

Revista da **PGBC**

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 17 • Número 2 • Dezembro 2023

Revista da **PGBC**

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 17 • Número 2 • Dezembro 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. 2, dez. 2023. Brasília: BCB, 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 2. Dezembro 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

Álvaro Augusto Camilo Mariano – Universidade de São Paulo, SP
Bruno Meyerhof Salama – University of California at Berkeley, Estados Unidos
Bruno Nubens Barbosa Miragem – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS
Irene Patrícia Nohara – Universidade de São Paulo, SP
Juliana Bortolini Bolzani – Banco Central, DF
Leandro Novais e Silva – Banco Central, MG
Márcia Maria Neves Corrêa – Banco Central, RJ
Rubens Beçak – Universidade de São Paulo, SP
Vincenzo Demétrio Florenzano – Banco Central, MG
Yuri Restano Machado – Banco Central, RS

Consultores*

Alessandro Fernandes – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, RS
Alexander Marques Silva – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, MG
Bruno Paiva Bernardes – Universidade FUMEC, MG
Carina Deolinda da Silva Lopes – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, RS
Daniela Oliveira Rodrigues – Universidade de São Paulo, SP
Denis Alves Guimarães – Centro de Estudos de Direito Econômico e Social, SP
Fernando Amorim Soares de Mello – Universidade de São Paulo, SP
Fernando Quadros da Silva – Tribunal Regional Federal da 4ª Região, RS
Flávio Garcia Cabral – Escola de Direito do Ministério Público de Mato Grosso do Sul, MS
Gustavo Viegas Marcondes – Centro Universitário Barão de Mauá, SP
João Manoel de Lima Junior – Fundação Getúlio Vargas, RJ
Juliana Carolina Frutuoso Bizarria – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP
Jenifer da Silva Moraes – Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP
Kristian Rodrigo Pscheidt – Universidade Federal do Paraná, PR
Larissa Clare Pochmann da Silva – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, RJ
Levi Hulse – Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, SC
Lucas Bossoni Saikali – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PR
Luiz Eduardo Cani – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS
Luis Felipe Vidal Arellano – Universidade de São Paulo, SP
Marcelo Quevedo do Amaral – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, RS
Marcelo Leandro Pereira Lopes – Centro Universitário Maurício de Nassau, PI
Marcos Galileu Lorena Dutra – Fundação Getúlio Vargas, SP
Maria da Glória Ferraz de Almeida Prado – Universidade de São Paulo, SP
Rafael Cavalcanti Garcia de Castro – Senado Federal, DF
Rangel Oliveira Trindade – Universidade Federal do Paraná, PR
Renata Gomes de Albuquerque Sá – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, RJ
Rodrigo Cardoso Silva – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP
Rodrigo da Silva Brandalise – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, RS
Rogério Telles Correia das Neves – Advocacia-Geral da União, DF
Sandro Schmitz dos Santos – StandWithUs
Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior – Universidade de Fortaleza, CE
Vinícius Alves Scherch – Universidade Estadual do Norte do Paraná, PR
Vinicius Silva Lemos – Faculdade de Rondônia, RO
Vitor Gonçalves Machado – Faculdade de Direito de Vitória, ES
Wellington Henrique Rocha de Lima – Universidade Paranaense, PR
Yago Aparecido Oliveira Santos – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS

* 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

José de Lima Couto Neto

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 Resolução

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

Julia Cardoso Rocha Saraiva Teixeira

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

Virna Menezes Carlos Barreto

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

José Luciano Jost de Moraes

Procuradora-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central no Paraná

Fernanda Rosa de Oliveira Rodrigues

Procurador-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central em Pernambuco

Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

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

Procurador-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central no Rio Grande do Sul
Lademir Gomes da Rocha

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

Artigo Especial em Comemoração dos 30 Anos do Plano Real
Planos Econômicos – uma abordagem jurídica

Luiz Carlos Sturzenegger, 12

Os Aspectos Regulatórios da Tributação sobre Transações Digitais de Criptoativos

Anna Cecília Moreira Cabral, 31

Tokens são Valores Mobiliários? Esforço do empreendedor pretérito à emissão

Péricles Pereira Pinto e Daniel Rodrigues Costa, 44

Estudo sobre o Projeto de Lei 4.188/2021 no Mercado de Crédito Brasileiro

Alexandre Ribeiro da Silva e Leandra Cristina Braga de Carvalho, 67

Os Fundamentos da Necessidade de um Amplo Controle Judicial das Sanções Disciplinares Aplicadas aos Servidores Públicos Federais

Felipe Aires Leal Ricardo, Sandro Lúcio Dezan e Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, 83

Direito Fundamental a um Processo Administrativo Justo

Ivon Jorge da Silva e Sandro Lúcio Dezan, 99

Competência do Mandado de Segurança Contra Ato de Autoridade Federal

Sergio Torres Teixeira e Pedro Franklin Teixeira, 114

Da Proteção do Consumidor de Produtos e Serviços Financeiros: a criação do *Consumer Financial Protection Bureau* nos EUA

Davi Monteiro Diniz, 129

A Sustentabilidade Ambiental, o Direito e a Extrafiscalidade Tributária do Estado Brasileiro: as práticas ecojurídicas da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

David Lazzaretti Vieira e Adalberto Narciso Hommerding, 145

Parecer 841/2023-BCB/PGBC

Créditos tributários de diferença temporária de que trata a Medida Provisória 1.176, de 5 de junho de 2023 (Programa Emergencial de Renegociação de Dívidas de Pessoas Físicas Inadimplentes – Desenrola Brasil).

Maria Beatriz de Oliveira Fonseca, José de Lima Couto Neto, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira e Lucas Alves Freire, 158

Parecer 1.232/2023-BCB/PGBC

Enquadramento dos Certificados de Recebíveis, não ofertados publicamente, como ativos financeiros submetidos a registro em Entidades Registradoras autorizadas pelo Banco Central do Brasil.

Marcus Paulus de Oliveira Rosa, Igor Arruda Aragão e Nelson Alves de Aguiar Júnior, 173

Parecer 1.440/2023-BCB/PGBC

Sobre a possibilidade de instituição bancária autorizada a operar no mercado de câmbio abrir e manter conta em moeda estrangeira que tenha como titular outra instituição bancária autorizada a operar no mercado de câmbio.

Maria Beatriz de Oliveira Fonseca, José de Lima Couto Neto, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira e Lucas Alves Freire, 185

Parecer 1.458/2023-BCB/PGBC

Compatibilidade, sob a perspectiva jurídica, do modelo vislumbrado para o arranjo de liquidação da Plataforma Drex com a legislação vigente no país.

Guilherme Centenaro Hellwig, Igor Arruda Aragão e Lucas Alves Freire, 198

Parecer 1.502/2023-BCB/PGBC

Controvérsia no que diz respeito às distintas metodologias de cálculo adotadas pelo Banco Central do Brasil (BC) e pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) quanto ao regime de parcelamento ordinário sob a égide da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002.

