)

13. O início do dispositivo traz a constitucionalização do denominado princípio da personalidade da pena, também chamado de princípio da responsabilidade pessoal ou ainda de princípio da intranscendência da pena, segundo o qual pode ser imputada uma pena apenas a

quem foi condenado. Para Rogério Greco¹⁰, o princípio constitucional quer dizer que, “quando a responsabilidade do condenado é penal, somente ele, e mais ninguém, poderá responder pela infração praticada. Qualquer que seja a natureza da penalidade aplicada – privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa –, somente o condenado é que deverá cumpri-la”. O autor segue citando Zaffaroni, para o qual “nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, haja vista ser uma ingerência ressocializadora sobre o condenado.”¹¹

14. Duas questões sobressaem sobre a aplicação do princípio da pessoalidade da pena no âmbito do Direito Administrativo. Primeiramente, é necessário analisar se o princípio é aplicável aos processos administrativos sancionadores ou se está restrito aos processos penais. Ademais, é necessário analisar a aplicabilidade do aludido princípio às pessoas jurídicas.

15. Sobre a utilização do princípio da pessoalidade da pena no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, destaca-se inicialmente que, apesar de ser princípio consagrado no Direito Penal, não há qualquer norma constitucional ou legal que restrinja sua aplicação a esse ramo do Direito. Ademais, é reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência a aplicação do referido princípio no âmbito do Direito Administrativo Sancionatório.

16. Ainda sobre a aplicabilidade do princípio da intranscendência da pena no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, considera-se pertinente trazer à baila algumas considerações de Fábio Medina Osório¹²:

“A pena somente pode ser imposta ao autor da infração penal. A norma deve acompanhar o fato. Igual exigência acompanha o Direito Administrativo Sancionatório. Incabível responsabilidade objetiva, eis uma das consequências do princípio da pessoalidade da sanção administrativa.

Repele-se, fundamentalmente, a responsabilidade pelo fato de outrem¹³ e a responsabilidade objetiva. O delito é obra do homem, como o é a infração administrativa praticada por pessoa física, sendo inconstitucional qualquer lei que despreze o princípio da responsabilidade subjetiva.

O princípio da pessoalidade da pena, de natureza constitucional, se estende, em tese, ao Direito Administrativo Sancionatório e é um desdobramento do princípio da culpabilidade. Trata-se de direito fundamental inerente ao devido processo legal punitivo.”

17. No ponto, cumpre destacar que, como o Direito Administrativo Sancionador trata de infrações administrativas e da aplicação de penalidades pela Administração Pública, estudar esse ramo do Direito equivale a analisar suas fronteiras e ligações com o Direito Penal. Por isso, os princípios norteadores do Direito Penal devem orientar também a aplicação das normas administrativas que

¹⁰ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. Página 79.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General, p. 138.

¹² OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Páginas 394 e 395.

¹³ Ver GEORGES DELLIS, op. Cit., p. 263 e ss., quando trata do “fait d’autrui”. A responsabilidade pelo fato de outrem é considerada incompatível com o princípio da pessoalidade dos ilícitos e das penas. É claro que uma atuação negligente ou falhas de “surveillance” podem embasar responsabilidade de determinados sujeitos por fatos alheios. Tal ocorre, no direito penal econômico, com os chefes de empresas, proprietários, profissionais e outros em razão de fatos cometidos por seus empregados, subordinados ou prepostos (p. 264). O certo é que o Direito Administrativo utiliza, em alguns momentos, a teoria da responsabilidade por fatos alheios, admitindo, todavia, excludentes de responsabilidade. No direito repressivo administrativo, exige-se uma falta do agente, no mínimo uma negligência, sob pena de se consagrar responsabilidade objetiva. Mesmo a responsabilidade por fatos alheios não é, portanto, objetiva, nem pode basear-se em presunções incompatíveis com a garantia da culpabilidade. [Nota do original.]

possuam caráter punitivo. Nesse sentido, está de acordo com o Estado Democrático de Direito e com as normas da Constituição Federal de 1988 considerar que a Administração Pública deve observar os princípios do contraditório e da ampla defesa na condução de seus processos punitivos, dentre outros princípios tradicionais do Direito Penal, inclusive o princípio da pessoalidade da pena.

18. Ainda sobre o tema, considera-se relevante destacar algumas considerações de Rafael Munhoz de Mello¹⁴:

“Decorrência lógica e necessária da culpabilidade, o princípio da pessoalidade da sanção administrativa veda a imposição ou a transmissão da medida sancionadora a terceiros que não participaram da conduta típica.

(...)

O princípio da pessoalidade está expressamente previsto na Constituição Federal de 1998, que, em seu art. 5º, XLV, assegura que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado’. Não há no referido dispositivo constitucional qualquer elemento que indique estar sua aplicação limitada à esfera do direito penal, cabendo lembrar, ainda, que se trata de garantia constitucional individual, cuja interpretação deve ser a mais abrangente possível, por força do princípio da máxima efetividade.

(...)

Mas mesmo que nada dispusesse o texto constitucional, ainda assim teria aplicação no direito administrativo sancionador o princípio da pessoalidade da sanção, que nada mais é que um corolário lógico do princípio da culpabilidade. De fato, sendo aceito o princípio da culpabilidade em seu sentido mais evidente, que exige a atuação dolosa ou culposa como condição à imposição de sanção administrativa retributiva, não há como não aceitar a incidência do princípio da pessoalidade da sanção no direito administrativo sancionador. Se a sanção somente pode ser aplicada ao indivíduo que age com dolo ou culpa, a terceiro que não contribuiu com a ocorrência da infração – e, portanto, não agiu com dolo ou culpa – não pode ser imposta medida sancionadora. O terceiro que não participa da conduta típica é inocente, valendo relembrar a lição de José Cerezo Mir: ‘en su sentido más amplio, el término ‘culpabilidad’ se contrapone al de ‘inocencia’.¹⁵”

19. Portanto, como não há dúvidas sobre a aplicabilidade de alguns princípios constitucionais de Direito Penal no âmbito do Direito Administrativo Sancionatório, dentre os quais o princípio da pessoalidade da pena, passa-se a analisar a sua incidência em relação às pessoas jurídicas.

20. Para analisar a aplicação do princípio da pessoalidade da pena para as pessoas jurídicas, no âmbito administrativo, o Procurador do Banco Central José Luciano Jost de Moraes, em artigo publicado em revista jurídica¹⁶, propõe que seja analisada a finalidade pela qual a norma constitucional que prevê a pessoalidade da pena foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, discorre que o princípio foi previsto no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição do Império, de 1824, para acabar com cenário anterior no qual a pena era transmitida aos parentes do condenado. Destaca o autor, portanto, a íntima relação entre o princípio da pessoalidade da pena e as pessoas físicas.

14 MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1998. Páginas 194 a 196.

15 José Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, 1985, p. 79, apud Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., p. 339. [Nota do original.]

16 MORAES, José Luciano Jost. O princípio da pessoalidade da pena, a incorporação societária e o Direito Administrativo Sancionador. Revista de Direito Administrativo e Constitucional – RDAC, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jan. 2010.

21. Nesse sentido, defende o autor que os direitos e as garantias fundamentais apenas devem ser aplicados para as pessoas jurídicas se houver a adequação dos princípios à realidade das pessoas jurídicas. Discorre sobre o assunto da seguinte forma:

“Verifica-se, assim, que a pessoa jurídica não é destinatária de todos os direitos fundamentais, mas somente daqueles cuja violação venha a prejudicar a execução da sua finalidade institucional. Ou seja, sobressairá claro o direito à invocação da proteção constitucional sempre que ele se conectar com o exercício da atividade econômica da pessoa jurídica, o que sobreleva a importância do seu objeto social para fins de averiguação do direito fundamental cabível.”

22. Nessa linha, questiona-se então se a não aplicação do princípio da personalidade da pena para as pessoas jurídicas afetaria a sua missão institucional, o que acarreta uma resposta negativa. A pessoa jurídica é baseada em ficção, que é a personalidade jurídica. Sobre o assunto, segue trecho de doutrina de Direito Empresarial¹⁷:

“A principal consequência da personificação das sociedades é o reconhecimento da sociedade como sujeito de direitos, ou seja, como ente autônomo dotado de personalidade distinta da pessoa dos seus sócios e com patrimônio também autônomo, que não se confunde com o patrimônio dos sócios.”

23. A personificação vem então para favorecer o exercício da atividade comercial, mas não há qualquer violação da finalidade institucional da pessoa jurídica se a ela não for aplicado o princípio da personalidade, e a pena for suportada pela sociedade sucessora. Do contrário, se há continuidade da atividade empresarial pela sucessora de uma pessoa jurídica, não parece razoável juridicamente que os processos punitivos sejam encerrados apenas por causa da sucessão.

24. Nesse sentido, argumenta também José Luciano Jost de Moraes que o prosseguimento da atividade econômica pela pessoa jurídica sucessora evidencia a extinção apenas formal da sociedade e denota que inexistente o rompimento do vínculo social. No ponto, o autor cita Pontes de Miranda¹⁸, cujo excerto considera-se oportuno também para o presente parecer:

“Quer na transformação, quer na incorporação, quer na fusão, tal como as concebe o direito brasileiro, como tipos (sem que isso afaste outras manifestações da vontade diferentes), há a persistência do vínculo social. A finalidade da lei foi regular tais operações, sem solução de continuidade que abrisse abismo entre o ontem e o hoje. Na primeira espécie, só muda a forma, o tipo social; na segunda, há continuidade de forma e de vínculo social para uma das sociedades, vínculo social que cresceu, e a extinção de outra ou de outras sociedades, em virtude da absorção dessa, ou dessas; na terceira, os vínculos sociais se fazem em vínculo social único, que se insere na sociedade nova.”

25. Também com entendimento no sentido de que o princípio da personalidade da pena não se aplica para as pessoas jurídicas, segue trecho de artigo de Ubirajara Costódio Filho¹⁹:

¹⁷ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Curso de Direito Empresarial. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. Página 317.

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito privado. T. LI, p. 65. *Apud* MORAES, José Luciano Jost. *Op. cit.*

¹⁹ Costódio Filho, Ubirajara. Sanções administrativas e sucessão empresarial: o caso da Lei Anticorrupção. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6, p. 11-46, 2015.

“36. Levando em conta tudo quanto exposto até o momento, conclui-se que o princípio constitucional da intranscendência das penas, do inciso XLV do art. 5.º da CF/88, deve ser entendido com o significado de intranscendência de quaisquer sanções aplicáveis pelo Estado aos indivíduos, em processo administrativo ou judicial; mas não deve ser estendido às pessoas jurídicas. Explica-se.

37. Muito embora sejam aplicáveis às pessoas jurídicas vários dos dispositivos de direitos fundamentais arrolados no art. 5.º da CF/88²⁰, especificamente não parece seja esse o caso dos seus incisos XXXIX a XLVIII.

Isso porque a nítida intenção dos direitos fundamentais arrolados naqueles incisos é o da proteção da dignidade da pessoa humana, valor incompatível com a ideia de transferir sanções de um indivíduo a outro, que não praticou a infração.

E, analisado o princípio da intranscendência das penas à luz de sua origem e evolução histórica, desde sua inserção formal na primeira de nossas Constituições, a de 1824, a dignidade da pessoa humana dos herdeiros é o bem que se buscava proteger ao impedir que eles ‘herdassem’ sanções por ilícitos praticados pelo falecido. Esse dado histórico não pode ser desconsiderado. E a dignidade da pessoa humana, logicamente, não atinge pessoas jurídicas.

Além da ausência do valor da dignidade humana nas pessoas jurídicas, também cabe realçar outra circunstância fática a distinguir as situações de sucessão entre pessoas físicas daquelas envolvendo pessoas jurídicas: enquanto a sucessão entre pessoas físicas não comporta manipulações para burlar a lei (ninguém morre como estratégia para escapar de cumprir dada sanção e obter benefício pessoal ‘depois de morto’), na sucessão entre pessoas jurídicas seria muito fácil produzir tal manipulação, promovendo-se qualquer das formas de reestruturação societária extintiva de certa pessoa jurídica, com vistas a tornar inócua a aplicação de sanções impostas a ela, beneficiando-se os sócios mediante a criação de outra pessoa jurídica ‘sem restrições’, ‘limpa’, livre das sanções aplicadas à sucedida.

Ainda que essas situações de manipulação fraudulenta possam ser anuladas ou desconsideradas²¹, o risco de sua ocorrência serve de motivação para não se tratar, debaixo de regras iguais, a sucessão entre pessoas físicas e a sucessão entre pessoas jurídicas.”

26. Parece seguir essa linha de raciocínio o art. 4^o²² da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013²³ (chamada de Lei Anticorrupção), quando prescreve que “subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica

20 Nesse sentido, lecionam Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco em sua obra conjunta: “12. **TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.** Não resta dúvida de que todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais. Pode-se indagar, porém, se apenas as pessoas físicas protagonizam tais direitos. 12.1. **Direitos fundamentais e pessoa jurídica.** Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. Assim, não haveria por que recusar às pessoas jurídicas as consequências do princípio da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Há casos ainda de direitos conferidos diretamente à própria pessoa jurídica, tal o de não-interferência estatal no funcionamento de associações (art. 5.º, XVIII) e o de não serem elas compulsoriamente dissolvidas (art. 5.º, XIX). Garantias, porém, que dizem respeito à prisão (e.g., art. 5.º, LXI) têm as pessoas físicas como destinatárias exclusivas. Da mesma forma, não há estender, por óbvio, direitos políticos, como o de votar e o de ser eleito para cargo político, ou direitos sociais, como o de assistência social, a pessoas jurídicas.” In Curso de direito constitucional, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 271, destacou-se. [Nota do original.]

21 Entre outros “remédios legais” destinados a atacar os casos de sucessão entre pessoas jurídicas com intuito fraudulento, pode-se citar a chamada “desconsideração expansiva da personalidade jurídica”, por meio da qual a Administração Pública estende a outra pessoa jurídica as sanções aplicadas a certa pessoa jurídica infratora. A propósito, entre outros, sugere-se o exame, na jurisprudência do STF, da decisão proferida no MS 32494 MC, de relatoria do Min. CELSO DE MELLO, j. em 11/11/2013. [Nota do original.]

22 “Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. § 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados. § 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.”

23 De ementa: “Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.”

na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária” – corroborando a tese de que o princípio da pessoalidade da pena é aplicável apenas para as pessoas físicas.

27. Nota-se que, a despeito dos razoáveis argumentos em sentido contrário veiculados nas manifestações jurídicas da PGBC acima referidas, há fundamento para sustentar a não aplicação, no âmbito do PAS, do princípio da pessoalidade da pena às pessoas jurídicas, sendo possível que as pessoas jurídicas sucessoras venham a ser responsabilizadas pelas infrações perpetradas pelas pessoas jurídicas sucedidas.

28. Alinhando-nos a essa tese, parece-nos, aliás, que a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, à proteção ao exercício da livre iniciativa e à liberdade econômica, recomendariam o tratamento da matéria no âmbito do BCB de forma semelhante à planejada pelo legislador na supracitada Lei nº 12.846, de 2013.

29. De acordo com o § 1º do art. 4º da Lei nº 12.846, de 2013, nas hipóteses de fusão e incorporação, situações nas quais a pessoa jurídica que praticou a infração deixa de existir, “a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido”, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas na Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

30. De forma similar, na esfera dos PAS do BCB, não se afigura razoável, em razão dos atos jurídicos da fusão ou da incorporação, aplicar penas restritivas de direito a pessoa jurídica diversa da infratora. A impossibilidade de se estabelecer limites às penas restritivas de direito acarretaria a sua aplicação irrestrita às atividades econômicas da sociedade incorporadora ou da resultante da fusão, ferindo os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da livre iniciativa e da liberdade econômica (imaginem-se, por exemplo, a aplicação das penas de proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação, ou de cassação de autorização para funcionamento).

31. Por outro lado, tal fato não ocorre com a penalidade de multa, uma vez que, por sua natureza, atinge apenas o patrimônio da sociedade, não sendo impeditivo ao livre exercício da atividade econômica. Entretanto, entendo que se deve proceder à sua limitação ao montante do patrimônio transferido, de forma similar ao delimitado, pelo legislador, na Lei Anticorrupção.

32. Feitos esses esclarecimentos, saliento que, conforme relatado acima, a Circular nº 3.857, de 2017, sucedida pela Resolução BCB nº 131, de 2021, **com fundamento nos precedentes destacados nesta manifestação jurídica**, estabeleceu a seguinte regra para os processos administrativos punitivos no âmbito do BCB:

“Art. 4º No caso de sucessão de pessoa jurídica autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil, o processo administrativo sancionador não será instaurado em relação à pessoa jurídica sucessora, quando se tratar de irregularidade anterior à reorganização, salvo se verificada a ocorrência de fraude ou simulação.”

33. Note-se que a regulamentação vigente contraria a orientação defendida na presente manifestação jurídica, razão pela qual se recomenda a sua alteração, com a edição de norma que evidencie que, ainda que ocorra sucessão da pessoa jurídica, o processo administrativo sancionador

será instaurado ou, se já instaurado, a ele será dada continuidade, recaindo a penalidade eventualmente aplicada sobre a pessoa jurídica sucessora, limitada a sanção à pena de multa nos casos de fusão e incorporação.

34. Por conseguinte e em linha com o texto da Lei Anticorrupção, propõe-se a seguinte redação para o tema na Resolução do BCB:

“Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica por irregularidades administrativas cometidas antes da alteração contratual, da transformação, da incorporação, da fusão ou da cisão societária.

Parágrafo único. Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à pena de multa, limitada ao montante do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas na Lei nº 13.506, de 2017, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.”

35. No mais, como o PAS, no âmbito do BCB, não alude a reparação de dano, não cabe tratar do limite de reparação do dano causado, como o fez a Lei Anticorrupção.

36. Por fim, cabe rememorar que o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) chegou a acolher, em sua jurisprudência²⁴, a tese da “transferência qualificada” como excludente de responsabilização de instituição sucessora, quando identificados os seguintes elementos de cofatorialidade: (i) início do processo administrativo após a transferência do controle acionário; (ii) interesse direto do Banco Central do Brasil na transferência do controle, como protagonista da operação, com a finalidade de saneamento e manutenção da higidez do Sistema Financeiro Nacional; e (iii) inexistência de má-fé. Tal tese, no entanto, se apoiava em operações realizadas ao amparo de regras legais específicas, voltadas a permitir o saneamento do SFN, em cenário de crise, por meio de operações societárias que viabilizassem a continuidade das operações da instituição ou que mitigassem, para seus clientes e para o sistema como um todo, os efeitos da quebra. Trata-se, assim, de situações muito especiais, que em nada infirmam as conclusões alcançadas neste parecer sobre a inaplicabilidade, às pessoas jurídicas, do princípio da pessoalidade da pena.

37. Ademais, cumpre esclarecer que as regras previstas nos arts. 227²⁵, 228²⁶ e 229, §1º²⁷, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das S.A.), – que determinam que a sociedade sucessora responda por obrigações da sucedida – não se aplicam ao âmbito do PAS, ao contrário do defendido na Cota 2003/612/DEJUR/PRCPA e na Nota-Jurídica PGBC-1417/2008. Tais normas tratam de obrigações civis, as quais, em virtude da peculiar natureza de tais obrigações, obviamente não incidem sobre penalidades aplicadas em PAS. A possibilidade de aplicação de penalidade à instituição sucessora decorre, repita-se, da não incidência, quanto às pessoas jurídicas, do princípio da pessoalidade da pena, não dos dispositivos da Lei das S.A.

²⁴ Vide, entre outros, o Recurso 13507, julgado na 389ª Sessão, relativo ao Processo 10372.000563/2016-07.

²⁵ “Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.
(...)”

²⁶ “Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.
(...)”

²⁷ “Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.”

38. Acrescenta-se que, caso se trate de pena pecuniária e já tenha ocorrido, no momento da sucessão, o trânsito em julgado administrativo da decisão condenatória, também nessa hipótese a pena deve ser exigida da pessoa jurídica sucessora, pelos mesmos fundamentos apresentados no presente parecer.

39. Por fim, registre-se que a presente manifestação jurídica não se sujeita a restrição de acesso (art. 3º, § 1º, da Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018).

CONCLUSÃO

40. Diante do exposto, conclui-se que o princípio da pessoalidade da pena aplica-se, no âmbito dos processos administrativos sancionadores, apenas às pessoas físicas. Em se tratando de irregularidade cometida por pessoa jurídica sucedida, a eventual responsabilização e a consequente sanção poderão recair sobre a pessoa jurídica sucessora, em qualquer fase processual, devendo se limitar, nos casos de fusão e incorporação, à penalidade de multa, até o limite do montante do patrimônio transferido, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

41. Em razão de tal entendimento, recomenda-se a alteração do art. 4º da Resolução BCB nº 131, de 2021, na forma proposta no parágrafo 34 do presente Parecer.

42. Ademais, deve ser revisto o entendimento fixado nas seguintes manifestações jurídicas: Parecer 2002/47/Dejur/Gabin, Cota 2004/331/Dejur/PRCON, Nota-Jurídica PGBC-334/2007 e Nota-Jurídica 3442/2013-BCB/PGBC. Deve, também, ser revista parcialmente a Nota-Jurídica PGBC-1417/2008, apenas no ponto em que fundamenta a responsabilização da sociedade sucessora com base nos arts. 227, 228 e 229, § 1º, da Lei nº 6.404, de 1976, uma vez que tais normas tratam de responsabilidade por obrigações civis. Por fim, a interpretação alcançada no Parecer Jurídico 409/2015-BCB/PGBC deve ficar restrita a aplicação de penalidades às pessoas físicas, observando-se, no que diz respeito à aplicação de penalidades a pessoas jurídicas, o entendimento externado na presente manifestação.

43. Registra-se a possibilidade de acesso público ou ostensivo da presente manifestação, nos termos do art. 2º, inciso I, da Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018.

À sua consideração.

FERNANDA QUINTAS VASCONCELOS

Procuradora do Banco Central

Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)

OAB/PE 26.783

De acordo.

À Sra. Subprocuradora-Geral titular da Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCiPG), em razão da matéria.

MÁRCIO RAFAEL SILVA LAEBER
Subprocurador-Chefe do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)
OAB/DF 13.413

(Seguem despachos.)

Verifica-se que a regulamentação vigente, a despeito da divergência de teses jurídicas mencionadas, para aplicação de penalidades nas situações de sucessão empresarial, adota a possibilidade de sancionar a sucessora, afastando o princípio da pessoalidade da pena para as pessoas jurídicas. No entanto, por disposição normativa expressa, o regulador não vem instaurando processo punitivo caso a infração tenha ocorrido antes da reorganização societária, excepcionando os casos de fraude ou simulação. A motivação nesses casos é a vigência de tese jurídica razoável, acolhida em precedentes da PGBC, afirmando a aplicação do princípio da pessoalidade da pena às pessoas jurídicas.

2. A presente manifestação recomenda, contudo, considerando a aplicação dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica, que seja uniformizado o tratamento para instauração de processos sancionadores nas reorganizações societárias, respondendo sempre a sucessora por penalidade de multa, considerando seu caráter patrimonial, limitada ao patrimônio transferido, quando inexistir simulação ou fraude. As demais penalidades restritivas de direitos seriam afastadas por colidirem com o livre exercício da atividade econômica.

Concordo com a recomendação de alteração regulamentar pelas razões declinadas na manifestação jurídica.

Ao Sr. Procurador-Geral-Adjunto.

WALKYRIA DE PAULA RIBEIRO DE OLIVEIRA
Subprocuradora-Geral do Banco Central
Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCiPG)
OAB/DF 10.000

Aprovo o escorreito pronunciamento legal, que, revisitando os precedentes desta Procuradoria-Geral e considerando a doutrina especializada, conclui pela não aplicação do princípio da pessoalidade da pena aos processos administrativos sancionadores conduzidos pelo Banco Central em relação às pessoas jurídicas, de modo que se afigura possível responsabilizar e apenar as instituições sucessoras, em linha com a previsão do art. 4º da Lei nº 12.846, de 2013.

2. Endosso, assim, as recomendações de alteração do art. 4º da Resolução BCB nº 131, de 2021, e de fixação de orientação uniforme, no âmbito da Procuradoria-Geral, sobre a possibilidade de responsabilização administrativa de pessoa jurídica sucessora, com anotação da nova conclusão nos precedentes deste órgão jurídico, na forma sugerida no parágrafo 42 do parecer.

3. Além disso, recomendo que a instauração de processos administrativos sancionadores contra pessoa jurídica sucessora por irregularidades cometidas pela pessoa jurídica sucedida seja realizada apenas quando já estiver em vigor a nova redação proposta para o art. 4º da Resolução BCB nº 131, de 2021. Evita-se, com isso, que o Banco Central atue em desconformidade com a disciplina por ele mesmo baixada e, por conseguinte, assegura-se o respeito ao princípio da boa-fé objetiva, que deve sempre nortear a relação entre Administração e administrado.

4. Ressalto, por fim, que a atuação do Banco Central até o presente momento, tanto na esfera regulatória quanto no âmbito sancionador, esteve amparada em razoável orientação jurídica, acolhida de forma expressa em precedentes da Procuradoria-Geral citados neste parecer. Assim, aprovada a tese ora proposta e modificado o texto do art. 4º da Resolução nº 131, de 2021, afirmo, com base no art. 24 do Decreto-Lei nº 4.675, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)²⁸, que permanecerão hígidas e legítimas as medidas tomadas com base na orientação em vigor à época de sua concretização.

Ao Procurador-Geral.

LUCAS ALVES FREIRE

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central
Seção de Consultoria e Representação Extrajudicial (PGA-1)
OAB/MG 102.089

Aprovo, proclamando a revogação do Parecer 2002/47/Dejur/Gabin, da Cota 2004/331/Dejur/PRCON, da Nota-Jurídica PGBC-334/2007 e da Nota-Jurídica 3442/2013-BCB/PGBC e a revisão parcial da Nota-Jurídica PGBC-1417/2008, nos termos indicados neste pronunciamento.

²⁸ “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.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.”

Encaminhem-se os autos preliminarmente à Gepla, para que promova as anotações pertinentes nas manifestações citadas, indo, em seguida, ao Diretor de Organização do Sistema Financeiro e de Resolução.

CRISTIANO COZER
Procurador-Geral do Banco Central
OAB/DF 16.400 – Matrícula 2.191.156-8

Para avaliar esta resposta a sua consulta, clique no link abaixo:

<https://home.intranet.bcb.gov.br/colab/pesquisapgbc/Lists/PesquisaPGBCB/newform.aspx>

Parecer 79/2023-BCB/PGBC

Parecer que analisa a competência do Banco Central do Brasil (BCB) sobre o ouro, exclusivamente sob a ótica da Lei nº 7.766, de 11 de maio de 1989.

Danilo Takasaki Carvalho

Procurador do Banco Central

Diana Loureiro Maciel de Moura

Procuradora-Chefe do Banco Central

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Subprocuradora-Geral do Banco Central

Lucas Alves Freire

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

Cristiano Cozer

Procurador-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 79/2023-BCB/PGBC
PE 224661

Rio de Janeiro, 31 de janeiro de 2023.

Ementa: Consulta do Diretor de Relacionamento, Cidadania e Supervisão de Conduta (Direc). Competência do Banco Central sobre operações com ouro. Dúvidas sobre a aplicabilidade da Lei nº 7.766, de 11 de maio de 1989, às atividades sob responsabilidade do Banco Central. A definição de ouro ativo financeiro ou instrumento cambial, presente no art. 1º da Lei nº 7.766, de 1989, é histórica e funcionalmente vinculada a finalidades tributárias e é irrelevante para a delimitação da competência do Banco Central sobre o ouro. Revogação tácita do art. 2º da Lei nº 7.766, de 1989, pelos arts. 39 e 41 da Lei nº 12.844, de 2013. Impossibilidade de o Banco Central conceder autorização a cooperativas ou associações de garimpeiros para realizarem a primeira aquisição de ouro oriundo de garimpo. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971 (Lei Geral das Cooperativas). Operações praticadas entre as cooperativas e seus associados são atos cooperativos e não constituem operações de mercado nem contratos de compra e venda de produto ou mercadoria. Possibilidade de as cooperativas de garimpeiros adquirirem o ouro de seus associados e vendê-lo às instituições autorizadas pelo Banco Central, em consonância com o art. 39 da Lei nº 12.844, de 2013. Pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso.

Senhora Procuradora-Chefe,

ASSUNTO

Trata-se de consulta do Diretor de Relacionamento, Cidadania e Supervisão de Conduta (Direc), encaminhada via e-mail de sua então Chefe de Gabinete (doc. 1), que visa a obter da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) opinião jurídica sobre a competência do Banco Central do Brasil (BCB) sobre o ouro, exclusivamente sob a ótica da Lei nº 7.766, de 11 de maio de 1989.

2. O contexto que envolve a consulta compreende recorrentes notícias de problemas, conflitos e atos ilícitos relativos à extração e comercialização do ouro no País, especialmente em garimpos situados na região amazônica. A gravidade dessas notícias tem levado à mobilização de autoridades públicas dos diferentes poderes, incluindo o BCB, a fim de buscar soluções para os problemas e conflitos, bem como a cessação dos atos ilícitos.

3. A consulta foi formulada na oportunidade em que o BCB elaborava sua resposta à Recomendação nº 4, de 7 de junho de 2021-GAB/PRM/ITB, da Procuradoria da República no Município de Itaituba (PA). No documento, o órgão do Ministério Público Federal (MPF) faz considerações sobre conflitos e irregularidades relativas à extração de ouro de terras indígenas, sobre sua comercialização no País e no exterior e sobre o papel de órgãos e entidades públicas e privadas, incluindo o BCB, expedindo-lhes recomendações.

4. No Parecer Jurídico 402/2021-BCB/PGBC, de 1º de julho de 2021,¹ examinam-se as alegações e recomendações feitas pelo MPF na referida Recomendação nº 4, de 2021, à luz da legislação aplicável ao ouro e ao mercado financeiro, incluindo a Lei nº 7.766, de 1989, e a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

5. Nessa manifestação, chega-se à conclusão de que a competência legal do BCB diz respeito às operações financeiras envolvendo o ouro, isto é, às operações privativas das instituições financeiras, na forma do disposto na Lei nº 4.595, de 1964. Afirma-se também, especificamente sobre as alegações e recomendações do MPF, que o **BCB não tem competência legal** sobre atividades de comercialização de ouro em áreas de garimpo (ou com permissão de lavra garimpeira - PLG, objeto da recomendação do MPF), ainda que a primeira aquisição seja realizada por instituição autorizada pelo BCB.

6. Tendo em vista o objeto da Recomendação nº 4, de 2021, do MPF, o exame realizado no Parecer Jurídico 402/2021-BCB/PGBC não tem como foco principal o disposto na Lei nº 7.766, de 1989, pois é diminuta sua relevância para o deslinde das questões jurídicas presentes naquele caso. A menção à lei dá-se apenas em suporte da tese principal do parecer, segundo a qual o BCB não tem competência para supervisionar a atividade de compra e venda de ouro em garimpos. A aparente atribuição de competência ao BCB para conceder autorização a cooperativas e associações de garimpeiros para realizar a primeira aquisição de ouro e revendê-lo ao próprio BCB ou a instituição integrante do sistema financeiro nacional (SFN), nos termos do art. 2º da Lei nº 7.766, de 1989, não equivaleria à atribuição de competência à autarquia para supervisionar a atividade de compra e venda de ouro em garimpos.²

7. Na presente consulta, o deslocamento do foco para o disposto na Lei nº 7.766, de 1989, requer outra abordagem e outras linhas de pesquisa jurídica. Assim é que, além de pesquisa histórica sobre a edição da referida lei, realizou-se extensa pesquisa em precedentes da PGBC sobre o tema, em precedentes judiciais, bem como em atos normativos e decisões de autoridades tributárias.

APRECIÇÃO

8. A dúvida do Direc diz respeito à competência do BCB sobre o ouro, exclusivamente sob a ótica da Lei nº 7.766, de 11 de maio de 1989, conforme exposto no parágrafo inaugural deste parecer.