Camila Montenegro Lima, Marcus Vinícius Saraiva Matos e Erasto Villa Verde de Carvalho Filho, 219

Petição 6.662/2023-BCB/PGBC

Memoriais apresentados pelo Banco Central do Brasil (BC) perante o Supremo Tribunal Federal na Reclamação 61.944/PA para garantir a autoridade da decisão proferida no RE 1.055.941/SP (Tema 990 da Repercussão Geral) no Superior Tribunal de Justiça, sob a tese da constitucionalidade do compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da Unidade de Inteligência Financeira (UIF) e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.

Ricardo Ferreira Balota, Luciana Lima Rocha, Lucas Farias Moura Maia, Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos e Erasto Villa Verde de Carvalho Filho, 229

Nota da Edição

É com satisfação que apresento o segundo número do volume 17 da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC). Esta edição conta com oito artigos de autores nacionais e com seis pronunciamentos escolhidos da PGBC. Conta, igualmente, com uma contribuição especial.

Luiz Carlos Sturzenegger, que, durante a década de 1980 e 1990, esteve à frente do Departamento Jurídico do Banco Central do Brasil (BC), aborda, sob a forma de relato pessoal e artigo jurídico, a implementação dos planos econômicos voltados à contenção da inflação no país no período. Trata-se de um depoimento singular, no qual o autor agrega à sua reconhecida qualificação técnica elementos de uma singular trajetória profissional, narrando, em primeira pessoa, o envolvimento direto com a elaboração e defesa jurídica dos planos econômicos. Essa contribuição insere-se na comemoração de três décadas da bem-sucedida implementação do Plano Real.

Abrindo a parte dos artigos jurídicos, o primeiro artigo desta edição da Revista, intitulado *Os Aspectos Regulatórios da Tributação sobre Transações Digitais de Criptoativos*, escrito por Anna Cecília Moreira Cabral, analisa o tratamento tributário das transações digitais de criptomoedas na proposta de reforma tributária recentemente apresentada no Brasil, avaliando-o a partir de critérios de eficiência e equidade, e sob a perspectiva adotada por Thomas Piketty em suas reflexões sobre a teoria econômica.

No artigo seguinte, intitulado *Tokens são Valores Mobiliários? Esforço do empreendedor pretérito à emissão*, Péricles Pereira Pinto e Daniel Rodrigues Costa examinam, em situações nas quais o esforço do empreendedor for pretérito à emissão dos *tokens*, se estes podem ser caracterizados como valores mobiliários para fins de atração da competência regulatória e fiscalizatória da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

A seguir, Alexandre Ribeiro da Silva e Leandra Cristina Braga de Carvalho analisam o mercado de crédito brasileiro para explicar os objetivos e as propostas contidos no Projeto de Lei 4.188/2021, no artigo *Estudo sobre o Projeto de Lei 4.188/2021 no Mercado de Crédito Brasileiro*.

Sandro Lúcio Dezan, Felipe Aires Ricardo e Ricarlos Vitoriano Cunha realizam, no artigo subsequente, intitulado *Os Fundamentos da Necessidade de um Amplo Controle Judicial das Sanções Disciplinares Aplicadas aos Servidores Públicos Federais*, um exame da extensão do controle judicial das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais.

Ainda no campo do Direito Administrativo, Ivon Jorge da Silva, Sandro Lúcio Dezan e Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha escrevem a seguir sobre o *Direito Fundamental a um Processo Administrativo Justo*. Mantendo-se nessa área do direito, Sergio Torres Teixeira e Pedro Franklin Teixeira fazem um estudo sobre a *Competência do Mandado de Segurança contra Ato de Autoridade Federal*.

A proteção do consumidor de produtos e serviços financeiros é analisada por Davi Diniz sob a perspectiva do direito comparado no artigo *Da Proteção do Consumidor de Produtos e Serviços Financeiros: a criação do Consumer Financial Protection Bureau nos EUA*.

Finalizando a seção de artigos desta edição da Revista, David Lazzaretti Vieira e Adalberto Narciso Hommerding abordam as práticas ecojurídicas da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no artigo *A Sustentabilidade Ambiental, o Direito e a Extrafiscalidade Tributária do Estado Brasileiro: as Práticas Ecojurídicas da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*.

Abrindo a seção de pronunciamentos da PGBC, o Parecer Jurídico 841/2023-BCB/PGBC, de 23 de agosto de 2023, examina as repercussões de natureza prudencial da Medida Provisória 1.176, de 5 de junho de 2023, que instituiu o Programa Emergencial de Renegociação de Dívidas de Pessoas Físicas Inadimplentes – Desenrola Brasil.

O Parecer Jurídico 1232/2023-BCB/PGBC, de 30 de outubro de 2023, aborda o enquadramento dos certificados de recebíveis, quando não ofertados publicamente, como ativos financeiros submetidos a registro em entidades registradoras autorizadas pelo BC.

O Parecer Jurídico 1.440/2023-BCB/PGBC, de 19 de dezembro de 2023, analisa a possibilidade de instituição bancária autorizada a operar no mercado de câmbio abrir e manter conta em moeda estrangeira que tenha como titular outra instituição bancária autorizada a operar no mercado de câmbio.

O Parecer Jurídico 1.458/2023-BCB/PGBC, de 22 de dezembro de 2023, examina a compatibilidade, sob a perspectiva jurídica, do modelo vislumbrado para o arranjo de liquidação da Plataforma Drex com a legislação vigente no país, analisando, igualmente, a abrangência do mandato legalmente conferido ao Banco Central do Brasil para a emissão de moeda digital de banco central (*central bank digital currency*).

O Parecer Jurídico 1.502/2023-BCB/PGBC, de 29 de dezembro de 2023, aborda a controvérsia relativa à divergência de metodologias de cálculo adotadas pelo BC e pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras quanto ao regime de parcelamento ordinário sob a égide da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002.

Encerrando, por fim, a seção de pronunciamentos desta edição da Revista, a Petição 6.662/2023-BCB/PGBC, de 22 de setembro de 2023, veicula a manifestação oferecida pelo BC ao Supremo Tribunal Federal na Reclamação 61.944/PA, para garantia da autoridade da decisão proferida no RE 1.055.941/SP (Tema 990 da Repercussão Geral). A manifestação sustenta a constitucionalidade do compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da Unidade de Inteligência Financeira e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.

Que tenham todos uma boa leitura!

Guilherme Centenaro Hellwig
Editor-Chefe

Artigo Especial em Comemoração dos 30 Anos do Plano Real

Planos Econômicos – uma abordagem jurídica¹

Luiz Carlos Sturzenegger*

Introdução – Todos os planos econômicos tiveram por objetivo combater a inflação

À guisa de pré-história, vale o registro de Edmar Bacha (2023, p. 60), referindo-se ao período anterior ao Plano Cruzado:

Ainda na longa transição para a redemocratização, entre 1979 e 1983 estávamos discutindo o programa de estabilização que Delfim Netto começou a aplicar em 1979 e que foi até 1983. Tudo isso naquela confusão do final da ditadura, com o governo tendo que lidar com uma crise muito séria de balanço de pagamentos que atingiu praticamente todos os países latino-americanos. Além das consequências inflacionárias da crise de balanço de pagamentos, porque o Brasil tinha um sistema de indexação.