9. A melhor técnica jurídica recomenda que os atos normativos não sejam interpretados isoladamente, pois o sistema jurídico é uno, ainda que formado por partes, ou microsistemas, que entre si apresentam maior ou menor afinidade ou que se conectam ou se sobrepõem com maior ou menor intensidade. Como leciona Eros Roberto Grau, o texto jurídico, a letra da lei, por assim dizer, não se confunde com a norma jurídica, comando de dever-ser que resulta da **interpretação**

¹ Da lavra do Procurador Danilo Takasaki Carvalho, com despachos do Procurador-Chefe Alexandre Forte Maia e da Subprocuradora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira.

² Eis o que diz o Parecer Jurídico 402/2021-BCB/PGBC especificamente sobre o assunto: *“Embora atribua ao Banco Central a competência para conceder autorização a associações e cooperativas de garimpeiros para realizar a primeira aquisição de ouro e revendê-lo ao próprio BCB ou a instituição integrante do sistema financeiro nacional, o [art. 2º da Lei nº 7.766, de 1989] não atribui à Autarquia a competência para supervisionar a atividade de compra e venda de ouro em garimpos. Além disso, segundo informações fornecidas pela área técnica do BCB, nenhuma associação ou cooperativa da espécie conta com autorização da Autarquia para realizar as referidas operações com ouro.”*

do texto normativo e, como resultado de um ato de interpretação, é formado e informado por outros elementos, incluindo outros textos normativos.³

10. Dessa maneira, o que se propõe neste parecer é uma abordagem com maior foco no disposto na Lei nº 7.766, de 1989, sem desconsiderar outros atos normativos que com ela interajam e sejam importantes para sua precisa compreensão, sabendo-se que o que essa investigação busca descobrir é se a referida lei contém normas jurídicas que atribuem competência ao BCB sobre o ouro.

I – Contexto histórico da Lei nº 7.766, de 1989, e a definição de ouro ativo financeiro ou instrumento cambial

11. A edição da Lei nº 7.766, de 1989, está intimamente relacionada à inauguração do **sistema tributário** criado com a **Constituição de 1988**. Anteriormente à Carta de 1988, incidia sobre as operações com minerais, incluindo o ouro e outros metais preciosos, o Imposto Único sobre Minerais (IUM). Com a Constituição, o IUM deixa de existir, passando as operações com minerais em geral a serem tributadas pelo Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)⁴ e pela Contribuição Financeira pela Exploração Mineral (CFEM)⁵.

12. Relativamente ao **ouro**, o sistema tributário inaugurado com a Constituição de 1988 estabelece que, além da CFEM, sofrerá incidência apenas do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF) a operação de origem com o ouro que atenda à **definição legal de ouro ativo financeiro ou instrumento cambial**.

13. Em 1989, a fim de dar cumprimento à nova ordem tributária constitucional, o Presidente da República submeteu ao Congresso Nacional o projeto de lei que “dispõe sobre o ouro, ativo financeiro, e sobre seu tratamento tributário”, proposição recebida na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei (PL) nº 1.516, de 1989.

14. Na Exposição de Motivos (EM) nº 38, de 17 de fevereiro de 1989, o Ministro de Estado da Fazenda (MF) apresenta as razões para o PL nº 1.516, de 1989, deixando claro que os objetivos centrais do projeto se referem à tributação das operações com ouro, seja pela criação da definição de ouro ativo financeiro ou instrumento cambial, o que faria atrair o regime de incidência única e exclusiva do IOF, previsto no art. 153, § 5º, da Constituição, seja pela definição dos demais elementos da norma tributária (fato gerador, base de cálculo, alíquota, contribuinte, data de vencimento e local de recolhimento) e das obrigações acessórias, como o preenchimento de notas fiscais e documentos, ou, ainda, pela não exclusão dos ganhos de capital oriundos de operações com ouro ativo financeiro da base de cálculo do imposto sobre a renda.

3 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. III.

4 Art. 155, II, da Constituição:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;”

5 Art. 20, § 1º, da Constituição:

“§ 1º É assegurada, nos termos da lei, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.”

15. A **definição de ouro ativo financeiro ou instrumento cambial**, presente na Lei nº 7.766, de 1989, é **histórica e funcionalmente vinculada ao regime tributário** da exploração mineral do País inaugurado com a Constituição de 1988. Serve ela ao propósito de permitir que, sobre a primeira aquisição do ouro ativo financeiro ou instrumento cambial, e somente sobre a primeira, incida apenas o IOF, conforme prescrito pelo art. 153, § 5º, da Constituição, impedindo-se a incidência do ICMS em qualquer transação com o metal assim qualificado.⁶

16. Conquanto a investigação aprofundada das razões para o tratamento diferenciado do ouro destinado ao mercado financeiro não se inclua nos propósitos deste parecer, é útil, a título de ilustração, discorrer brevemente sobre o assunto.

17. A exclusividade da incidência do IOF sobre o ouro ativo financeiro ou instrumento cambial visa a manter, apenas para o ouro assim caracterizado, regime equivalente ao anterior, no qual ocorria a incidência tributária única e exclusiva do IUM. Depreende-se dos Anais da Assembleia Constituinte⁷ que a importância de se manter esse regime está relacionada à prevenção do contrabando de ouro, especialmente para países vizinhos (Uruguai e Paraguai).⁸ Caso o ouro destinado ao mercado financeiro ficasse sujeito ao ICMS, à alíquota de cerca de 22% (vinte e dois por cento), e não apenas ao IOF, à alíquota de 1% (um por cento), o ônus tributário criaria incentivo adicional para os contrabandistas levarem o metal de forma ilegal para países que não tributam essas transações.⁹

18. De maneira geral, em grande parte dos países, especialmente aqueles com mercados financeiros desenvolvidos, o ouro recebe tratamento tributário específico, diferente até de outros metais preciosos. Na União Europeia, por exemplo, as operações com “ouro para investimento” são isentas do Imposto sobre Valor Acrescentado (IVA).¹⁰

19. É razoável supor que, em se tratando do metal que representava o padrão de conversibilidade das moedas (padrão-ouro) de muitos países até o advento do sistema Bretton Woods¹¹ e que ainda é utilizado como reserva cambial, participando de volumosas transações financeiras, principalmente com a finalidade de investimento ou reserva de valor, é natural que os países busquem assegurar ao

6 Há precedentes da Procuradoria-Geral que se pronunciam no mesmo sentido defendido até aqui, no presente tópico. Por todos, cf. o Parecer Dejur 466, de 14 de setembro de 1993, emitido pelo Procurador Edmar Gomes Machado, com despacho do Procurador-Chefe Ailton Cesar dos Santos.

7 Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/ct_abertura.asp>. Acesso em: 31 jan. 2023.

8 V. relato da fala do Presidente da Comissão de Redação da Assembleia Constituinte, Ulysses Guimarães:

“O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – Aliás, gostaria de trazer um depoimento. Fui procurado, na ocasião da redação originária, anterior, pelo Presidente do Banco Central. S.ª tinha grande receio de que essa tributação, principalmente a do ICM, pudesse ensejar contrabando. Contrabando para o Uruguai, que ele especificava, Paraguai etc. Criar-se-ia, pois, um atrativo muito grande com esse ‘devido’. Gostaria de trazer esse depoimento, porque isso chegou a meu conhecimento. Falei a este respeito com o Sr. Relator.” BRASIL. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte* (Suplemento “B”), p. 64. Disponível em: <[senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf)>. Acesso em: 31 jan. 2023.

9 V. trecho do relato da fala do Constituinte Cardoso Alves, em sessão da Comissão da Ordem Econômica:

“O SR. CONSTITUINTE CARDOSO ALVES: [...] O Brasil produz oitenta toneladas de ouro. Ele gasta cinquenta toneladas no mercado interno e depois importa mais trinta toneladas de ouro, porque trinta são contrabandeadas. Por quê? Porque o preço do ouro no Brasil é US\$ 14.790,00 o quilo; quem compra um quilo de ouro no Brasil transforma estes US\$ 14.790,00 em aproximadamente Cz\$ 450.000,00, sobre eles recaem 22,05% de imposto. Mas, se alguém pegar um quilo de ouro e negociar aqui com a Bolsa do Uruguai e fizer este ouro chegar lá – Uruguai é perto e é de onde importamos – venderá esse ouro por US\$ 14.790,00, só que ao invés de transformar o dólar ao preço oficial, transforma o dólar ao preço do mercado negro e sem o imposto, e obtendo aproximadamente Cz\$ 620.000,00 por quilo de ouro contra Cz\$ 450.000,00 vendido aqui. [...]”. BRASIL. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte* (Suplemento), p. 72. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/6_Comissao_Da_Ordem_Economica.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2023.

10 V. arts. 344º a 356º da Directiva 2006/112/CE do Conselho de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado (JO L 347 de 11.12.2006, p. 1), disponível em: <<http://data.europa.eu/eli/dir/2006/112/oj>>. Acesso em: 31 jan. 2023.

11 Sobre o sistema Bretton Woods, sistema monetário internacional resultante dos acordos feitos na Conferência de Bretton Woods em 1944, cf. DATHEIN, Ricardo. Sistema Monetário Internacional e Globalização Financeira nos Sessenta Anos de Bretton Woods. In: *Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política*, n. 16, jun. 2005, p. 51-73. Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Economia Política.

ouro tratamento tributário similar ou equivalente ao dos demais ativos financeiros, com destaque para as moedas. Daí por que faz sentido adotar-se a isenção tributária completa ou, no caso do Brasil, a exclusividade da incidência tributária na origem. Regimes tributários diferentes teriam, potencialmente, efeitos prejudiciais à liquidez do mercado financeiro de ouro, com problemas para a correta formação de preços, por exemplo, o que, ao final, contribuiria para o agravamento do contrabando do ouro.¹²

II – A definição legal do ouro ativo financeiro ou instrumento cambial e a competência do Banco Central

20. Conforme o exposto acima, a definição legal do ouro ativo financeiro ou instrumento cambial, expressa na Lei nº 7.766, de 1989, é relevante **para fins tributários**, a saber, a exclusividade da incidência do IOF somente na operação de origem e, por consequência, a imunidade à incidência de outros impostos, com destaque para o ICMS, nas operações com o ouro assim qualificado.

21. Para fins da delimitação do **âmbito de competência do BCB**, por outro lado, a referida definição parece ser **irrelevante**. Encontrando-se dentro do contexto do Direito Tributário, a definição compõe o chamado “fato gerador” do tributo ou a “hipótese de incidência tributária”, isto é, a descrição hipotética de um evento que, caso ocorra e seja transcrito em linguagem competente,¹³ dá origem à obrigação tributária.

22. No presente caso, trata-se da incidência do IOF. A hipótese de incidência desse tributo tem como **critério material** o ato de uma instituição autorizada, integrante do SFN, adquirir o ouro qualificado como ativo financeiro ou instrumento cambial (v. art. 8º da Lei nº 7.766, de 1989). Como **critério temporal**, tem-se que a incidência ocorre no momento da primeira aquisição do ouro e, como **critério espacial**, pode-se afirmar que a incidência do IOF se dá no Município de origem do ouro.

23. Bem, mas não se trata de qualquer ouro, aquele, sujeito exclusivamente ao IOF. O ouro tem características específicas para fazer jus ao regime tributário diferenciado. Para esse efeito, entram os elementos da definição do ouro ativo financeiro ou instrumento cambial, presente no art. 1º da Lei nº 7.766, de 1989, *verbis*:

“Art. 1º O ouro em qualquer estado de pureza, em bruto ou refinado, quando destinado ao mercado financeiro ou à execução da política cambial do País, em operações realizadas com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, na forma e condições autorizadas pelo Banco Central do Brasil, será desde a extração, inclusive, considerado ativo financeiro ou instrumento cambial.”

24. Para fins didáticos e de análise, pode-se separar a definição nos seguintes elementos:

- 1) Objeto: o metal ouro, independentemente de seu estado de pureza (em bruto ou refinado), desde sua extração, inclusive;

¹² V. nota de rodapé nº 6, acima.

¹³ Exemplos de transcrição em linguagem competente é a declaração de ajuste do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, o preenchimento de um formulário destinado ao Fisco, com as informações sobre uma transação econômica, e a lavratura de um auto de infração pelo fiscal da autoridade tributária.

- 2) Finalidade: destinação do metal ao mercado financeiro ou à execução da política cambial do País;¹⁴ e
- 3) Forma: a destinação se dá mediante operações realizadas com a interveniência de instituições integrantes do SFN, na forma e condições autorizadas pelo BCB.

25. Veja-se, primeiramente, quanto ao objeto, que as características estipuladas para o ouro não remetem àquelas que tradicionalmente tornam o metal capaz de ser objeto de transações financeiras. Causa estranheza, portanto, a classificação do ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial “desde a extração” ou “em estado bruto”, tal qual o faz o art. 1º da Lei nº 7.766, de 1989. Afinal, conhecimentos basilares sobre o funcionamento do mercado financeiro revelam que o ouro bruto, recém extraído da terra, não tem as características necessárias para ser transacionado no mercado financeiro e, assim, tornar-se verdadeiramente um ativo financeiro.¹⁵ O mesmo raciocínio vale para o mercado cambial.

26. Então por que teria a lei atribuído ao ouro bruto, recém extraído da terra, a possibilidade de ser considerado ativo financeiro ou instrumento cambial? A resposta, repise-se, está no Direito Tributário, não no Direito Bancário ou no Direito do Mercado Financeiro. É necessário que se

¹⁴ Quanto à finalidade, inúmeras são as decisões, respostas a consultas tributárias, protocolos e convênios do ICMS etc. que, ao se debruçarem sobre operações com ouro (inclusive o ouro oriundo de garimpo) não destinado ao mercado financeiro, sujeitam-nas ao ICMS. Cf. o Convênio ICMS 82/19, de 5 de julho de 2019, que autoriza o Estado do Pará a conceder isenção do ICMS incidente na primeira saída interna com ouro, realizadas por garimpeiros (Publicado no D.O.U. de 9.7.19, pelo Despacho 45/19), a Resposta à Consulta Tributária 18472/2018, de 21 de setembro de 2019, da Secretaria de Estado de Fazenda de São Paulo, e a Informação nº 119/2018 – GILT/SUNOR (resposta a consulta tributária), de 31 de outubro de 2018, da Secretaria de Estado de Fazenda do Mato Grosso.

Vale acrescentar que o ouro pode migrar de um regime tributário para o outro, conforme deixe de ser destinado ao mercado financeiro. Sobre isso, vale conferir trecho do voto do Min. Carlos Velloso, relator do RE 190363-RS, caso que virou paradigma sobre a tributação das operações com ouro pelo IOF:

“Em estado natural, ou industrializado, o ouro está sujeito, nas operações mercantis, ao ICMS. Todavia, se utilizado com ativo financeiro, estará o ouro sujeito ao IOF. (C.F., art. 153, § 5º, art. 155, § 2º, X, c). Desaparecida essa condição - utilização como ativo financeiro - submeter-se-á ao ICMS, nas operações mercantis. (José Alfredo Borges, “As operações com Ouro e o regime Jurídico da Repartição da Receita do ICMS ao Município”, in Ver. Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual - Minas Geral”, 13/9).

Com propriedade, pois, escreveu o então Juiz Ari Pargendler, no voto que embasa o acórdão recorrido, que “a destinação do ouro o identifica como mercadoria ou como ativo financeiro. A entrada do ouro no mercado financeiro e sua permanência nele lhe asseguram esse regime vantajoso: o de ser tributado uma só vez (monofasicamente) e de modo exclusivo (unicamente) pelo Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro Relativo a Títulos e Valores Mobiliários.” (RE 190363, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/1998, DJ 12-06-1998 PP-00066 EMENT VOL-01914-03 PP-00617 RTJ VOL-00166-02 PP-00624).

Essa capacidade do ouro de migrar entre regimes tributários conforme sua destinação (mercado financeiro x indústria/comércio) também é demonstrada em inúmeros acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). As instituições financeiras que adquirem o ouro para destiná-lo ao mercado financeiro podem vendê-lo a terceiro que, por sua vez, dê destinação comercial ou industrial ao ouro. Deste momento em diante, as transações realizadas pelo terceiro passam a seguir o regime tributário comum da atividade comercial (ICMS, IPI, PIS, COFINS etc.). Cf. a título de exemplo, o Acórdão nº 3401-010.073, de 23/11/2021 (Relator Conselheiro Ronaldo Souza Dias, acolhido por maioria); o Acórdão n.º 3301-004.675 de 23/05/18 (Relatora Conselheira Liziane Angelotti Meira Nessa, acolhido por maioria); e o Acórdão n.º 3402-005.581 de 25/09/18 (Relator Conselheiro Pedro Sousa Bispo, acolhido por maioria).