No início da ditadura o governo começou a combater a inflação. Depois, quando Delfim Netto fez sua primeira entrada, ele resolveu que 20% já estava de bom tamanho e que era hora de crescer. Na verdade, o sistema de indexação que montaram seria, originalmente, apenas para auxiliar a colocação de títulos do governo. Mas com a garantia contra a inflação, esse sistema rapidamente se propagou para preços e salários.

Havia um sistema de reajustes periódicos de salários e de preços também. Ao longo do tempo, a frequência com que os salários eram reajustados de acordo com a inflação passada foi se tornando cada vez maior. E a periodicidade desses reajustes, cada vez menor. Era um período de 12 meses, depois caiu para seis meses. Então, esse sistema de indexação se tornou cada vez mais forte.

Apesar de haver uma inflação muito alta, isso garantiu que o Brasil não dolarizasse. Os demais países latino-americanos, que tiveram uma inflação elevada como a nossa, dolarizaram. A Argentina dolarizou, o Peru dolarizou e nós continuamos com a nossa moeda – mas indexada e com salários e preços também indexados.

Em 1979, porém, veio o choque de juros. O Banco Central americano triplicou a taxa de juros e logo veio o segundo choque do petróleo. O Brasil importava muito petróleo (40% da pauta de importação). Os choques provocaram um impacto enorme na inflação, que chegara a 20% em 1968. Depois do primeiro choque do petróleo, chegou a 40% e, no segundo choque, bateu 100%, para chegar a 200% em 1984. **Aquela altura, obviamente, todo mundo estava discutindo o quê e como fazer.**

* Ex-Chefe do Departamento Jurídico do Banco Central do Brasil, Ex-Procurador-Geral da Fazenda Nacional, *Master of Laws* (LL.M.) pela *Harvard Law School*, Advogado.

¹ Trabalho feito a pedido do Banco Central do Brasil pela passagem de 30 anos de implantação do Plano Real.

1 Os planos econômicos e o mundo do direito

Todos os planos econômicos tiveram que enfrentar, no campo jurídico, duas questões de grande magnitude:

- como desativar, eficazmente, o novelo de normas voltadas à indexação da economia; afinal, o remédio existente no Brasil para evitar as consequências da inflação, sobretudo no campo obrigacional (transferências patrimoniais indevidas) e no campo das relações trabalhistas, encontrava e ainda encontra abrigo no instituto da correção monetária;
- como estabelecer regras adequadas de transição entre uma economia inflacionada (e indexada) e uma economia estabilizada (e não indexada), sem induzir ganhos ou perdas injustificadas e sem ferir o aparato constitucional de garantia aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Estamos às voltas, aqui, como se vê, com a questão da aplicação intertemporal de normas jurídicas, tema dos mais tormentosos do estudo do direito.

O Plano Cruzado não foi bem-sucedido, assim como não foram bem-sucedidos os demais planos econômicos que lhe seguiram (Bresser, Verão, Collor 1 e Collor 2), a cujo respeito, sobretudo em torno das razões de seu fracasso, há abundante literatura no campo da economia. Dizer que esses planos falharam significa dizer que não conseguiram alcançar seu principal objetivo, debelar a inflação em termos duradouros.

No campo jurídico, a discussão em torno das regras de transição desaguou, como era de se esperar, na perspectiva inescapável do dever de obediência às garantias constitucionais de proteção do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Simples assim, logo se desenvolveu eficiente plano de ataque aos programas de estabilização: ao alcançarem contratos em pleno vigor, índices pactuados livremente pelas partes não poderiam ser substituídos pelo índice novo imposto pela lei. Segundo essa visão, tal fenômeno, denominado “expurgos inflacionários”, acarretava perdas para os poupadores e significava, portanto, ofensa aos aludidos princípios.

Aparentemente distante e não contaminado por essa discussão, chamado a se manifestar sobre as regras (de todos os planos as mais drásticas) do Plano Collor 1, que determinaram a indisponibilidade de todos os depósitos bancários acima de um determinado limite e sua transferência compulsória para o Banco Central por um período de 18 meses (durante o qual sofreram a incidência de índice de correção monetária fixado pela lei), o Supremo Tribunal Federal não viu inconstitucionalidade no plano, num primeiro momento ao negar-se a suspender seus efeitos (aparentemente porque as consequências seriam ainda piores do que o estado de coisas de então), e, num segundo, ao reconhecer a perda de objeto da ação judicial dado o exaurimento daqueles mesmos efeitos (RE 206.048-8 RS, Redator para o acórdão Min. Nelson Jobim).

2 Tablita

Recorrendo a Gustavo Franco (2017, p. 501), “a despeito do intuito muito claro de evitar ganhos e perdas extraordinários em contratos pré-fixados, a tablita foi o assunto mais controverso do Plano Cruzado nos tribunais. O STF acabou se debruçando sobre o tema, entretanto, apenas em 2005, quando o assunto já estava morto, e, curiosamente, primeiro sobre a tablita aplicada no Plano Bresser, o caso mais difícil. Essa tablita era conceitualmente idêntica à do Plano Cruzado, exceto pelo fato de que era feita num plano de estabilização que não tinha trazido mudança de moeda. Sendo assim, a decisão que definiu a constitucionalidade da tablita do Plano Bresser (RE 141.190), tomada muito

tempo depois, teve como base uma pluralidade de argumentos, a maior parte dos quais adotando o entendimento de que a medida buscava reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da obrigação original, que havia sido seriamente perturbado por fato imprevisível (um ‘fato do príncipe’, no jargão jurídico, uma decisão governamental discricionária), o congelamento, que tornava a obrigação indevidamente onerosa para uma das partes.”

Acertadamente veio o STJ a reconhecer, no caso das tablitas, que se estava frente a alterações de “situações legais”, de ordem geral, que deveriam incidir sobre todos os contratos cujos vencimentos ocorressem posteriormente ao plano. A questão do direito adquirido ficaria, então, afastada, porque os comandos da lei nova, contidos nas “tablitas”, teriam a força de impor modificação dirigida a todos, com o fim de evitar locupletamento indevido dos credores em prejuízo dos devedores, “dada a modificação perpetrada na conjuntura econômica do país”, modificação essa que consistia no impedimento de ocorrer “a inflação prevista e que fazia parte dos contratos em curso” (Recursos Especiais 3.683-SP, 6.412-SP, 8.037-RS, 7.185-MG, 10.681-RS, 2.6658-SP, 2.349-SP, 10.345-MG, 6.887-SP, 13.615-SP, 36.841-SP, 30.862-RJ).

Para além das tablitas, as demais regras de transição dos demais planos (excetuado o Plano Real, como se verá) não chegaram a ser examinadas pelo STF. As instâncias inferiores (incluindo o Superior Tribunal de Justiça) entenderam, no entanto, que sua aplicação acarretava perda para os poupadores, o que determinava o dever de seu ressarcimento pelas instituições financeiras, a despeito de, em clara violação a conhecida Súmula do STF, não ter sido declarada a inconstitucionalidade dessas normas, apenas o seu afastamento e o dever de obediência ao quanto pactuado nos contratos.