¹⁵ Ativos financeiros são, em grande medida, contratos que asseguram direitos aos seus titulares. Mesmo objetos físicos como o ouro, outros metais (prata, platina etc.) e as diversas commodities (soja, milho, café), quando se tornam ativos financeiros e são negociados em mercado pelas instituições integrantes do sistema financeiro, raramente envolvem a entrega do bem físico ao comprador (a liquidação física é feita por intermédio de movimentação nos registros da instituição custodiante). O que se transacionam são direitos sobre os bens, direitos esses que são apoiados em uma rede de contratos, que vai da instituição custodiante do bem, aquela que realmente lida com o bem físico, até o titular dos direitos sobre o bem, passando por instituições intermediadoras (bancos, corretoras, distribuidoras etc.), bolsas de mercadorias, entre outras. Ativos financeiros requerem uniformidade e padronização a fim de que os investidores possam ter parâmetros objetivos para negociá-los. Com isso, os preços dos ativos tendem a refletir, com a maior precisão possível, a relação de oferta e demanda sobre eles. Quando os bens têm características intrínsecas, que os tornam únicos ou de difícil comparação com os demais de sua classe (por exemplo, objetos de antiguidade), sua negociação em mercado fica restrita, pois sua avaliação passa a demandar a verificação de características individuais de cada bem, que podem influenciar em seu preço.

No caso do ouro, o mercado brasileiro e o mercado internacional trabalham com um “[l]ote padrão de 249,75 gramas de ouro fino contido, correspondente a um lingote de 250 gramas, com teor de pureza de 999,0 partes de ouro fino para cada 1.000 partes de metal.” (cf. BOLSA DE MERCADORIAS & FUTUROS (BM&F). **Especificações do contrato disponível padrão de ouro de 250 gramas**. São Paulo: B3. Disponível em: <<https://www.b3.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8AA8D09754177C090154EA66BE785428>>. Acesso em: 31 jan. 2023.). Tome-se um lingote de 250 gramas de ouro impuro, e os investidores deverão inspecionar o lingote individualmente para determinar qual seu valor, em comparação com o preço do lingote padronizado. Em outras palavras, um lingote de ouro impuro não é próprio para negociação como ativo financeiro.

atribua ao ouro bruto a qualificação de ativo financeiro ou instrumento cambial para que se atraia o regime constitucional do § 5º do art. 153, fazendo com que a norma tributária incida única e exclusivamente na primeira aquisição do metal, assim imunizando todas as transações e movimentações subsequentes que se mostrem necessárias para que o ouro realmente possa ingressar em operações financeiras, com as características e a qualidade aceitas pelo mercado.

27. Se assim não o fosse, todas as transações com o ouro desde sua extração, passando por intermediários diversos até seu refino e padronização para torná-lo apto a ser objeto de transações financeiras, atrairiam a incidência de outros tributos, notadamente o ICMS.

28. Essa interpretação se confirma do ponto de vista histórico, conforme se depreende da justificção da Emenda nº 2 ao PL 1.516, de 1989, que propôs a inclusão da palavra “extração”, para que “*não restem dúvidas acerca da não incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre operações com ouro ativo financeiro a fim de inviabilizar o mercado.*”¹⁶

29. Avançando na análise da definição do art. 1º da Lei nº 7.766, de 1989, vê-se que aquele ouro, independentemente do estado de pureza em que se encontra, deve ser destinado (finalidade) ao mercado financeiro ou à política cambial mediante (forma) operações realizadas com a interveniência de instituições integrantes do SFN, na forma e condições autorizadas pelo BCB.

30. Neste ponto, a Lei nº 7.766, de 1989, busca assegurar que o ouro objeto das transações que sofrerão incidência exclusiva do IOF seja aquele efetivamente ingressado no sistema financeiro. E isso se faz de duas maneiras, cumulativamente: atribuindo-se um destino ou finalidade¹⁷ para o ouro (mercado financeiro ou política cambial) e obrigando o envolvimento das instituições integrantes do SFN, que devem participar da transação com o metal.

31. Como visto acima, a definição do ouro ativo financeiro ou instrumento cambial está umbilicalmente ligada à hipótese de incidência do IOF, cujo critério material é a aquisição do metal por instituição autorizada, integrante do SFN. Ora, a aquisição dá-se precisamente por meio das “*operações realizadas com interveniência de instituições integrantes do SFN*”, conforme mencionado no art. 1º da Lei nº 7.766, de 1989.

32. O dispositivo legal também menciona que a interveniência das instituições integrantes do SFN dá-se “*na forma e condições autorizadas pelo Banco Central do Brasil*”, o que remete à regulamentação e à autorização usual da autarquia para que instituições pratiquem operações com ouro. Sobre este ponto, esclareço que não me parece plausível a interpretação de que a cláusula “*na forma e condições autorizadas pelo Banco Central do Brasil*”, presente no art. 1º da Lei nº 7.766, de 1989, esteja a atribuir ao BCB poder normativo extraordinário ou específico sobre o ouro ativo financeiro ou instrumento cambial. Isso porque, conforme já salientado em diversas passagens acima, trata-se de um dispositivo legal de natureza tributária e com finalidade tributária. Mais do que isso, admitir-se que o BCB teria um poder normativo específico sobre esse assunto, oriundo da Lei nº 7.766, de 1989, equivaleria a admitir-se que o BCB teria passado a ter poder normativo sobre tema tributário, sendo capaz de modificar o núcleo de uma norma tributária, haja vista a **intrínseca conexão** entre a **definição do**

¹⁶ BRASIL. Diário do Congresso Nacional. Ano XLIV, nº 10, 2 mar. 1989, Seção I, p. 570.

¹⁷ Sobre a finalidade, cf. o exposto na nota-de-rodapé nº 12, acima.

ouro ativo financeiro ou instrumento cambial e o **critério material** da hipótese de incidência do IOF. Como dito, a plausibilidade dessa interpretação é **diminuta**, especialmente quando contrastada com a interpretação segundo a qual a forma e as condições autorizadas pelo BCB são a regulamentação e a autorização usualmente praticada pela autarquia para que instituições realizem operações com ouro.

33. Assim é que a definição do ouro ativo financeiro ou instrumento cambial, presente no art. 1º da Lei nº 7.766, de 1989, conquanto seja muito importante para a configuração da **hipótese de incidência do IOF** e, em seu texto, faça referência à competência do BCB, **não inova** em relação a essa última, sendo, portanto, **irrelevante para a delimitação da competência da autoridade monetária**.

III – Primeira aquisição de ouro proveniente de garimpo por instituição autorizada pelo BCB a operar com ouro: revogação tácita do art. 2º da Lei nº 7.766, de 1989, pelo art. 39 da Lei nº 12.844, de 19 de julho de 2013.

34. Outro dispositivo da Lei nº 7.766, de 1989, merece detida atenção para os fins deste parecer, pois também faz referência expressa ao BCB. Trata-se do art. 2º, *verbis*:

“Art. 2º Para os efeitos desta Lei, as cooperativas ou associações de garimpeiros, desde que regularmente constituídas, serão autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operarem com ouro.

Parágrafo único. As operações com ouro, facultadas às cooperativas ou associações de garimpeiros, restringem-se, exclusivamente, à sua compra na origem e à venda ao Banco Central do Brasil, ou à instituição por ele autorizada.”

35. Em primeira leitura, o texto do art. 2º e seu parágrafo único parece atribuir ao BCB a competência para conceder autorização a associações e cooperativas de garimpeiros para realizar a primeira aquisição de ouro e revendê-lo ao próprio BCB ou a instituição integrante do SFN. Essa, a leitura registrada no Parecer Jurídico 402/2021-BCB/PGBC, conforme relatado no parágrafo 6, acima.¹⁸

36. Contudo, quando lido em conjunto com legislação mais recente sobre a extração de ouro de garimpos, o dispositivo parece ter perdido força normativa. A Lei nº 12.844, de 19 de julho de 2013, que, dentre outros assuntos, regula a compra, venda e transporte de ouro produzido em áreas de garimpo autorizadas pelo Poder Público federal, dispõe, em seu art. 39, que a **primeira aquisição** de ouro proveniente de **garimpos** deve ser feita por **instituição autorizada pelo BCB** a realizar a compra do ouro, *verbis*:

¹⁸ Embora essa leitura não estivesse incorreta antes do advento da Lei nº 12.844, de 2013 (v. Parecer Dejur 389, de 31 de julho de 2001, emitido pelo Procurador Oacy Campelo Lima Júnior, com despacho do Procurador-Chefe César Cardoso), a área técnica informa que não há registro de processo de autorização de cooperativa de garimpeiro para operar com ouro ativo financeiro, conforme demonstra o Parecer Jurídico 862/2021-BCB/PGBC, de 17 de dezembro de 2021 (emitido pelo Procurador André Ubaldo Roldão e aprovado pela Subprocuradora-Geral do Banco Central, substituta, Eliane Coelho Mendonça). Nos bancos de dados de precedentes da Procuradoria-Geral, além do Parecer Jurídico 862/2021-BCB/PGBC, encontrei apenas um relato de pedido de autorização para operar com ouro formulado por cooperativa de garimpeiros. Assim como naquele caso, o Parecer Dejur 35, de 22 de janeiro de 1993 (emitido pelo Procurador Sebastião de Lucena Sarmento, com despachos do Procurador-Chefe Carlos Eduardo da Silva Monteiro e do Subprocurador-Geral, em exercício, Ailton Cesar dos Santos), aprecia pedido de autorização que não se limita à compra de ouro na origem para venda a instituição financeira, mas pleiteia a realização atividades múltiplas com o ouro, o que configuraria, no entender dos pareceristas, operações privativas de instituições financeiras, na forma do disposto na Lei nº 4.595, de 1964.

“Art. 39. A prova da regularidade da primeira aquisição de ouro produzido sob qualquer regime de aproveitamento será feita com base em:

I - nota fiscal emitida por cooperativa ou, no caso de pessoa física, recibo de venda e declaração de origem do ouro emitido pelo vendedor identificando a área de lavra, o Estado ou Distrito Federal e o Município de origem do ouro, o número do processo administrativo no órgão gestor de recursos minerais e o número do título autorizativo de extração; e

II - nota fiscal de aquisição emitida pela instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil a realizar a compra do ouro.”

37. Na mesma linha, o art. 41 da Lei nº 12.844, de 2013,¹⁹ deixa expresso para quem o garimpeiro, seus parceiros, os membros da cadeia produtiva e os respectivos mandatários podem vender o ouro: para a instituição legalmente autorizada a realizar a compra.

38. O significado da expressão “instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil a realizar a compra do ouro” é central para a compreensão das normas mencionadas acima. Tratemos dela primeiro, antes de averiguar o significado da menção à cooperativa como contraparte vendedora do ouro, no art. 39, inciso I, da Lei nº 12.844, de 2013. Ambas, não obstante, são importantes para compreender a força normativa do art. 2º da Lei nº 7.766, de 1993.

39. Nos Pareceres Jurídicos 916/2019-BCB/PGBC²⁰ e 402/2021-BCB/PGBC, a Procuradoria-Geral se manifestou sobre o primeiro ponto, afirmando que a referência à “instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil a realizar a compra do ouro”, presente no art. 39 da Lei nº 12.844, de 2013, diz respeito às instituições pertencentes às categorias autorizadas em resoluções do Conselho Monetário Nacional (CMN) a operar com ouro. Veja-se excerto do Parecer Jurídico 916/2019-BCB/PGBC:

“15. E é com essas lentes que, a meu ver, se deve ler o art. 39 da Lei nº 12.844, de 2013, quando estabelece que a primeira aquisição do ouro, seja qual for o regime de aproveitamento no qual ele foi produzido, deve ser feita por “instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil a realizar a compra do ouro”. Não está essa lei a criar competência para a Autarquia sobre o mercado de mineração, mas apenas a reconhecer, a recepcionar as instituições que tenham sido autorizadas pelo Banco Central a operar com ouro como legitimadas a efetuar a primeira aquisição do metal. Conforme catalogado pelo Denor (v. § 15 do doc. 8), algumas categorias de instituições foram autorizadas a operar com ouro por meio de resoluções do CMN.²¹ É às instituições integrantes dessas categorias que a lei minerária faz referência.”

19 “Art. 41. O garimpeiro, em qualquer modalidade de trabalho prevista no art. 4º da Lei nº 11.685, de 2 de junho de 2008, os seus parceiros, os membros da cadeia produtiva e os respectivos mandatários com poderes especiais têm direito à comercialização do ouro diretamente com instituição legalmente autorizada a realizar a compra.”

20 Emitido em 30 de dezembro de 2019 pelo Procurador Danilo Takasaki Carvalho, com despachos do Procurador Chefe Alexandre Forte Maia e da Subprocuradora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira.

21 Nos termos da Nota 199/2019-BCB/DENOR: “15. [...] Atualmente, estão autorizadas a operar no mercado físico de ouro, sem restrição de área, os bancos comerciais, os bancos de investimento, as sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários (item I da Resolução nº 1.428, de 15 de dezembro de 1987; e art. 1º, § 2º, inciso I, da Resolução nº 2.624, de 29 de julho de 1999), os bancos múltiplos (art. 7º, caput e § 1º, do Anexo I à Resolução nº 2.099, de 17 de agosto de 1994) e as sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários (art. 2º, inciso XII, do Regulamento Anexo à Resolução nº 1.120, de 4 de abril de 1986).”

40. Essa interpretação é compatível com a opinião da Procuradoria-Federal junto à Agência Nacional de Mineração (PF-ANM).²² No Despacho nº 01611/2017/PF-DNPM-SEDE/PGF/AGU, que aprova o Parecer 215/2017/PF-DNPM-SEDE/PGF/AGU, para além de reafirmar a tese de que o art. 39 da Lei nº 12.844, de 2013, tornou a primeira aquisição do ouro de garimpo exclusividade de instituições autorizadas pelo BCB a realizar a compra do ouro, a PF-ANM, por meio de seu Procurador-Chefe, identifica essas instituições às distribuidoras de títulos e valores mobiliários (DTVMs), expressando, com o uso da metonímia, que as instituições referidas na Lei nº 12.844, de 2013, são as instituições autorizadas a funcionar pelo BCB e que porventura tenham autorização para operar com ouro.²³

41. Interpretação semelhante é realizada pelo MPF, conforme se extrai da obra “Mineração ilegal de ouro na Amazônia: marcos jurídicos e questões controversas”.²⁴ Nas passagens que comentam os arts. 38 e 39 da Lei nº 12.844, de 2013, os autores recorrem frequentemente ao uso da sigla DTVM quando se referem a “*instituição legalmente autorizada*” ou a “*instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil*” no contexto da mencionada lei.²⁵

42. É corrente, portanto, para os juristas dedicados ao Direito Minerário e às questões que envolvem o ouro extraído de garimpos, que a Lei nº 12.844, de 2013, tornou a primeira aquisição desse ouro exclusividade das instituições autorizadas pelo BCB e que essas instituições são aquelas **autorizadas a funcionar pelo BCB, no uso de sua competência legal**, que tenham sido **autorizadas a operar com ouro**.

43. E faz sentido que seja assim. Um dos objetivos dos arts. 37 a 42 da Lei nº 12.844, de 2013, dispositivos que tratam da compra, venda e transporte de ouro produzido em áreas de garimpo, é assegurar melhores condições de controle aos órgãos de fiscalização.²⁶ Sabendo-se que na ponta vendedora o controle é deveras complicado, dada a multiplicidade de atores componentes da cadeia produtiva do ouro, é razoável que se busque concentrar a ponta compradora em entidades supervisionadas por alguma autoridade pública. O pressuposto seria que essas entidades, por sofrerem o controle da autoridade pública, estariam em melhores condições para cumprir as obrigações de coleta e registro de informações dos vendedores e da origem do ouro, o que facilitaria o controle sobre esse mercado. No presente caso, as entidades escolhidas foram as instituições autorizadas a funcionar pelo BCB.

22 A Agência Nacional de Mineração (ANM), autarquia vinculada ao Ministério de Minas e Energia (MME) e responsável, entre outras coisas, pela regulação e a fiscalização das atividades para o aproveitamento dos recursos minerais no País, sucedeu o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), extinto pela Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017.