Isso levou a que, mais recentemente, fosse alcançado acordo entre bancos e poupadores a respeito do pagamento dessas diferenças, cancelado pelo STF, cujo cumprimento ainda se acha em curso.

3 Plano Real

As regras de transição do Plano Real vieram dispostas no art. 38 da Lei 8.880, de 27 de maio de 1994, e suscitaram acesa polêmica, tanto entre juristas quanto entre economistas. Referido dispositivo determinou que o cálculo dos índices de correção monetária dos meses de julho e agosto de 1994 tomaria por base preços em real, o equivalente em URV dos preços em cruzeiros reais, e os preços nominados ou convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores, segundo critérios estabelecidos em lei. A aplicação de índice, para fins de correção monetária, calculado de forma diferente da assim estabelecida, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo, seria nula de pleno direito e não surtiria nenhum efeito.

Diante do quadro jurídico confuso e inseguro criado em torno das regras de transição dos planos econômicos anteriores, Pedro Malan pediu-me que elaborasse parecer jurídico abrangente sobre o referido dispositivo. Capaz de reunir dose de humor em torno de assunto tão árido, prometeu que, se o estudo resultasse convincente em favor da constitucionalidade do plano, faria sua panfletagem em locais públicos por onde passasse – “Exceto Saara e Feira de Acari, claro!”.

Seguem excertos que permitem a compreensão do raciocínio jurídico desenvolvido no referido estudo (publicado na R. Dir. Adm., 198:19/37, out/dez 1994), acrescidos de comentários e escritos posteriores relacionados com o tema, inclusive acerca da polêmica suscitada pela criação da URV.

4 A questão então posta

Credores de títulos (NTNs) de emissão do governo federal com cláusula de reajuste segundo a variação do IGP-M, da Fundação Getulio Vargas, pleitearam, no Poder Judiciário, o reconhecimento do direito à aplicação, nos meses de julho e agosto do ano de 1994 – quando a moeda legal já era o real, e os níveis de inflação mensal se situaram em patamares baixíssimos, próximos de zero –, dos índices de reajuste que refletiram parte da variação ocorrida nos meses de maio e junho, quando a moeda legal era o cruzeiro real, e os níveis de inflação mensal se situaram em patamares extremamente altos, próximos de 50%.

Na visão desse segmento de investidores, a regra acima transcrita causava desequilíbrio na equação econômica contida na relação obrigacional original, provocando indevido enriquecimento do devedor em detrimento do credor, ao determinar que um índice inferior àquele estabelecido pelas partes por ocasião do nascimento da obrigação fosse utilizado para fixar o seu valor de resgate. Ao interferir com cláusulas contratuais livremente pactuadas entre as partes (esse era o argumento), referida regra violaria as garantias constitucionais de proteção do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

Já de plano escancara-se a contradição dessa argumentação com a própria filosofia norteadora do programa de estabilização, centrada, como se sabe, na não contaminação da variação do poder de compra da nova moeda pela inflação da moeda antiga.

Estava-se à frente, pois, de questão realmente séria, ligada ao risco da não sobrevivência do Plano.

O assunto envolvia cifras de considerável magnitude, e seu deslinde requeria, necessariamente, uma análise (i) dos fundamentos do instituto da correção monetária e da metodologia tradicionalmente utilizada no Brasil para sua aplicação; (ii) dos limites impostos pela Constituição Federal ao legislador ao editar regras que interfiram com relações jurídicas preexistentes; e (iii) da extensão da capacidade – que se confunde com a obrigação primeira – desse mesmo legislador, também outorgada pela Constituição Federal, de editar medidas destinadas a afastar os entraves que privam a imensa maioria dos cidadãos brasileiros de condições de vida minimamente digna, medidas essas que fatalmente atingem, pela profundidade e extensão que necessariamente hão de ter, os interesses de toda a coletividade.

Entre tais medidas, avulta a de debelar a inflação e estabilizar a economia, aspiração legítima e comum de todos os segmentos da sociedade brasileira, sobretudo daqueles que, situados na base da iníqua pirâmide em que se compõe essa sociedade, não reúnem as condições mínimas de acesso aos mecanismos de um mercado financeiro altamente sofisticado.

5 Os fundamentos da correção monetária e a metodologia utilizada no Brasil para sua aplicação

O fenômeno da inflação, ou aumento constante e generalizado de preços – tal qual verificado na economia brasileira nas últimas décadas do século passado –, tem por consequência a desvalorização da moeda, a qual produz efeitos particularmente importantes no campo das obrigações pecuniárias. Obrigações pactuadas com base em moeda constantemente desvalorizada, é fácil perceber, exigem um remédio para que, no momento de sua satisfação, não haja indevida transferência patrimonial entre as partes contratantes.

O remédio, materializado entre nós no instituto da correção monetária, tem, pois, por fundamento assegurar equilíbrio nas relações contratuais nascidas e por vigorar em período inflacionário ou, por outra, evitar que haja o enriquecimento de uma das partes, na mesma proporção do empobrecimento da outra, em virtude, tão só, da desvalorização da moeda. Esse equilíbrio repousa na garantia de reposição, ao credor, da desvalorização da moeda ocorrida no período de vigência da obrigação.

É com esse fundamento e essa concepção, de inegável logicidade e acentuado conteúdo ético, que o instituto da correção monetária teve crescente, e hoje pacífica, acolhida na doutrina jurídica e nos tribunais do país.

Mas se não há basicamente discórdia quanto ao “direito” a correção monetária a que fazem jus, de maneira geral, credores de obrigações pecuniárias nascidas e por vigorar em período inflacionário, há considerável dificuldade, de outro lado, em se aplicar, para o período de vigência da obrigação, o índice de reajuste que reflita a inflação ocorrida naquele exato período.

A principal causa dessa defasagem reside no fato de que o trabalho de apuração de variação de preços leva tempo e, portanto, em geral não se encontram disponíveis índices para aplicação em obrigações cujos vencimentos se situam muito próximos do período de apuração. Invariavelmente, por isso, o que se observa é a aplicação, a título de correção monetária para o período de vigência da obrigação, de um índice de reajustamento que reflete a Inflação ocorrida em outro período, de igual duração.

Essa defasagem entre os dois períodos – o de vigência da obrigação e aquele levado em conta para o seu reajuste – constitui uma das principais características da metodologia de cálculo e de aplicação de índices inflacionários no Brasil.

Tomemos como exemplo uma obrigação reajustável pelo IGP-M (FGV) contraída em 10 de janeiro com vencimento em 10 de fevereiro do mesmo ano. Essa obrigação será reajustada pelo índice de “competência” do mês de janeiro (de 1/1 a 31/1), o que significa que um período de dez dias durante o qual a obrigação não existia (os dez primeiros dias de janeiro) será levado em consideração, em substituição a um outro período de dez dias (os dez primeiros dias do mês de fevereiro), durante o qual a obrigação estava em pleno vigor. Esse exemplo permite identificar um primeiro tipo de defasagem, aquela existente entre o período de vigência da obrigação e o de “competência” do índice que a reajustará.