23 Em reuniões com as áreas técnicas do Banco Central, foi relatado que, atualmente, apenas DTVMs atuam na compra de ouro de garimpo. A presença exclusiva das DTVMs nesse mercado poderia justificar o uso da metonímia pelo Procurador-Chefe da PF-ANM.

24 BRASIL. Ministério Público Federal. 4ª Câmara de Coordenação e Revisão. Mineração ilegal de ouro na Amazônia: marcos jurídicos e questões controversas. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11549/204922>>. Acesso em: 31 jan. 2023.

25 Idem, ibidem. p. 92, 95, 96, 97 e 99.

26 Cf. trecho do parecer da Comissão Mista que apreciou a Medida Provisória (MPV) nº 610, de 2013 (posteriormente convertida na Lei nº 12.844, de 2013), que afirma o seguinte sobre os arts. 37 a 42 do Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 17, de 2013:

“Estamos dispondo sobre a compra, venda e transporte do ouro produzido em áreas de garimpo autorizadas pelo Poder Público Federal. As Leis nºs 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, e 11.685, de 11 de junho de 2008 (Estatuto do Garimpeiro), se consolidaram como importantes instrumentos para o combate da extração mineral não autorizada. Entretanto, no caso particular do ouro garimpável, é importante regulamentar procedimentos operacionais de transporte e compra para atribuir segurança jurídica aos agentes da cadeia produtiva e melhores condições de controle aos órgãos de fiscalização. Isso tudo levando-se em consideração usos e costumes do setor e ainda o que define o Estatuto do Garimpeiro.” (Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=n0eotmaotf3coejc8e9xbpioe8k8026749.nodeo?codteor=1107987&filename=Tramitacao-MPV+610/2013>. Acesso em: 31 jan. 2023.)

44. Uma vez que as cooperativas e associações de garimpeiros não se enquadram nas categorias de instituições autorizadas a funcionar pelo BCB, ficaram elas proibidas de realizar a primeira aquisição do ouro proveniente de garimpo, após o advento da Lei nº 12.844, de 2013. Isso significa que essa lei revogou tacitamente o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 7.766, de 1989, pois a permissão ali concedida era precisamente para que as cooperativas e associações realizassem a primeira aquisição do metal.

45. Ora, uma vez revogada a permissão do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 7.766, de 1989, torna-se **insubsistente** a competência conferida ao BCB, pelo *caput* do artigo, para conceder autorização às cooperativas e associações de garimpeiros para operar com ouro. Se a única operação passível de ser praticada por essas entidades seria a primeira aquisição do ouro de garimpo, **nula** seria eventual autorização concedida pelo BCB, pois seu objeto passou a ser **ilícito** desde a entrada em vigor da Lei nº 12.844, de 2013.

46. Mas se a Lei nº 12.844, de 2013, só queria instituições autorizadas a funcionar pelo BCB com autorização para operar com ouro como primeiras adquirentes do metal extraído de garimpos, por que o art. 39, inciso I, desse diploma legal menciona as **cooperativas** na **ponta vendedora** da transação comercial com o ouro?

47. Os autores da obra do MPF mencionada acima²⁷ parecem trabalhar com a hipótese de que não haveria contradição entre o monopólio das DTVM (instituições autorizadas pelo BCB a comprar ouro) na realização da primeira aquisição do ouro, segundo a Lei nº 12.844, de 2013, e a possibilidade de cooperativas ou associações de garimpeiros adquirirem o ouro na origem para venda ao BCB ou à instituição por ele autorizada, admitida na Lei nº 7.766, de 1989. A premissa utilizada, embora não expressamente revelada, pelos autores da monografia para justificar a aparente antinomia é que a restrição na destinação do ouro (venda compulsória a DTVMs dentro da região aurífera) tornaria legítima a participação das cooperativas, assim como de outros agentes da cadeia de produção, na aquisição do metal antes mesmo da instituição autorizada pelo BCB. Percebe-se, na obra, a comparação das cooperativas com os membros da cadeia produtiva, isto é, “os agentes que atuam em atividades auxiliares do garimpo, tais como piloto de avião, comerciantes de suprimentos ao garimpo, fornecedores de óleo combustível, equipamentos e outros agentes”, nos termos da definição trazida pelo § 3º do art. 38 da Lei nº 12.844, de 2013. Uma vez que o art. 41²⁸ dessa lei concede aos referidos membros da cadeia produtiva o direito de comercializar o ouro diretamente com a instituição legalmente autorizada a realizar a compra, a comparação supostamente feita na monografia do MPF levaria a crer que as cooperativas também teriam esse direito.

48. A interpretação do MPF me parece equivocada, pois a premissa na qual se baseia parece ser falsa. A premissa seria que o art. 41 da Lei nº 12.844, de 2013, teria autorizado o **comércio indiscriminado** do ouro proveniente de garimpo entre as pessoas ali nominadas (garimpeiro, seus parceiros, membros da cadeia produtiva e respectivos mandatários), desde que, ao fim, o último

27 V. nota de rodapé nº 14.

28 “Art. 41. O garimpeiro, em qualquer modalidade de trabalho prevista no art. 4º da Lei nº 11.685, de 2 de junho de 2008, os seus parceiros, os membros da cadeia produtiva e os respectivos mandatários com poderes especiais têm direito à comercialização do ouro diretamente com instituição legalmente autorizada a realizar a compra.”

adquirente conduzisse o ouro a uma instituição autorizada pelo BCB a operar com ouro, para que esta realizasse a “primeira aquisição”.²⁹

49. Essa interpretação não condiz com o que a própria Lei nº 12.844, de 2013, estabelece no art. 38 e seus parágrafos, isto é, que a participação de parceiros, membros da cadeia produtiva e seus mandatários dá-se no **transporte** do ouro, dentro da circunscrição da região aurífera produtora, **até uma instituição legalmente autorizada** a realizar a compra. **Em nenhum momento** a lei permite a **negociação** do metal **entre essas pessoas**, apenas seu **transporte** por elas, para negociação, aí sim, com a instituição autorizada pelo BCB. Em outras palavras, o que a lei permite é que o transportador efetue a venda do ouro à instituição autorizada pelo BCB, de forma alguma admitindo ou presumindo a venda pelo garimpeiro ao transportador.

50. Em que condição, portanto, a cooperativa apareceria como vendedora do ouro, para que fosse capaz de emitir a nota fiscal de venda, prevista no inciso I do art. 39 da Lei nº 12.844, de 2013? A resposta para essa pergunta, parece-me, passa pela compreensão do funcionamento das cooperativas e da legislação a elas atinente, com destaque para a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971 (Lei Geral das Cooperativas).³⁰

51. Segundo o disposto no art. 79 da Lei nº 5.764, de 1971,³¹ os atos praticados entre as cooperativas e seus associados são chamados atos cooperativos e não constituem operações de mercado nem contratos de compra e venda de produto ou mercadoria. Em virtude dessa qualificação jurídica peculiar das cooperativas, o recebimento, pela cooperativa, do ouro do garimpeiro **não constitui aquisição** do metal. Com isso, a venda, pela cooperativa,³² à DTVM (= instituição autorizada pelo BCB), realizada ao amparo do art. 39 da Lei nº 12.844, de 2013, preserva a prerrogativa da instituição financeira de realizar a primeira aquisição do ouro proveniente de garimpo.

²⁹ Veja-se o que diz, sobre esse ponto, a publicação do MPF:

“A premissa mais importante é a de que até que seja vendido para uma instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil (DTVM) a realizar a compra do ouro proveniente de “garimpo”, o minério não pode ser transportado para fora da região aurífera produtora. Extrai-se essa conclusão do supratranscrito parágrafo 2º do art. 38 da Lei nº 12.844/2013, pelo que a cadeia de comércio local e os sucessivos transportes do metal decorrentes ou não dessa mercancia não ficam restritos à mesma região geográfica coberta pela província geológica.

Faz sentido que seja assim, pois a realidade social mostra que, apesar do curso forçado da moeda, vários produtos e serviços são efetivamente cotados em gramas de ouro nas regiões “garimpeiras”. Ao permitir que cooperativas e pessoas físicas pudessem ser os primeiros adquirentes do ouro proveniente de área de “garimpo”, é como se a lei tivesse feito uma concessão à regra da vedação do curso forçado da moeda.

Nota-se, aliás, que a lei em comento praticamente igualou as figuras do transportador de ouro e do primeiro adquirente pessoa física ou cooperativa. Se para transitar com o metal o transportador precisa portar documento autorizativo de transporte lavrado pelo titular do direito minerário, o nome do portador, o número do título autorizativo, sua localização e o período de validade da autorização de transporte, a cooperativa ou a pessoa física adquirentes precisam apresentar, respectivamente, nota fiscal ou recibo de venda, além de ambas deverem consignar, num ou noutro, a declaração do vendedor atestando a origem do ouro e identificando a área de lavra, o número do processo administrativo na ANM e o número do título autorizativo de extração (título minerário). Tanto o transportador quanto o primeiro comprador não DTVM (que muitas vezes se confundem na prática) precisam manter o ouro proveniente de garimpo dentro da região aurífera, a menos que transacionem com uma DTVM.” (BRASIL, 2020, pp. 95-96).

³⁰ De ementa: “Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências.”

³¹ “Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.”

³² Veja-se, nos arts. 82 e 83 da Lei nº 5.764, de 1971, normas sobre as cooperativas que se dedicam a vendas em comum, bem como os efeitos jurídicos da entrega da produção do associado à cooperativa:

“Art. 82. A cooperativa que se dedicar a vendas em comum poderá registrar-se como armazém geral, podendo também desenvolver as atividades previstas na Lei nº 9.973, de 29 de maio de 2000, e nessa condição expedir Conhecimento de Depósito, Warrant, Certificado de Depósito Agropecuário - CDA e Warrant Agropecuário - WA para os produtos de seus associados conservados em seus armazéns, próprios ou arrendados, sem prejuízo da emissão de outros títulos decorrentes de suas atividades normais, aplicando-se, no que couber, a legislação específica. [...]

Art. 83. A entrega da produção do associado à sua cooperativa significa a outorga a esta de plenos poderes para a sua livre disposição, inclusive para gravá-la e dá-la em garantia de operações de crédito realizadas pela sociedade, salvo se, tendo em vista os usos e costumes relativos à comercialização de determinados produtos, sendo de interesse do produtor, os estatutos dispuserem de outro modo.”

52. Veja-se que a interpretação do art. 39, inciso I, da Lei nº 12.844, de 2013, pelas lentes da Lei Geral das Cooperativas também conversa amigavelmente com a interpretação do art. 2º da Lei nº 7.766, de 1989, feita acima. A primeira aquisição do ouro de garimpo não é mais permitida às cooperativas e associações de garimpeiros, por efeito do art. 39 da Lei nº 12.844, de 2013. Esse dispositivo, não obstante, **não proibiu** que as cooperativas pratiquem **atos cooperativos** com seus associados, recebendo o ouro e vendendo-o, posteriormente, às DTVM. **Ato cooperativo não é compra e venda.** O que ficou proibido, logicamente, é a compra de ouro de **garimpeiros não associados**.

53. Em verdade, uma vez que a Lei nº 5.764, de 1971, já se encontrava em vigor quando a Lei nº 7.766, de 1989, foi publicada, pode-se argumentar que, para a prática de **ato cooperativo** com seus associados, as cooperativas de garimpeiros nunca precisaram da autorização do BCB, prevista no art. 2º da Lei nº 7.766, de 1989. O artigo não dispõe sobre isso; a prática de **ato cooperativo não é operação com ouro.** Relativamente às cooperativas, portanto, o art. 2º da Lei nº 7.766, de 1989, trata apenas da **aquisição perante garimpeiros não associados.** Essa, a permissão revogada pela Lei nº 12.844, de 2013.

54. Quanto às associações de garimpeiros, não havendo para elas algo semelhante ao ato cooperativo, tanto as operações com ouro de associados como as com ouro de não associados são contratos de compra e venda e foram fulminadas pela Lei nº 12.844, de 2013.

55. Para os fins da Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018, do Procurador-Geral do Banco Central, registro que esta manifestação é ostensiva, não sujeita a restrição de acesso.

CONCLUSÃO

56. Ante o exposto, em resposta à consulta do Direc acerca da competência do BCB sobre o ouro, sob a ótica da Lei nº 7.766, de 11 de maio de 1989, pode-se concluir que:

- a) a definição de ouro ativo financeiro ou instrumento cambial, presente na Lei nº 7.766, de 1989, é histórica e funcionalmente vinculada ao regime tributário da exploração mineral do País inaugurado com a Constituição de 1988;
- b) a definição legal do ouro ativo financeiro ou instrumento cambial, expressa na Lei nº 7.766, de 1989, é relevante **para fins tributários**, na qualidade de elemento central do critério material da hipótese de incidência tributária (fato gerador) do IOF;
- c) como tal, a definição legal do ouro ativo financeiro ou instrumento cambial é **irrelevante para a delimitação da competência do BCB**;
- d) a Lei nº 12.844, de 2013, tornou a primeira aquisição de ouro de garimpo exclusiva de **instituições autorizadas a funcionar pelo BCB** que tenham sido **autorizadas a operar com ouro**;
- e) essa exclusividade revogou o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 7.766, de 1989, pois as associações e cooperativas de garimpeiros não são instituições autorizadas a funcionar pelo BCB;

- f) a revogação do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 7.766, de 1989, tornou insubsistente o disposto no *caput* desse dispositivo, impedindo que o BCB conceda às referidas associações e cooperativas autorização para operar com ouro;
- g) quanto às cooperativas, permanece lícito que elas pratiquem atos cooperativos com os garimpeiros a elas associados, recebendo o ouro, para subseqüente venda a instituição autorizada pelo BCB.

Em decorrência dessas conclusões, especialmente a que se refere à revogação tácita do art. 2º da Lei nº 7.766, de 1993, propõe-se que sejam feitas anotações nos registros do Parecer Dejur 389, de 31 de julho de 2001, do Parecer Jurídico 402/2021-BCB/PGBC e do Parecer Jurídico 862/2021-BCB/PGBC, a fim de que futuras pesquisas indiquem aos interessados a existência de nova interpretação do dispositivo.

À sua consideração.

DANILO TAKASAKI CARVALHO

Procurador do Banco Central

Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR)

OAB/RJ 225.070

De acordo com a exaustiva e detalhada análise realizada.

À Sra. Subprocuradora-Geral titular da Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCrPG), em razão da matéria.

DIANA LOUREIRO MACIEL DE MOURA

Procuradora-Chefe do Banco Central

Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR)

OAB/AL 8.074

De acordo.

Ao Procurador-Geral Adjunto.

WALKYRIA DE PAULA RIBEIRO DE OLIVEIRA
Subprocuradora-Geral do Banco Central
Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCiPG)
OAB/DF 10.000

(Seguem despachos.)

Aprovo o judicioso pronunciamento legal.

Ao Procurador-Geral.

LUCAS ALVES FREIRE
Procurador-Geral Adjunto do Banco Central
Seção de Consultoria e Representação Extrajudicial (PGA-1)
OAB/MG 102.089

Aprovo o percuciente parecer jurídico.

No exercício da atribuição veiculada no art. 32, inciso X, do Regimento Interno, adoto o vertente pronunciamento como orientação jurídica de caráter vinculante, na esfera do Banco Central do Brasil.

À Gepla, para promover as devidas anotações nos registros do Parecer Dejur 389, de 31 de julho de 2001, e do Parecer Jurídico 862/2021-BCB/PGBC.

Em seguida, ao Diretor Relacionamento, Cidadania e Supervisão de Conduta (Direc).

CRISTIANO COZER
Procurador-Geral do Banco Central
OAB/DF 16.400 – Matrícula 2.191.156-8

Para avaliar esta resposta a sua consulta, clique no link abaixo:

<https://home.intranet.bcb.gov.br/colab/pesquisapgbc/Lists/PesquisaPGBCB/newform.aspx>

Parecer 385/2023-BCB/PGBC

Parecer que examina juridicamente a atuação do usualmente denominado “administrador de fato” de instituição supervisionada pelo Banco Central do Brasil (BCB), com o escopo de traçar orientações gerais para a consequente persecução sancionatória, no âmbito administrativo.

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 385/2023-BCB/PGBC
S/ Proc

São Paulo, 3 de abril de 2023.