Outra defasagem existe entre o período de “competência” do índice e o período de coleta de preços. Aproveitando o exemplo acima, da obrigação corrigida pelo IGP-M da FGV vencível em 10 de fevereiro, verifica-se que o índice de “competência” do mês de janeiro, que a reajustará, corresponderá à comparação do “preço médio” ocorrido durante o período de 21 de dezembro a 20 de janeiro com aquele verificado entre 21 de novembro e 20 de dezembro. Com isso, não apenas o período dos dez primeiros dias de fevereiro é ignorado, como também o período dos últimos dez dias do mês de janeiro, substituído pelos dez últimos dias do mês de dezembro.

Essas defasagens, ou substituição de certos períodos por outros na aplicação de índices de reajuste de obrigações, não acarretam qualquer consequência patrimonial para as partes se a variação de preços nos dois períodos for idêntica; haverá, naturalmente, consequência patrimonial para as partes na hipótese inversa, pela razão óbvia de que a variação de preços ocorrida no período substituído dá lugar a outra variação, maior ou menor, ocorrida no período efetivamente levado em conta para a fixação do índice, conforme a inflação seja crescente ou decrescente no período de vigência da obrigação.

É importante notar que essa defasagem se exacerba pelo fato de que a fórmula de medição de inflação comumente usada no Brasil é a que compara os “preços médios” dentro de determinado período com os “preços médios” de um período anterior. É a chamada “média contra média”. No caso do IGP-M, por exemplo, que leva em conta o período compreendido entre o dia 21 do mês anterior e o dia 20 do mês seguinte, o “preço médio” estará teoricamente localizado no dia 5 de cada mês.

Invariavelmente utilizado esse conceito, alguns institutos publicam a inflação ocorrida em diferentes quadrissemanas, ou seja, a variação do índice de preços em períodos sucessivos de quatro semanas, comparada com a variação dos preços das quatro semanas anteriores. É o caso dos índices do IBGE (INPC e IPCA) e da Fipe (IPC). Já os índices da FGV (IGP, IGP-M, IGP 10) são apurados em bases decendiais (três períodos de coletas mensais em vez de quatro).

Imaginemos, para ilustrar, a seguinte variação de preços num período de dezesseis semanas, utilizando o conceito “média contra média”:

	1º mês				2º mês				3º mês				4º mês			
Semanas	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16
Preços	110	120	130	140	150	160	170	180	190	200	210	220	230	230	230	230
Preços médios	125				165				205				230			
Inflação	-				32,0%				24,2%				12,1%			

O índice de inflação ocorrido no segundo mês (da 5ª à 8ª semana) seria de 28,6% se utilizado o conceito “ponta a ponta”, que reflete a noção intuitiva, comum, de inflação, resultante da comparação de 140 com 180, que representam os preços no início e ao final do período. Ao utilizar o conceito “média contra média”, a inflação do período será, no entanto, de 32,0%, porque serão comparados o preço médio do segundo mês, 165 (resultado da variação de 150 para 180), com o preço médio do primeiro mês, 125 (resultado da variação de 110 para 140). Utilizando-se a mesma fórmula, a inflação do terceiro mês será de 24,2%, como resultado da comparação do preço médio daquele período de quatro semanas (205) com o das quatro semanas anteriores (165).

A existência de defasagem produz resultados particularmente significativos quando há eliminação ou queda brusca de inflação. Observa-se que, durante as últimas quatro semanas, não houve inflação, porque os preços se mantiveram estáveis em 230. A utilização do conceito “média contra média”, no caso, para aferir o índice de inflação desse último período (que a rigor é zero), leva a uma distorção, representada pelo registro do chamado “resíduo inflacionário” do período anterior. Isso porque o preço médio desse período (230), comparado com o preço médio da quadrissemana anterior (205), registrará uma inflação de 12,1%.

Dois conceitos, portanto, merecem ser retidos, ao final deste capítulo:

1º) o fenômeno da defasagem, uma característica da metodologia de cálculo e de aplicação de índices de inflação no Brasil, assenta-se na presunção (ou expectativa) das partes de que não haverá modificação profunda no comportamento dos preços durante o período de vigência da obrigação. Por isso aceitam elas, ao pactuarem índice de reajuste onde a defasagem esteja embutida, o risco de variação patrimonial – usualmente não significativa –, a ele inerente, consubstanciado no fato de que o valor da obrigação será reajustado não pela variação ocorrida durante o período de sua vigência, mas por uma variação diferente, ocorrida em período diferente, embora de idêntica duração;

2º) alterações bruscas no comportamento de preços (p.e., eliminação ou redução drástica da inflação) durante o período de vigência da obrigação tendem a causar significativo desequilíbrio na equação econômica em que se baseia a relação contratual, exatamente porque, nesse caso, haverá substancial diferença entre a desvalorização a ser levada em conta para o reajuste da obrigação e aquela efetivamente verificada durante o período de sua vigência; particular relevância assume esse desequilíbrio, do ponto de vista jurídico, quando é ele resultado direto e imediato de ação estranha à vontade das partes (ação não levada em conta por ocasião da formação do ajuste), como, por exemplo, um ato governamental que introduza alterações profundas na economia do país.

6 Os princípios do plano de estabilização monetária e as regras de conversão para o novo padrão monetário – a controvérsia em torno da URV

Conforme expresso na Exposição de Motivos Interministerial que acompanhou a Medida Provisória 457, de 29 de março de 1994 (convertida pelo Congresso Nacional na Lei 8.880/1994), três foram os objetivos do Programa de Estabilização Monetária que naquele momento era implantado: o equilíbrio das contas do governo, a criação de um padrão estável de valor – a Unidade Real de Valor (URV), e a futura emissão desse padrão de valor como uma nova moeda nacional de poder aquisitivo estável – o real (ou seja, 1 URV = 1 REAL).

A URV foi instituída para servir exclusivamente como “padrão de valor monetário”, passando a deter poder liberatório somente quando “de sua emissão como moeda divisionária pelo Banco Central do Brasil”. Até 30 de junho de 1994, pois, a moeda antiga, o cruzeiro real, continuou a ser utilizado como meio de pagamento dotado de poder liberatório.

Como observa Gustavo Franco (*op. cit.*, p. 476),

na reforma de 1994, a moeda existente, o cruzeiro real – introduzido em 1993 na proporção de 1/1.000 relativamente ao cruzeiro de 1990 –, foi substituído pelo real na curiosa proporção de 1/2.750, em decorrência do engenhoso arranjo institucional proporcionado pela introdução da URV, uma moeda de conta oficial, parte integrante do sistema monetário nacional (§ 1º, art. 1º, Lei 8.880/1994), que existiu durante quatro meses encerrados em 1º de julho de 1994. A URV teve uma “taxa de câmbio” com relação ao cruzeiro real que variava diariamente até o dia em que teve sua denominação alterada para real e passou a ser utilizada em pagamentos.