Ementa: Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP). Exame jurídico sobre a atuação do usualmente denominado “administrador de fato” de instituição supervisionada pelo Banco Central do Brasil (BCB), com o escopo de traçar orientações gerais para a consequente persecução sancionatória, no âmbito administrativo. Processo Administrativo Sancionador (PAS). Tipicidade. Análise sobre as possíveis capitulações das condutas das pessoas físicas e jurídica, com base no art. 3º da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. 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

O presente exame jurídico, de iniciativa desta Procuradoria Especializada, volta-se à atuação do usualmente denominado “administrador de fato” de instituição supervisionada pelo Banco Central do Brasil (BCB), de modo a traçar orientações gerais para a consequente persecução sancionatória, no âmbito administrativo.

2. Para fins dessa análise, considera-se três hipóteses fáticas de atuação como administrador de fato: (i) mandatário que extrapola os poderes estabelecidos em procuração e age efetivamente como administrador da instituição; (ii) indivíduo que ingressa na administração da instituição (após eleição ou nomeação, por exemplo), sem a prévia autorização do BCB; e (iii) administrador inabilitado que permanece indevidamente no cargo, após a imposição da sanção¹. Observa-se que as pessoas físicas que praticarem essas condutas podem ser enquadradas no amplo conceito de administrador de fato², já que participariam da gestão na instituição, sem ostentar legitimamente a condição de administrador.

3. Cabe examinar, com base no art. 3º da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, as possíveis capitulações das condutas dessas pessoas físicas (se incidem ou não no mesmo tipo administrativo sancionador), bem como a da pessoa jurídica na qual aqueles indivíduos exerçam indevidamente o cargo de administrador. Além disso, deve-se analisar a possibilidade jurídica de responsabilização dos demais administradores da instituição, que porventura se omitam perante a atuação indevida do administrador de fato.

¹ A análise deste último ponto abrangerá, também, a hipótese em que o inabilitado não atua como administrador de instituição supervisionada pelo Banco Central, no momento da imposição da sanção de inabilitação (situação endereçada pelo art. 62 da Resolução BCB nº 131, de 20 de agosto de 2021), mas ingressa na administração durante o prazo de cumprimento da penalidade.

² O Parecer Jurídico PGBC-161, de 21 de junho de 2006, em linha com precedentes da PGBC, apresenta tal conceito ao afirmar que “o administrador de fato é aquele que administra uma sociedade sem estar, legal e formalmente, investido de poderes para tal. Trata-se, em linguagem vulgar, de um gestor que gerencia a sociedade “por fora” e, por essa razão, a prova de sua atuação nem sempre é fácil de ser produzida, havendo que se valer o intérprete, no mais das vezes, somente da prova indiciária, desde que robusta e consistente, porquanto a prova direta é, quase sempre, muito difícil de ser colhida”.

4. É o necessário relatório. Passa-se à análise jurídica.

APRECIÇÃO

1 - Responsabilização da pessoa física que exerce indevidamente o cargo de administrador de instituição supervisionada (administrador de fato):

5. O art. 3º, inciso VI, da Lei nº 13.506, de 2017, estabelece como infração administrativa “*atuar como administrador ou membro de órgão previsto no estatuto ou no contrato social das pessoas mencionadas no caput do art. 2º desta Lei sem a prévia aprovação pelo Banco Central do Brasil*” (grifos inautênticos). O tipo objetivo é, portanto, o exercício das funções de administrador ou membro de órgão societário, sem que o BCB tenha expedido a autorização exigida por lei para o exercício do cargo.

6. Os casos de (i) mandatário que extrapola os poderes estabelecidos em procuração e age como administrador da instituição³ e (ii) de indivíduo que ingressa na administração da instituição, sem a prévia autorização do BCB, constituem condutas que se enquadrariam na ação qualificada (atuar sem prévia aprovação) que compõe o tipo objetivo do inciso VI do art. 3º. Nas duas hipóteses, há a presença dos elementos constitutivos do tipo, em especial a burla à exigência legal de obtenção da autorização do supervisor, anteriormente ao exercício do cargo societário.

7. É pertinente destacar que, no âmbito penal⁴, compreende-se que a tipicidade depende da perfeita adequação entre a conduta concreta e o tipo, e se a conduta for apenas similar ao verbo núcleo do tipo, haveria uma conduta atípica. Esse posicionamento parece nortear, também, o Direito Administrativo Sancionador, vide a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, no sentido de que “*a configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita de maneira suficientemente clara, para não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável, a fim de que, de um lado, o administrador possa estar perfeitamente ciente da conduta que terá de evitar ou que terá de praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que dita incursão, quando ocorrente, seja objetivamente reconhecível*”.

8. Quanto aos casos em que o administrador inabilitado permanece indevidamente no cargo, após a sanção, entende-se que o enquadramento de tal conduta, no inciso VI do art. 3º, não seria o juridicamente mais adequado, ainda que esse dispositivo legal possa ser considerado um tipo aberto.

3 Sobre essa hipótese, vale citar trechos dos seguintes precedentes:

- Parecer DEJUR-289/87:

“Ademais, a própria outorga de mandato de forma ampla atesta a intenção de constituir novos administradores, ao arrempio da lei, uma vez que a teor do parágrafo único do art. 144 da Lei 6.404, de 15.12.76, deverão ser ‘especificados no instrumento os atos ou operações que poderão (os procuradores) praticar’ e tal especificação, evidentemente há de ser restrita a atos executáveis sob a supervisão da sociedade.”

- Parecer PGBC 706/2000, de 28 de setembro de 2000:

“É atualmente pacífico o entendimento de que aquele que, embora não sendo administrador de direito, tem o poder de mando na sociedade, e o exerce, agindo como se fosse o administrador, cujo nome deveria ter sido submetido à prévia aprovação da autarquia, é passível de sofrer as sanções decorrentes de sua conduta como administrador de fato.”

- Parecer Jurídico 504/2021-BCB/PGBC, de 12 de agosto de 2021:

“Consoante os precedentes desta PGBC, a administração de fato significa a prática de atos de administração sem obediência às formalidades legais – que, no caso de instituições financeiras, incluiriam a aprovação do nome do administrador por parte desta autarquia.”

4 “Tipicidade é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei” (Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2004, p. 115). Essa perfeita adequação seria uma exigência do princípio da legalidade e que não poderia ser mitigada, por se tratar de direito fundamental (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal).

5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 882.

9. Há precedentes desta Procuradoria-Geral que elucidam que “a decisão inabilitadora tem eficácia preponderantemente constitutiva negativa, operando uma mudança automática e radical na esfera jurídica do destinatário, porquanto vai à base e **retira pro tempore o direito que tem de, preenchidos os requisitos legais e regulamentares, exercer as funções de administrador em instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil**”⁶. Portanto, durante o período da sanção de inabilitação, não haveria a possibilidade de submissão de pedido de autorização pelo apenado e da consequente aprovação desse pleito pelo BCB, elemento que qualifica a ação descrita no inciso VI do art. 3º. Nessa perspectiva, seria possível compreender que não há uma perfeita adequação da conduta do administrador inabilitado que permanece no cargo à infração do inciso VI do art. 3º.

10. O tipo do referido inciso VI abrange, com segurança, os casos em que a aprovação pelo BCB é, em tese, possível, mas os pretensos administradores optam por burlar a exigência legal de obtenção prévia da autorização e atuam de forma marginal. Percebe-se, também, a afronta direta ao comando da lei que impõe essa formalidade⁷.

11. A conduta do inabilitado que permanece no cargo, em seu turno, afrontaria diretamente a determinação de afastamento expedida pelo BCB (vide o procedimento estabelecido pelos parágrafos do art. 8º da Lei nº 13.506, de 2017) e, ainda, de forma substancial, a própria decisão de inabilitação que retirou, por determinado prazo, o direito do apenado de atuar como administrador. *Não há, propriamente, afronta ao comando legal que exige a prévia autorização, pois, vale repetir, essa aprovação não poderia ser aventada, por conta da penalidade imposta*⁹.

12. Ao seguir esse entendimento, tem-se que o tipo administrativo em que se adequaria a conduta do inabilitado seria o do inciso XVI do art. 3º (“descumprir determinações do Banco Central do Brasil, e seus respectivos prazos, adotadas com base em sua competência”)¹⁰. O art. 8º, §§ 1º, 3º e 4º, da Lei nº 13.506, de 2017, reforçaria essa compreensão, ao prever, em suma, que o BCB deve determinar o afastamento do inabilitado, no prazo de sessenta dias, além sujeitar os apenados e instituições omissas a multa cominatória.

6 Despacho proferido no Parecer PGBC-63/2010, de 10 de março de 2010.

7 No caso das instituições financeiras, o art. 33, § 2º, da Lei nº 4.595, de 1964.

8 Art. 8º A penalidade de inabilitação implicará o impedimento de atuar em cargos cujo exercício dependa de autorização do Banco Central do Brasil.

§ 1º O Banco Central do Brasil notificará, no prazo de até 5 (cinco) dias, a instituição mencionada no caput do art. 2º desta Lei em que o inabilitado atue como administrador ou como membro de órgão previsto no estatuto ou no contrato social, para que cumpra o disposto no § 3º deste artigo, em razão da aplicação da penalidade de inabilitação.

§ 2º O prazo de cumprimento da penalidade de inabilitação começará a contar da data em que o Banco Central do Brasil receber do inabilitado ou de cada instituição mencionada no caput do art. 2º desta Lei em que ele atuou como administrador ou exerceu cargo em órgão previsto no seu estatuto ou no seu contrato social comunicação de que houve o efetivo afastamento do cargo para cujo exercício fora autorizado, instruída com os documentos comprobatórios do fato.

§ 3º A instituição mencionada no caput do art. 2º desta Lei em que o apenado atue como administrador ou exerça cargo em órgão previsto no seu estatuto ou no seu contrato social deverá afastá-lo do cargo no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data do recebimento da notificação de que trata o § 1º deste artigo, e deverá comunicar o fato ao Banco Central do Brasil no prazo de 5 (cinco) dias, contado da data do efetivo afastamento.

§ 4º Decorridos os prazos mencionados no § 3º deste artigo sem que tenha sido recebida a comunicação a que se refere o § 2º deste artigo, os apenados e as instituições omissas estarão sujeitos à multa prevista no art. 18 desta Lei.

§ 5º O prazo de cumprimento da pena de inabilitação será automaticamente suspenso sempre que forem desrespeitados os termos da decisão que a aplicou, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis.

9 Na verdade, presume-se que a aprovação do BCB foi dada em momento pretérito, e a penalidade de inabilitação obsta a possibilidade de continuidade ou de nova assunção do cargo de administrador, em razão do ilícito perpetrado no exercício desse cargo.

10 Vale frisar que o inabilitado que permanece no cargo poderia se enquadrar no amplo conceito de “administrador de fato”, já que exerceria atribuições de gestão sem ostentar legitimamente a condição de administrador. O que ora se aponta é a não subsunção perfeita de tal conduta ao tipo do inciso VI do art. 3º.

13. Cabe complementar que o cumprimento da determinação do BCB, relativa ao afastamento do inabilitado, não se limitaria à instituição supervisionada¹¹. O Parecer Jurídico 288/2018-BCB/PGBC¹², de 11 de maio de 2018, consignou que essa obrigação possui pluralidade de sujeitos passivos (inabilitado e instituições nas quais aquele exerce o cargo), vide a transcrição abaixo:

9. [...] *a norma* [art. 8º da Lei nº 13.506, de 2017] é fonte de uma única obrigação – assim entendido o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra – de natureza complexa, porque apresenta pluralidade de prestações (dever de afastamento e dever de comunicação acerca do afastamento) e de sujeitos passivos (inabilitado e cada uma das instituições nas quais ele exercia cargo por força de autorização concedida pelo BC). [...]

11. Salvo melhor juízo, ao dispor que [d]ecorridos os prazos mencionados no § 3º deste artigo sem que tenha sido recebida a comunicação a que se refere o § 2º deste artigo, os apenados e as instituições omissas estarão sujeitos à multa prevista no art. 18 desta Lei, *a norma* (art. 8º, § 4º) impõe, ao apenado e a cada uma das instituições em que ele atuar, duas prestações que não se confundem: (i) a primeira, considerada principal, de afastar o inabilitado no prazo de sessenta dias, contados do recebimento da notificação referida no § 1º, sob pena de multa cominatória; (ii) a segunda – acessória, porque pressupõe a existência da primeira – de comunicar esse afastamento ao BC no prazo de cinco dias, contados de sua efetiva ocorrência, sob pena de multa cominatória. Dessa forma, descumprido o prazo para o cumprimento da primeira, o inabilitado e a instituição supervisionada estarão sujeitos, cada qual, ao pagamento de multa cominatória; de igual modo, não cumprido o dever de comunicação no prazo estabelecido, o inabilitado e a instituição supervisionada estarão sujeitos, cada qual, ao pagamento de multa cominatória. A única hipótese em que cada um dos sujeitos passivos estará sujeito a apenas uma multa cominatória será quando não for cumprido o dever de afastamento do cargo dentro do prazo de sessenta dias, visto que o dever de comunicação pressupõe o afastamento do cargo – ainda que realizado a destempo.

12. A despeito da pluralidade de devedores da obrigação imposta pela lei (inabilitado e cada uma das instituições em que ele ocupar cargo cujo exercício foi autorizado pelo BC), não há falar em solidariedade passiva, pois cada um dos obrigados responde, de forma autônoma, pelo descumprimento das prestações que lhe foram impostas (multa ao inabilitado e à instituição). Não obstante, uma vez que cada uma delas (principal e acessória) tem por objeto um fato de natureza indivisível, conclui-se que o cumprimento efetuado por um dos obrigados beneficia o outro, desde que ambos estejam sujeitos ao cumprimento de uma mesma prestação; observando-se que haverá tantas prestações de afastamento quantas forem as instituições nas quais o inabilitado exercer cargo sujeito à autorização do BC.

14. Como as pessoas físicas apenadas também são devedoras das obrigações estabelecidas no art. 8º da Lei nº 13.506, de 2017, em tese, elas também poderiam ser sujeitos ativos da infração do inciso XVI do art. 3º.

15. Nesse ponto, cabe examinar, ainda, a hipótese em que o inabilitado não mais atua como administrador de instituição supervisionada pelo BCB, no momento da imposição da sanção de inabilitação, mas passa a exercer as funções administrativas, durante o prazo de cumprimento da penalidade. A situação do apenado que não atua como administrador não foi abordada

11 Vale mencionar que o art. 61 da Resolução BCB nº 131, de 2021, determina que a “notificação de que trata o § 1º do art. 8º da Lei nº 13.506, de 2017, será encaminhada ao inabilitado e às instituições supervisionadas nas quais ele exercer cargo sujeito à autorização do Banco Central do Brasil”.

12 De autoria da Procuradora Amanda Marcos Favre e aprovado pela Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça.

expressamente no âmbito legal, mas sim no art. 62¹³ da Resolução BCB nº 131, de 2021, com o escopo de delimitar o momento em que se inicia o prazo de cumprimento da sanção de inabilitação.

16. Logicamente, nessa hipótese, não há a determinação de afastamento do inabilitado, como preconizado pelo art. 8º, § 1º, da Lei nº 13.506, de 2017. A rigor, a própria decisão de inabilitação, quando eficaz, constitui o mandamento que determina o não exercício das funções de administrador, por prazo específico. Como afirmado em despacho do Subprocurador-Geral, proferido no Parecer PGBC-63/2010, a penalidade, ao operar os seus efeitos, representa um “*comando proibitivo – obrigação de não-fazer*”¹⁴, exarado pelo BCB.

17. Ainda que se entenda que a inabilitação tem eficácia preponderantemente constitutiva negativa, não se pode ignorar que se trata de uma decisão condenatória, que afirma a responsabilidade da pessoa física, com a procedência da imputação a ela feita. Especialmente nos casos de apenado que não atua como administrador, há, na própria decisão, uma determinação de execução ou cumprimento da penalidade¹⁵. Assim, é possível concluir que o inabilitado que passa a exercer a função de administrador, durante o prazo da inabilitação, afronta a decisão do BCB e comete a infração do inciso XVI do art. 3º¹⁶.