Prosseguindo com Gustavo Franco (*op. cit.*, p. 575),

a ideia da URV como “moeda de conta” era central para um desenho que bem segregasse a moeda de pagamentos, o cruzeiro real, dessa “meia moeda” apenas de conta, em razão dos riscos derivados dos fenômenos descritos na seção anterior. Esse conceito não encontrou maiores objeções ou perplexidades no mundo jurídico, com a curiosa exceção do dr. Saulo Ramos, que, surpreendentemente, enxergou no artigo 1º ‘um primor de heresia jurídica [...] criou-se um *feto de moeda*, uma unidade monetária *intrauterina*, com nome apenas para o período gestatório, pois, a partir de sua emissão como moeda, passará a se chamar “real”, o que torna uma arrematada inutilidade tê-la chamado de URV no ventre materno, posto que outro nome terá quando nascer, segundo o anunciado batistério do art. 2º.

[...] As proverbiais dificuldades de relacionamento entre economistas e advogados, cada qual encastelado em seu idioma, têm aí um de seus exemplos mais interessantes. A resposta a tais objeções – que não tiveram nenhuma repercussão prática – caberia a um dos principais artífices desse desenho, o professor José Tadeu de Chiara, em artigo que permaneceu inédito e cujo teor talvez pudesse ser resumido em um simples mandamento que está na base não apenas da construção da URV, como também na maior parte dos temas que aqui abordamos: “Moeda é fruto de linguagem jurídica”. São inúmeros os corredores, labirintos e possibilidades ensejados pela linguagem da lei.

[...] Mais diretamente em resposta às objeções de Saulo Ramos, José Tadeu de Chiara ensina: “Curso legal é a qualidade jurídica da unidade estabelecida pelo sistema de normas para servir como padrão de valor e instrumento de pagamento. É comum o entendimento apressado de se enxergar como curso legal apenas o fato de cédulas ou as circulares moedas metálicas circularem de mão em mão, esquecendo-se a função básica e da maior importância para os mercados e todo o sistema de trocas, que é a de *validamente* expressar valores. Não é qualquer expressão de valor quantitativo, mas apenas a válida. Nesse ponto se separam duas vertentes da noção de curso legal: uma, da função de padrão de valor, e, outra, da função de instrumentar pagamentos. Por isso é preciso estabelecer, a quantos desconhecem, que a ausência de poder liberatório nada tem a ver com a atribuição de curso legal a determinada unidade monetária. Isso sim é heresia jurídica, imaginar que em razão de a norma ter atribuído curso legal a determinada unidade, como a URV, haveria de atribuir-lhe poder liberatório.

A mesma medida provisória estabeleceu a correspondência, em 1º de março de 1994, entre a URV e o cruzeiro real (1 URV = CR\$ 647,50), e determinou que a partir daí, até a data de emissão do real, a paridade diária entre o cruzeiro real e a URV tomaria por base a perda de poder aquisitivo do cruzeiro real medida por três índices de preços correntes no mercado, o IPCA-E, do IBGE, o IGP-M, da FGV, e o IPC (terceira quadrissemana) da Fipe, observado o “intervalo delimitado pela maior e pela menor variação mensal dos três índices”.

Como princípio básico do programa, a conversão para URV das obrigações expressas em cruzeiros reais nos contratos então em vigor dar-se-ia livremente, mediante acordo entre as partes. Para tais contratos, portanto, não haveria qualquer problema de conversão por ocasião da emissão do novo padrão monetário – bastaria transformar seu valor, expresso em número de URVs, por um outro valor, expresso por igual número de reais. Entre as exceções a essa regra de conversão voluntária incluíram-se (art. 16) as operações financeiras, creditícias e de poupança popular, as quais continuaram a ser expressas em cruzeiros reais até a emissão do real. Quando da emissão do real, essas obrigações – bem assim todas as não voluntariamente convertidas pelas partes para URV – teriam de ser compulsoriamente convertidas para a nova moeda, “de acordo com os critérios estabelecidos em lei, preservado o equilíbrio econômico e financeiro do contrato e observada a data de aniversário de cada obrigação” (art. 7º, parágrafo único).

É importante fixar, aqui, um dos princípios básicos do programa: a aplicação dos critérios que viriam a ser baixados pelo legislador para a conversão de tais contratos em reais em 1º de julho não poderia produzir resultado diferente daquele obtido pelas partes mediante conversão voluntária. Em outras palavras, se tínhamos dois contratos de igual valor (em cruzeiros reais) em 1º de abril, sendo um deles convertido voluntariamente para URVs e outro não, a conversão do valor de ambos para reais em 1º de julho deveria necessariamente produzir resultados idênticos, sob pena de, aí sim, haver quebra de regra elementar de isonomia e produzir o legislador indefensável desequilíbrio em todas as relações que o programa encontrou vigentes.

Os critérios que foram então estabelecidos para o reajuste e a conversão de tais obrigações em real, em 12 de julho de 1994, e os que definiram as regras para seu reajuste nos dois meses subsequentes, são os seguintes:

1º) os valores contratuais expressos em cruzeiros reais seriam reajustados pro rata tempore da data de seu último aniversário até 30 de junho de 1994, quando então seriam transformados em URVs e convertidos em real (MP 635/94, art. 20);

2º) sobre os valores convertidos em real, na forma acima, seriam aplicados pro rata tempore, da data da conversão (30 de junho) até a data do aniversário, os índices de correção monetária constantes do contrato, calculados de conformidade com o artigo 38 da Lei 8.880/1994 (MP 635/94, art. 24);

3º) consoante o art. 38 da Lei 8.880/1994, o cálculo dos índices de correção monetária nos meses de julho e agosto de 1994 tomaria por base preços em real, o equivalente em URV dos preços em Cruzeiros Reais, e os preços nominados ou convertidos em URV dos meses imediatamente anteriores;

4º) no cálculo de tais índices os preços em cruzeiros reais deveriam ser convertidos em URV pelo valor da URV no dia de sua coleta (MP 635/1994, art. 24, § 3º).

Não é difícil entender os desígnios do legislador. Alterações de padrão monetário implicam o estabelecimento de regras de conversão de obrigações de uma moeda para outra. Alterações de padrão monetário em economia altamente inflacionada igualmente implicam a adaptação das regras pelas quais se dá a medição do índice de desvalorização da moeda, de forma a tornar possível captar com precisão a variação ocorrida antes e depois da mudança, para que os índices de inflação reflitam, sempre, a variação do poder de compra da moeda em vigor.

Assim, porque houve, no caso concreto, alteração no padrão monetário do país, o cálculo da correção monetária no período imediatamente posterior à entrada em circulação da nova moeda deveria resultar da comparação entre preços na nova moeda e preços do período anterior fixados ou convertidos em URV. A razão é óbvia: a moeda antiga (cruzeiro real) já não mais existia, e somente a URV, consoante vimos, podia ser comparada com o real.