18. No que tange especificamente às **ocorrências anteriores à Lei nº 13.506, de 2017**, referentes a mandatário que extrapola os poderes estabelecidos em procuração para atuar como administrador e de indivíduo que ingressa na administração da instituição, sem a prévia autorização do BCB, a instauração de processo administrativo sancionador teria como fundamento os arts. 33¹⁷ e 44¹⁸ da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, c/c art. 1º¹⁹ do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2 de agosto de 2012 – dispositivos que, em síntese, preveem que a autorização do BCB é um requisito à assunção do cargo.

13 Art. 62. Caso o apenado não atue como administrador em instituição supervisionada pelo Banco Central do Brasil ou integrante do Sistema de Pagamentos Brasileiro nem exerça cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social dessas entidades, o prazo de cumprimento da penalidade de inabilitação, computado na forma prevista no caput do art. 24 da Lei nº 13.506, de 2017, terá início:

I - na data em que a decisão começar a produzir efeitos, nos termos do art. 59 desta Resolução; ou

II - no dia da publicação da decisão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, nos casos em que for conferido efeito suspensivo ao recurso interposto. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de unificação de que trata o § 1º do art. 56 desta Resolução.

14 No mencionado despacho, assevera-se que “[é] justamente o fato de a pena estar em regime de cumprimento, operando plenamente os seus efeitos (comando proibitivo – obrigação de não-fazer), já fluindo, portanto, o período de inabilitação fixado na decisão, que faz com que a sua eventual permanência no cargo seja tida como irregular, com consequências na esfera administrativa, civil e penal para quem descumpra a decisão”.

15 Afinal, não há ato posterior do BCB que determine alguma providência por parte do inabilitado ou da instituição, apenas a intimação da decisão condenatória.

16 Registre-se que, na hipótese anteriormente analisada, em que o inabilitado está no cargo de administrador e nele permanece indevidamente, deve-se observar um procedimento formal imposto pelo legislador (art. 8º da Lei nº 13.506, de 2017), que permite que a instituição adote as providências necessárias ao afastamento do apenado e, ao mesmo tempo, obsta o início do prazo de cumprimento da penalidade sem que o administrador tenha se afastado. Esse procedimento, ao fixar o início do cumprimento da penalidade, reflexamente, delimita o momento em que a infração do inciso XVI do art. 3º é praticada. Apesar de a irregularidade ser delimitada pelo descumprimento da notificação de afastamento expedida pelo BCB, **substancialmente**, é decisão de inabilitação que é violada, pois é nela que está efetivamente o comando que determina que o apenado não mais pode atuar como administrador.

17 Art. 33. As instituições financeiras privadas deverão comunicar ao Banco Central da República do Brasil os atos relativos à eleição de diretores e membros de órgão consultivos, fiscais e semelhantes, no prazo de 15 dias de sua ocorrência, de acordo com o estabelecido no art. 10, inciso X, desta lei.

§ 1º O Banco Central da República do Brasil, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, decidirá aceitar ou recusar o nome do eleito, que não atender às condições a que se refere o artigo 10, inciso X, desta lei.

§ 2º A posse do eleito dependerá da aceitação a que se refere o parágrafo anterior.

§ 3º Oferecida integralmente a documentação prevista nas normas referidas no art. 10, inciso X, desta lei, e decorrido, sem manifestação do Banco Central da República do Brasil, o prazo mencionado no § 1º deste artigo, entender-se-á não ter havido recusa a posse.

18 Art. 44. As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente. (...)

19 Art. 1º A posse e o exercício de cargos em órgãos estatutários ou contratuais de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil são privativos de pessoas cuja eleição ou nomeação tenha sido aceita pela Autarquia, a quem compete analisar os respectivos processos e tomar as decisões que considerar convenientes ao interesse público.

19. Quanto às ocorrências pretéritas relativas a inabilitados que permaneceram ou retornaram ao cargo de administrador indevidamente, observa-se que os precedentes da PGBC, ao delimitar as medidas que deveriam ser adotadas pelo BCB, não mencionavam expressamente que a conduta do apenado (e da instituição) configuraria nova infração administrativa. O Parecer PGBC-63/2010²⁰ resumiu, nos termos abaixo, o procedimento a ser seguido pelo BCB, no caso de a instituição não afastar dos seus quadros gerenciais as pessoas definitivamente sancionadas com a pena de inabilitação²¹:

- a) *emitida a decisão definitiva pelo CRSFN, confirmando a decisão de inabilitação proferida em primeiro grau administrativo, e sendo dela cientificado o Banco Central do Brasil, mediante o recebimento do processo respectivo, a Autarquia deve elaborar e enviar intimações às pessoas sancionadas e às instituições interessadas, tudo de acordo com o já mencionado art. 28 da Lei n.º 9.784, de 1999;*
- b) *nas intimações dirigidas às pessoas sancionadas, a Autarquia deve informar o teor da decisão do CRSFN, comunicar que a decisão punitiva tornou-se definitiva no plano administrativo e ainda advertir que o descumprimento dessa decisão no prazo assinalado poderá ensejar a comunicação ao MPF de que os administradores ou gerentes inabilitados seguem exercendo atividades para as quais estão impedidos por decisão administrativa definitiva, o que, em tese, afrontaria o art. 205 do Código Penal;*
- c) *de outro lado, nas intimações dirigidas às instituições financeiras interessadas, a Autarquia deve informar o teor da decisão do CRSFN, comunicar que a decisão punitiva tornou-se definitiva no plano administrativo e ainda advertir que a não-adoção das providências necessárias ao afastamento e à consequente substituição dos administradores ou gerentes inabilitados no prazo assinalado poderá ensejar a decretação da liquidação extrajudicial da instituição, com base na alínea 'b' do inciso I do art. 15 da Lei n.º 6.024, de 13 de março de 1974;*
- d) *enviadas tais intimações e persistindo o descumprimento, a demonstrar que estão presentes as condições fáticas para a comunicação dos fatos ao MPF e a decretação da liquidação extrajudicial da instituição renitente, é de todo conveniente que seja ouvida a Procuradoria-Geral, especialmente para que se possa definir a melhor estratégia jurídica a adotar no caso concreto. (grifos inautênticos)*

20. Antes da Lei nº 13.506, de 2017, não havia a necessidade de notificação, pelo BCB, que determinasse o afastamento do apenado²². Além disso, não havia dispositivo legal ou regulamentar que estabelecesse claramente que o descumprimento de determinações ou decisões do BCB constituiria infração administrativa autônoma.

20 De autoria do Procurador Marcelo Madureira Prates e aprovado pelo Coordenador-Geral Nelson Alves de Aguiar Junior e pelo Subprocurador-Geral Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado.

21 Tais orientações gerais foram fixadas, inicialmente, no Parecer PGBC-36/2010.

22 Despacho proferido no Parecer PGBC-63/2010 aborda os efeitos da decisão de inabilitação e as possíveis consequências para o inabilitado que continua a agir como administrador e para a instituição, no cenário anterior à Lei nº 13.506, de 2017:

3. (...) a decisão inabilitadora irradia eficácia que não depende de qualquer outro ato para alterar a conformação da esfera jurídica da pessoa sancionada, exceto o de publicação no Diário Oficial da União, consoante previsto no Regulamento anexo à Resolução n.º 1.065, de 5 de dezembro de 1985, na parte consolidada no MNI 5-3-11-4, não obstante seja recomendável a alteração desta norma regulamentar para fixar na data de recebimento da intimação o termo a quo do prazo de inabilitação, na linha do que dispõe o art. 28 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, sendo indiferente, do ponto de vista estritamente jurídico, se o destinatário da sanção ainda é ou já deixou de ser administrador. (...)

5. Nessa linha, o que importa é que se retira do sancionado, ipso facto da infligência da penalidade de inabilitação, a possibilidade jurídica de agir como órgão de administração, de jeito que qualquer ato que vier de praticar nessa qualidade, além de render ensejo a questionamentos acerca de sua validade ou eficácia, poderá resultar em responsabilidade incidente sobre seu patrimônio pessoal. Ademais, a evidência de que o sancionado já não se encontra em estado que o autoriza a obrar como administrador abre a possibilidade de que a própria instituição seja chamada a adotar as providências necessárias ao seu afastamento, caso insista em não o fazer voluntariamente, sob pena de ter ela mesma de suportar pesadas consequências de cariz administrativo, inclusive, no limite, como bem salientado pelo ilustre parecerista, a decretação do regime de liquidação extrajudicial.

21. A par do cenário normativo acima exposto, verifica-se que “não estar declarado inabilitado” é uma exigência regulamentar para o exercício do cargo de administrador na instituição supervisionada, vide o revogado art. 2º, inciso IV, do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2012, e o atual art. 14, inciso III, da Resolução CMN nº 4.970, de 25 de novembro de 2021. Assim, seria juridicamente possível a instauração de processo administrativo sancionador contra inabilitados, em relação a condutas praticadas antes da vigência da Lei nº 13.506, de 2017, por violação ao comando da regulamentação.

22. Ademais, incidiria, na hipótese em comento, o princípio da continuidade normativo-típica, uma vez que houve a manutenção do caráter proibido da conduta, porém com o deslocamento do conteúdo ilícito para outro tipo administrativo sancionador, o inciso XVI do art. 3º²³.

23. Essa opção parece ser juridicamente mais segura se comparada ao enquadramento da conduta do inabilitado no tipo descrito no art. 3º, VI, da Lei nº 13.506, de 2017, pelas razões já expostas. Não se desconhece o fato de já ter havido orientação jurídica em sessão do Comitê de Decisão de Processo Administrativo (Copas) em sentido diverso, mas não se vislumbra impedimento à modificação do entendimento jurídico até então sustentado para os casos futuros, diante do aprofundamento da análise da questão por parte da PGBC.

24. Diante das considerações acima, é possível sintetizar os apontamentos jurídicos deste tópico da seguinte forma:

Conduta da pessoa física	Tipificação: antes da Lei nº 13.506, de 2017	Tipificação: após a Lei nº 13.506, de 2017
<i>Mandatário que extrapola os poderes da procuração e administra a instituição</i>	Arts. 33 e 44 da Lei nº 4.595, de 1964, c/c art. 1º do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2012.	Art. 3º, inciso VI, da Lei nº 13.506, de 2017.
<i>Indivíduo que ingressa na administração da instituição sem autorização do BCB</i>	Arts. 33 e 44 da Lei nº 4.595, de 1964, c/c art. 1º do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2012.	Art. 3º, inciso VI, da Lei nº 13.506, de 2017.
<i>Inabilitado que permanece no cargo indevidamente</i>	Art. 44 da Lei nº 4.595, de 1964, c/c art. 2º, inciso IV, do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2012.	Art. 3º, inciso XVI, da Lei nº 13.506, de 2017.

25. Ainda neste tópico do exame jurídico, cabe analisar se o administrador de fato deve ser responsabilizado apenas pela conduta de atuar sem aprovação e de descumprir determinação do BCB ou se aquele também deve ser responsabilizado por eventuais irregularidades praticadas no exercício indevido do cargo.

23 A título comparativo, vale mencionar o caso da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que forneceu nova roupagem aos denominados crimes contra a dignidade sexual. A norma extinguiu a figura típica e autônoma do art. 214 do Código Penal (“atentado violento ao pudor”), passando a conjunção carnal ou outro ato libidinoso a constituir o crime de “estupro”, agora no art. 213 do Código Penal (criou-se um único tipo penal). Não houve *abolitio criminis*, mas uma continuidade normativa típica (mudança no local onde o delito era previsto, mantendo-se, contudo, a previsão de que essa conduta se trata de crime). Entendeu-se, ainda, ser possível aplicar retroativamente a Lei nº 12.015, de 2009, para o agente que praticou estupro e atentado violento ao pudor, no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, e que havia sido condenado pelos dois crimes (arts. 213 e 214 do CP) em concurso (STJ, HC 242.925/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJe 14 de agosto de 2012).

26. Sobre a questão, verifica-se que o art. 2º da Lei nº 13.506, de 2017, ao delimitar o âmbito de incidência da norma, estabelece que o disposto no Capítulo I da lei (o que inclui, portanto, todo o rol de infrações do art. 3º) se aplica às pessoas físicas que “exerçam, sem a devida autorização, atividade sujeita à supervisão ou à vigilância do Banco Central do Brasil” e “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 supervisionada pelo BCB.

27. Depreende-se, assim, que aquele que atua, de forma legítima ou não, como administrador de instituição supervisionada pelo BCB pode ser sujeito ativo de todos os ilícitos do art. 3º (que se coadunem com o referido cargo), e não somente da infração decorrente do exercício ilegítimo da função administrativa. A literatura especializada destaca que, para fins de responsabilidade, o administrador de fato se iguala àquele que legitimamente assumiu o cargo, vide as seguintes elucidações:

(...) o administrador de fato é alguém que, a despeito de não estar formalmente titulado, gere os negócios da sociedade. Para que alguém possa ser tido como administrador de fato, é necessário que este não ocupe formalmente a posição de administrador de direito da sociedade. Além disso, é preciso que o mesmo: (a) realize uma atividade positiva; (b) de direção, administração ou gestão; (c) exercida com total independência; e (d) de modo constante (...).

(...)

Com efeito, a lei, ao atribuir responsabilidade ao administrador da companhia, não pretendeu atingir exclusivamente alguém que ostenta um determinado cargo. Evidentemente, ela pretendeu conferir responsabilidades àqueles que têm o poder de determinar os destinos do ente, àqueles que (...) dão vida à sociedade, fazendo-a funcionar. Desse modo, aqueles que dirigem um determinado ente, determinando o destino deste, devem ser responsáveis pelos atos que praticam. Sublinhe-se que, para fins de responsabilidade, pouco importa se o administrador de fato foi conduzido a esta condição em virtude de atos culposos ou dolosos. Ostentando esta condição, o mesmo terá regime jurídico, em termos de responsabilidade, idêntico ao dos administradores de direito. A responsabilidade do administrador de fato, destaque-se, é reconhecida por toda doutrina e jurisprudência²⁴. (grifo inautêntico)

* * *

(...) mais e mais o direito brasileiro procura afastar-se do formal em contraposição ao material, em especial quando a opção pelo formal implica em proteger uma fraude deliberada. Isto se torna mais evidente quando se sabe que há aqueles que exercendo administração de fato, recusam-se a tornarem-se administradores estatutários, tencionando justamente fugir à responsabilidade que a lei impõe aos dirigentes de instituições financeiras. Na medida em que o direito não se presta a encobrir fraudes, esta situação não será aceita, devendo, pois o administrador de fato ser responsabilizado pelos eventos que der causa, devendo-se, ainda, ter em conta que a figura delituosa específica deve ser combinada com o desrespeito com as normas do art. 33 da Lei 4.595/64²⁵. (grifo inautêntico)

²⁴ PAULIN, Luiz Alfredo. Administrador de fato nas sociedades por ações, RDM 130/108, Ano 42, São Paulo, Malheiros, abril-junho/2003.

²⁵ PAULIN, Luiz Alfredo. A Responsabilidade do Administrador de Instituição Financeira, em Face da Lei Bancária. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Editora RT, disponível em <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1343463763/51-a-responsabilidade-do-administrador-de-instituicao-financeira-em-face-da-lei-bancaria-capitulo-v-desconsideracao-da-personalidade-juridica>

II – Responsabilização da pessoa jurídica, na qual há a atuação do administrador de fato:

28. A segregação feita no tópico anterior, para fins de capitulação da infração – de um lado, as condutas do mandatário que extrapola os poderes da procuração e do indivíduo que ingressa na administração da instituição sem autorização e, de outro, o comportamento do inabilitado que permanece no cargo indevidamente – reflete na tipificação da conduta da pessoa jurídica.

29. Nas duas primeiras hipóteses fáticas abordadas, a conduta da pessoa jurídica se amoldaria ao tipo do inciso XVII do art. 3º da Lei nº 13.506, de 2017, uma vez que a instituição viola os comandos legal (art. 33 da Lei nº 4.595, de 1964) e regulamentar (atualmente, o art. 3º, inciso V, da Resolução CMN nº 4.970, de 2021) que exigem a submissão do nome do administrador à aprovação do BCB.