Ocorre que não houvesse o legislador estipulado tal forma de cálculo de correção monetária nos meses de julho e agosto, o fenômeno da defasagem, há pouco discutido, teria o condão de projetar para aquele período – em que o padrão monetário já era o real e o índice de inflação se situou em patamares baixíssimos, próximos de zero – parte da inflação registrada nos meses de maio e junho, em que o padrão monetário era o cruzeiro real e o nível de inflação mensal se situou em patamares extremamente altos, ao redor de 50%.

Imaginemos, a fim de facilitar o perfeito entendimento da questão, que, durante os meses de março, abril, maio e junho, tenha havido um índice de inflação constante de 45% ao mês e que, durante os meses de julho e agosto, o índice de inflação tenha sido zero. Imaginemos igualmente uma obrigação reajustável pelo IGP-M, contraída em 15 de abril e com vencimento em 15 de julho:

	Março	Abril	Maio	Junho	Julho
Inflação	45%	45%	45%	45%	0
Período de vigência da obrigação		<hr/> 15 15 15 15			
Índice de correção monetária sem aplicação do art. 38		45% 45% 45% <hr/> 15 15 15 15			
Índice de correção monetária com aplicação do art. 38		45% 45% 22,5% <hr/> 15 15 15 15			

A ilustração, como se vê, permite observar que:

1º) calculando-se o índice de reajuste sem se levar em consideração as regras do art. 38 da Lei 8.880/1994 e dos arts. 20 e 24 da Medida Provisória 635/1994, o valor da obrigação sofreria três reajustes de 45%, em 15 de maio, 15 de junho e 15 de julho, correspondentes às variações de preços ocorridas, respectivamente, nos períodos de 21 de março a 20 de abril, 21 de abril a 20 de maio, e 21 de maio a 20 de junho (em comparação, obviamente, com a variação ocorrida nos períodos mensais anteriores, já que estamos utilizando o conceito “média contra média”);

2º) calculando-se o índice de reajuste em obediência à fórmula do art. 38 da Lei 8.880/1994 e aos critérios dos arts. 20 e 24 da Medida Provisória 635/1994, o valor da obrigação sofreria dois acréscimos de 45% – um em 15 de maio e outro em 15 de junho, tal como no exemplo acima – e um terceiro de 22,5%, este último correspondendo à variação de preços efetivamente ocorrida no período de 15 de junho a 15 de julho.

Facilmente se nota que a diferença de 22,5% entre os dois exemplos resulta do fato de que, no primeiro deles, a um período em que a desvalorização foi efetivamente de 22,5% – de 15 de junho a 15 de julho – corresponderia um reajuste de 45%.

Em outras palavras, a não aplicação das regras de correção e conversão do programa levaria a que, no exemplo dado, houvesse uma transferência patrimonial do devedor para o credor da ordem de 22,5%, fruto exclusivo da defasagem entre o período de vigência da obrigação – 15 de abril a 15 de julho – e o período que seria levado em conta para seu reajuste – 21 de março a 10 de junho.

Quando aplicadas as regras de reajuste e conversão do programa, o fenômeno da defasagem desaparece, exatamente porque a variação de preços ocorrida no período levado em conta para o reajuste da obrigação é rigorosamente idêntica à variação ocorrida durante o período de vigência da obrigação (15 de abril a 15 de julho).

É extremamente importante observar, mais, que o resultado da aplicação das regras do programa coincide com o que resultaria da conversão voluntária, para URVs, em 15 de abril, do valor da obrigação então expresso em cruzeiros reais, e sua conversão, em 1º de julho, de URVs para reais. Tal circunstância realça o caráter de neutralidade e a rigorosa consistência técnica, em termos de resultados econômico-financeiros, das regras de correção e conversão trazidas pelo programa.

A indagação que cumpre responder, neste momento, é se, ao eliminar o efeito do fenômeno da defasagem, as regras do programa romperam o equilíbrio econômico subjacente à relação contratual original.

A resposta a essa indagação exige que se faça uma outra ordem de comparação, de forma a identificar quais teriam sido as consequências para as partes (primeiro) se não tivesse havido o programa de estabilização ou (segundo) se, tendo ele ocorrido, não existissem as regras de reajuste e conversão dos arts. 38 da Lei 8.880/1994 e arts. 20 e 24 da Medida Provisória 635/1994.

É razoável supor, à luz da experiência brasileira dos planos anteriores, que, na falta das medidas consubstanciadas no programa de estabilização, a inflação dos meses de julho e agosto situar-se-ia, no mínimo, nos mesmos patamares daquela verificada nos meses anteriores, ao redor de 50% ao mês. Nesse caso, é óbvio, a defasagem resultante da cláusula pactuada não teria o condão de acarretar desequilíbrio contratual, pois a existência de um aumento constante e generalizado de preços era imanente à relação jurídica e à pactuação da correção monetária, a despeito das eventuais diferenças, a favor de uma ou de outra parte, resultantes da fórmula adotada e do comportamento, ligeiramente crescente ou decrescente, dos preços no período.

Já no segundo caso – em que hipoteticamente não trouxesse o programa, ele próprio, as regras de reajuste e conversão dos valores em moeda antiga para a nova moeda –, haveria uma significativa transferência patrimonial do devedor para o credor (no exemplo dado, da ordem de 22,5%), correspondente à parcela de variação que excede aquela efetivamente verificada no período de vigência da obrigação.

Não há como deixar de reconhecer, pois, que, na presença de relações contratuais amparadas na presunção (ou expectativa) de uma inflação generalizada e constante, nas quais se fazia ínsito o fenômeno da defasagem de períodos, o elemento causador de desequilíbrio seria o próprio programa de estabilização – e tanto mais desequilíbrio ele causaria quanto mais eficaz se mostrasse no cumprimento de sua principal meta, que era a de eliminar ou drasticamente reduzir a inflação –, não trouxesse, ele próprio, o antídoto de tal malefício.

As regras de reajuste e conversão trazidas pelo programa não tiveram, pois, qualquer efeito desestabilizador de relações jurídicas; pelo contrário, buscaram elas exatamente preservar o equilíbrio imanente à relação obrigacional original e evitar que houvesse o indevido locupletamento do credor às custas do devedor, pois que esse seria o resultado, na ausência daquelas regras, causado pela eliminação ou redução drástica da inflação – convém repetir, efeito desejado do programa, ato legítimo e obrigação primeira do ente governamental e anseio generalizado de todos os segmentos da coletividade então condenados a arcar com o perverso ônus de tal flagelo.

Também não se pode afirmar que as regras do programa desvirtuaram o instituto da correção monetária, direito assegurado por nosso sistema a todos quantos sejam credores de obrigações pecuniárias em período inflacionário; pelo contrário, ao fazer com que o índice de reajuste fosse compatível com a variação de preços ocorrida no período de vigência da obrigação, as regras de reajuste e conversão estabelecidas no programa guardaram perfeita e completa harmonia com os fundamentos lógico e ético que emprestam legitimidade à utilização do instituto da correção monetária em nosso país.