30. Por sua vez, nos casos de permanência indevida de inabilitado, viu-se que foi firmado na PGBC o entendimento de que a Lei nº 13.506, de 2017, no seu art. 8º, § 1º, impôs uma obrigação a uma pluralidade de sujeitos passivos (inabilitado e cada uma das instituições nas quais ele exercia cargo de administrador), no sentido de promover o afastamento do apenado e de comunicar essa medida ao BCB. Assim, o não afastamento do inabilitado, no prazo legal, acarretaria a responsabilização da instituição com base no inciso XVI do art. 3º.

31. Acrescente-se que, nesse mesmo tipo administrativo, recai a conduta da instituição que foi intimada sobre a decisão de inabilitação e, posteriormente, afronta a essa decisão do BCB, ao colocar, em sua administração, indivíduo que cumpre pena de inabilitação (hipótese abordada nos parágrafos 14 a 16, acima). Como elucidado anteriormente, há um comando proibitivo na decisão condenatória e, assim, é possível compreender que a instituição descumpra a determinação do BCB, no sentido de manter determinada pessoa física fora do sistema supervisionado²⁶.

32. Os comentários feitos no tópico anterior, relativo às ocorrências anteriores à Lei nº 13.506, de 2017, podem ser estendidos às pessoas jurídicas.

Conduta da pessoa jurídica	Tipificação: antes da Lei nº 13.506, de 2017	Tipificação: após a Lei nº 13.506, de 2017
<i>Permitir que mandatário extrapole os poderes da procuração e administre a instituição</i>	Arts. 33 e 44 da Lei nº 4.595, de 1964, c/c art. 1º do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2012.	Art. 3º, inciso XVII, da Lei nº 13.506, de 2017.
<i>Permitir que indivíduo ingresse na administração da instituição sem autorização do BCB</i>	Arts. 33 e 44 da Lei nº 4.595, de 1964, c/c art. 1º do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2012.	Art. 3º, inciso XVII, da Lei nº 13.506, de 2017.
<i>Manter inabilitado no cargo indevidamente</i>	Art. 44 da Lei nº 4.595, de 1964, c/c art. 2º, inciso IV, do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2012.	Art. 3º, inciso XVI, da Lei nº 13.506, de 2017, ou art. 3º, inciso XVII, da Lei nº 13.506, de 2017.

²⁶ Vale registrar, ainda, a hipótese de a instituição em que o inabilitado passe a atuar como administrador, durante o cumprimento da penalidade, não ter sido previamente intimada da decisão de inabilitação (por não estar envolvida na infração antes praticada). A conduta dessa pessoa jurídica, em tese, recairia no art. 3º, inciso XVII, uma vez que “não estar declarado inabilitado” é uma das condições regulamentares para o exercício do cargo de administrador.

IV – Responsabilização dos demais administradores da instituição na qual há a atuação do administrador de fato:

33. Por fim, há que adentrar a análise, em tese, sobre a possibilidade jurídica de o BCB responsabilizar os demais administradores da instituição em que se verificou a atuação indevida de administrador de fato.

34. Ainda que o tema deva se enfrentado com base na legislação especial (a Lei nº 13.506, de 2017, e sua regulamentação), é válido colacionar alguns dispositivos legais que tratam da responsabilização dos administradores de pessoa jurídica. Transcreve-se, abaixo, dois exemplos relevantes:

- Lei nº 6.404, de 15 de setembro de 1976²⁷:

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembleia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

- Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013²⁸:

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

²⁷ Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

²⁸ Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

35. Os comandos acima indicam que o ordenamento jurídico não permite que, no caso de irregularidade praticada por determinado administrador, toda a gestão de determinada pessoa jurídica seja responsabilizada, de forma automática e indiscriminada. A responsabilização baseada na mera condição de administrador afrontaria o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal), devendo-se buscar, por exemplo, evidências da indevida conduta omissiva por cada gestor, à luz do estatuto social, da legislação e/ou de condições assumidas perante o ente supervisor.

36. Ao abordar a responsabilidade do administrador de instituição financeira, a literatura especializada²⁹ parece seguir a mesma orientação, vide o trecho a seguir:

Neste caso [de uma instituição que não se encontra dentro de um funcionamento normal], ainda que não se prove a participação direta de um dado diretor, este deve ser responsabilizado, posto que deixou de empregar o dever de diligência na administração da sociedade, permitindo que os demais diretores administrassem de forma caótica a sociedade.

Ressalte-se neste passo, evitando-se mal entendidos futuros, que não se está defendendo a imposição de penalidade ao administrador, em virtude de fato de terceiro. Está-se, isto sim, responsabilizando o administrador, por ter este deixado de empregar diligência na administração da sociedade, tendo, pois, falhado em exercer a vigilância que lhe era requerida, por força de lei. (...)

Após ter concluído que a conduta omissiva punível decorre de não cumprir um dever imposto, deve-se perquirir quais os instrumentos que podem indicar o responsável direto por dar cumprimento à uma obrigação. Pode-se dizer que o responsável por dar cumprimento a um dever pode ser apontado como tal: a) pela lei ou regulamento; b) pelo exercício das atribuições inerentes ao cargo que ocupa; c) pelos estatutos ou pelo contrato social; d) pela indicação do administrador como responsável perante o Banco Central do Brasil; e e) pelo recebimento pessoal, por parte do administrador de uma determinação do agente público.

37. É importante mencionar, ainda, que esse entendimento está consubstanciado em decisões do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) sobre a matéria. Ao julgar o Recurso nº 12.052, em 2013³⁰, o órgão ponderou que a “*simples condição de controlador, administrador, diretor ou gerente de instituição financeira não enseja a responsabilização*”, e que é “*necessário enxergar a efetiva responsabilidade à luz de estatuto e declarações do controlador que comprovem a estrutura de decisão no banco*”. O órgão recursal acrescentou que, “*na análise da conduta individual, é importante também analisar se, de fato, tinham os diretores não envolvidos com a atividade de tesouraria qualquer ingerência para poder ser apenados por omissão*”, que pressupõe “*(i) que os envolvidos tivessem conhecimento da situação e (ii) tivessem o poder de sustar o ato e mesmo assim não o fizeram*”.

38. Em 2014, ao julgar o Recurso nº 13.III³¹, o CRSFN concluiu que o BCB agiu corretamente ao apenar toda a diretoria de um banco por não ter quaisquer de seus membros comunicado ao Conselho de Administração a violação, pelo Presidente Executivo, de regras estatutárias, assim

²⁹ PAULIN, Luiz Alfredo. A Responsabilidade do Administrador de Instituição Financeira, em Face da Lei Bancária. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Editora RT, disponível em <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1343463763/51-a-responsabilidade-do-administrador-de-instituicao-financeira-em-face-da-lei-bancaria-capitulo-v-desconsideracao-da-personalidade-juridica>

³⁰ Disponível em https://www.bcb.gov.br/crsfn/Relatorio_2013_CRSFN.pdf

³¹ Rel. Conselheiro Flávio Maia, voto condutor Conselheiro Nelson Aguiar Junior, j. sessão de 25/11/2014.

que essa diretoria tomou conhecimento do ocorrido através de relatório de auditoria. Esperava-se que, diante de suas responsabilidades estatutárias e da certificação da ocorrência, os diretores denunciasses a irregularidade ao órgão societário competente, o que, na compreensão do CRSFN, legitimou a pena de inabilitação pelo BCB.

39. Verificadas essas balizas gerais sobre a responsabilização de administradores pela conduta de outro gestor, há que se verificar se, no âmbito da atuação sancionadora do BCB, há dispositivo em vigor para a capitulação adequada da conduta de administradores que se omitam perante a atuação indevida de administrador de fato.

40. Nessa via, constata-se que é juridicamente possível aproximar, em parte, a tipificação do comportamento desses administradores daquela adotada para a pessoa jurídica, conforme o quadro constante no item anterior do presente exame.

41. Nas hipóteses de mandatário que extrapola os poderes da procuração e de indivíduo que ingressa na administração da instituição sem a autorização do BCB, em tese, é possível compreender que os administradores descumpririam a exigência do art. 3º, inciso V, da Resolução CMN nº 4.970, de 2021³², o que configuraria a infração do art. 3º, inciso XVII, da Lei nº 13.506, de 2017³³. Para a adequada persecução punitiva desses administradores, caberia ao BCB apurar, por exemplo, as atribuições ou deveres do cargo ocupado, previstos no Estatuto Social, de modo a sustentar que determinado administrador também seria responsável pelo cumprimento da exigência regulamentar.

42. Caso se trate de inabilitado que permanece indevidamente no cargo de administrador, há que se considerar o esclarecimento do Parecer Jurídico 288/2018-BCB/PGBC, no sentido de que a obrigação do art. 8º da Lei nº 13.506, de 2017, possui como sujeitos passivos o inabilitado e as instituições nas quais aquele exerce o cargo. Portanto, não seria juridicamente adequado considerar que demais administradores da instituição descumpririam a determinação de afastamento exarada pelo BCB, de modo a enquadrar a conduta desses gestores no art. 3º, inciso XVI, da Lei nº 13.506, de 2017.

43. Na hipótese do parágrafo anterior, restaria ao BCB avaliar, com base nas circunstâncias do caso concreto, se seria adequado enquadrar a conduta dos outros administradores no tipo objetivo do inciso XIII do art. 3º da Lei nº 13.506, de 2017³⁴. Deve-se atentar, contudo, que essa eventual tipificação exigiria uma robusta fundamentação pelo BCB, que demonstrasse, em especial, que a sua valoração dos elementos normativos³⁵ do tipo se coadunam perfeitamente com as circunstâncias

32 Antes prevista no art. 1º do Regulamento Anexo II à Resolução CMN nº 4.122, de 2012.

33 Poder-se-ia aventar, ainda, que a conduta desses administradores se enquadraria no tipo objetivo do inciso XIII do art. 3º (“deixar de atuar com diligência e prudência na condução dos interesses de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei;”). Contudo, por se tratar de um tipo aberto, que contém diversos elementos normativos, caberia ao BCB, na subsunção do fato ao tipo, delimitar e valorar o conteúdo dos termos utilizados pelo legislador, em especial os “interesses” da instituição. É possível, assim, que não haja uma perfeita adequação entre os elementos do tipo e os elementos fáticos do caso concreto.

Ademais, tal tipificação poderia acarretar uma sanção mais severa às pessoas físicas administradoras do que aquela imposta à pessoa jurídica infratora, o que, em princípio, não seria razoável.

34 Aparentemente, não há comando na regulamentação em vigor, em especial na Resolução CMN nº 4.970 de 2021, que o BCB possa considerar descumprido pelos outros administradores da instituição, de modo a tipificar a conduta dessas pessoas no art. 3º, inciso XVII, da Lei nº 13.506, de 2017.

35 Os elementos normativos do tipo objetivo são aqueles que exigem um juízo de valor pela autoridade julgadora, com base nas circunstâncias do caso concreto. Para a exata compreensão desses elementos “é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 328).

fáticas do caso concreto³⁶. Ademais, deve-se ter em vista a possível sanção a ser imposta à pessoa jurídica e que eventual penalização mais severa aos administradores omissos pode não ser uma solução razoável.

44. Por outro lado, caso constatado, com base nas circunstâncias do caso concreto em exame, que a atuação do administrador inabilitado afetou a condução dos negócios sociais, poderia o BCB, com maior segurança jurídica, buscar a responsabilização de administradores com base no inciso XIII do art. 3º. Nessas hipóteses, contudo, é preciso evidenciar que o gestor omissos tinha o dever jurídico e a possibilidade de atuar perante a irregularidade, pois a responsabilidade é individual³⁷⁻³⁸.

45. Valendo-se, mais uma vez, das elucidações da literatura especializada:

Tal dever [de diligência] implica (...) na obrigação de cada um dos administradores de zelar pelo andamento geral da gestão, velando pelo normal andamento da companhia. Na medida em que a administração da sociedade se afigure caótica, impedindo o normal andamento da sociedade, fica caracterizado que os administradores deixaram de exercer seu dever de diligência, o qual, repita-se, impõe a cada um dos diretores a obrigação de velarem para o normal andamento da companhia. (...)

O legislador brasileiro (...) não editou norma interpretativa sobre o que deve ser entendido por dever de diligência, provavelmente por ter julgado tal atitude desnecessária. E neste ponto não há como negar que bem andou o legislador pátrio, posto que tão claro é o conceito de dever de diligência que se dispensa maiores explicações.

Tendo assim concluído, resta saber até que ponto vai este dever de vigilância sobre o normal andamento da companhia. Parece evidente que não se pode impor um dever de fiscalização ilimitado ao diretor de uma sociedade por ações. A própria doutrina é bem clara ao circunscrever o dever de vigilância não em relação a todo e qualquer ato, mas em relação ao normal funcionamento da companhia. O normal funcionamento da companhia se dá quando, através de uma análise pouco profunda de sua administração nada se constata de modo a indicar que referida administração não está cumprindo com os deveres que lhes são impostos pela lei ou pelos estatutos³⁹.

36 Registre-se, ainda, que não há elementos para sustentar com segurança a tese de que a atuação do administrador de fato, **por si só**, prejudica o funcionamento normal ou a boa gestão dos negócios da instituição, por exemplo, de modo a garantir que o BCB, em tal caso, possa enquadrar a conduta de outros administradores no referido inciso XIII. Em tese, é possível que os interesses de caráter econômico ou o funcionamento da instituição sejam bem conduzidos durante o período em que se verificou a atuação do inabilitado, o que poderia prejudicar a responsabilização de administradores com fulcro no inciso XIII do art. 3º.

37 Recorrendo novamente ao posicionamento do CRSFN, transcreve-se, abaixo, trecho de voto proferido no julgamento do Recurso nº 12921, em 2014 (disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/orgaos/orgaos-colegiados/conselho-de-recursos-do-sistema-financeiro-nacional/servicos/busca-de-ata-pautas-e-decisoes/acordaos-e-decisoes-monocraticas/2014/373a-sessao-de-julgamento/recurso-12921>)

3. (...) quanto à autoria: ‘... é preciso considerar a conduta específica dos envolvidos, bem como a sua posição na estrutura organizacional da instituição financeira, a fim de aferir com maior acuidade a efetiva responsabilidade de cada agente. Afinal, a pena de inabilitação é uma pena grave, cuja aplicação precisa estar amparada em um conjunto probatório substancial.’ (...)

19. Ora, cerca de um mês após ter sua eleição sido homologada pelo BACEN, o recorrente enviou carta à autarquia informando terem sido detectadas operações irregulares com empresas vinculadas e o BACEN entendeu que essa carta seria uma prova de que ele sabia das irregularidades e que, por isso, mereceria ser punido. A situação, como já mencionei linhas atrás, ganha ares “kafkianos” já que o recorrente não teria saída: se não informa terem sido descobertas as irregularidades, estaria acobertando os ilícitos, se informa, seria uma prova de que sabia delas, embora estas não tenham sido criadas por ele.

20. Pelos motivos acima elencados, voto por dar provimento ao recurso de Ricardo Gribel para arquivar o processo em relação a ele.

38 Registre-se que as conclusões do presente exame jurídico, não afastam a possibilidade de responsabilização de ocupantes de cargos nos Conselhos Fiscal e de Administração. Essa responsabilização também exigiria uma análise sobre os deveres legais e estatutários dos conselheiros e da forma de atuação destes indivíduos perante a irregularidade.

39 PAULIN, Luiz Alfredo. A Responsabilidade do Administrador de Instituição Financeira, em Face da Lei Bancária. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Editora RT, disponível em <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1343463763/51-a-responsabilidade-do-administrador-de-instituicao-financeira-em-face-da-lei-bancaria-capitulo-v-desconsideracao-da-personalidade-juridica>

CONCLUSÃO

46. Os apontamentos deste parecer servem como subsídios à instauração e *análise jurídica* de processos administrativos sancionadores, no âmbito do BCB. Não se afasta, contudo, a necessidade de formulação de consultas específicas à esta Procuradoria-Geral, para dirimir dúvidas a respeito de casos concretos em exame, que envolvam a atuação indevida de administrador de fato.

47. Cumpre reforçar que a responsabilização das pessoas físicas e jurídicas deve estar amparada em suficiente conjunto probatório e sempre considerar as circunstâncias do caso concreto e a necessidade de observância do princípio da individualização a pena.

48. 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 sua consideração.

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 Subprocuradora-Geral titular da Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCrPG).

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, aos Chefes de Gabinete do Diretor de Relacionamento Institucional e Supervisão de Conduta (Direc) e do Diretor de Fiscalização (Difis), para conhecimento da opinião legal.

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>