Restaria perquirir, assim, se as regras de reajuste e conversão do programa violaram as garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, a despeito de se mostrarem tecnicamente consistentes e não causarem qualquer desequilíbrio contratual. Essa hipótese só existirá se se conseguir demonstrar que o credor tinha direito ao recebimento (a palavra “reposição” é inadequada, pois não há qualquer desvalorização a “repor”, se se levar em conta o período de vigência da obrigação) daquela diferença, nada obstante seu efeito desestabilizador na relação contratual – exatamente porque tal relação se assentava na expectativa de inflação futura constante, e não em sua eliminação ou redução drástica – e o fato de objetivamente exceder, em muito, a variação de preços efetivamente ocorrida no período de vigência da obrigação.

O exame da extensão daquelas garantias constitucionais, no caso, há de estar cotejado com a capacidade congressual, também outorgada pela Constituição, de legislar sobre “sistema monetário”.

7 As garantias constitucionais de proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito e a competência congressual para legislar sobre “moeda”

A regra em nosso sistema jurídico é de que a lei em vigor tem efeitos imediatos e gerais (à época, Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º), o que significa que alcança não só as relações ainda não constituídas como também todas aquelas que, iniciadas sob a égide da lei antiga, devam produzir efeitos sob o império da lei nova.

A exceção a essa regra acha-se inscrita na Constituição Federal (art. 5º, XXXV D): “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. O mandamento constitucional é dirigido ao legislador, o que significa que será inconstitucional a lei cuja observância resultar na violação de uma daquelas garantias. Reputa-se ato jurídico perfeito “o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”, e direito adquirido aquele “que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (à época, Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, §§ 1º e 2º).

Exemplo típico de ato jurídico perfeito é o contrato, naquilo em que materializa e aperfeiçoa relações jurídicas em total harmonia com a vontade das partes e com a lei em vigor. As regras assim pactuadas incorporaram-se ao patrimônio das partes quando o contrato se consuma, dando lugar ao direito à manutenção daquelas regras (que se reputa “direito adquirido”), a despeito das ulteriores modificações que a lei vigente ao tempo da formação do contrato venha a sofrer. As cláusulas contratuais protegidas pelas garantias fundamentais são aquelas situadas no campo reservado à autonomia da vontade das partes, não aquelas derivadas de um estatuto legal (na clássica definição de Roubier, *Le Droit Transitoire*, 2. ed. Dalloz et Sirey, 1960, p. 423), sempre alcançáveis pelos efeitos da lei nova. Reconhece-se, ademais, com base na teoria da imprevisão, que aquelas garantias cessam de existir quando fatores estranhos à vontade das partes e por elas não levados em conta quando da celebração do contrato modificam profundamente o equilíbrio em que a relação materializada no ajuste se baseia.

Dispõe o Congresso Nacional, de outro lado, de amplos poderes para legislar sobre “sistema monetário” (Constituição Federal, arts. 22, VI, e 48, XIII), o que abrange não só a disciplina da chamada moeda real, ou de pagamento, como também a da chamada moeda de conta, nesta incluídos os indexadores. Referidas normas incluem-se entre aquelas que Roubier classifica como modificadoras de um estatuto legal e que, entre nós, são usualmente denominadas como “de ordem pública”, porque dizem respeito a uma função estatal típica e indelegável – a regulação da moeda – e, pois, ao relacionamento do Estado com toda a coletividade, não sendo passíveis de modificação pela vontade exclusiva de particulares.

Dada sua natureza, as normas baixadas pelo Congresso Nacional com base nessa competência, sobretudo quando alteram a moeda de curso legal no país, aplicam-se imediatamente a todas as relações em curso. Nesse sentido se pronunciou o STF, ao julgar o RE 105.137 (Relator o Ministro Cordeiro Guerra), conforme se pode ler de sua ementa: “...não há direito adquirido a um determinado padrão monetário pretérito, seja ele o mil reis, o cruzeiro velho ou a indexação pelo salário mínimo. O pagamento se fará sempre pela moeda definida pela lei do dia do pagamento”. Da mesma forma,

e com a mesma clareza o voto do relator: “As leis monetárias, pela própria transcendência de direito público de que se revestem, são de aplicação imediata, segundo o consenso de Direito transitório, sobre os contratos em curso, e, bem assim, sobre qualquer relação jurídica de outra natureza, pública ou privada, não ressalvada pelo novo texto”.

Essa linha de entendimentos se repetiu, no âmbito do STF, no julgamento dos RE 106.132-RS (Relator o Ministro Cordeiro Guerra), 105.322-RS (Relator o Ministro Francisco Rezek), 107.512-RS (Relator o Ministro Octávio Gallotti) e 110.930-RS (Relator o Ministro Sydney Sanches).

De registrar, ainda no STF, o acórdão proferido pelo STF no julgamento do RE 114.982-5/RS, Relator o Ministro Moreira Alves: “As normas que alteram padrão monetário e estabelecem os critérios para conversão dos valores em face dessa alteração se aplicam de imediato, alcançando os contratos em curso de execução, uma vez que elas tratam de regime legal de moeda, não se lhes aplicando, por incabíveis, as limitações do direito adquirido e do ato jurídico perfeito”.

Houve dúvida, em certo momento, sobre se bastaria o rótulo de ordem pública em determinada norma para que estivesse ela fora do alcance das limitações constitucionais (Voto do Min. Moreira Alves na Adin 493-0-DF).

A questão, sob esse prisma, encerra uma dificuldade. Com efeito, se é certo que o estabelecimento de um princípio geral no sentido da inoponibilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito à imediata aplicação de leis “de ordem pública” pode levar ao completo esvaziamento daquelas garantias fundamentais, não menos certo é que a invocação e o acolhimento indiscriminados daqueles direitos podem frustrar ações governamentais legítimas, sobretudo aquelas tendentes a assegurar o alcance daquilo que também a Constituição Federal consagra como objetivos fundamentais do Estado democrático brasileiro: “garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, II e III).

Bastante elucidativa, a esse respeito, a linha de entendimento adotada pelo STJ, quando do julgamento do Resp 22.33 J-7/RS, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Comungando, naquela ocasião, da posição sustentada por José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Brasileiro, Malheiros Ed. 8. ed., 1992. p. 380), entendeu aquela Corte: “Não é rara a afirmativa de que não há direito adquirido em face da lei de ordem pública ou de direito público. A generalização não é correta nestes termos. O que se diz com boa razão é que não corre direito adquirido contra o **interesse coletivo**, porque aquele é manifestação do interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral”.

É importante ter em conta, nesse passo, invocando mais uma vez Paul Roubier, que a distinção que normalmente se estabelece, entre “situações legais” e “situações contratuais”, para o fim de se conferir proteção a estas últimas contra os efeitos da lei nova, fundamenta-se em que os contratos são, sempre, “atos de previsão”. Com efeito, a opção feita pelas partes por ocasião do ajuste seria inútil – para usar as palavras do festejado mestre francês – se uma lei nova, modificando as disposições do regime em vigor no dia em que o contrato foi travado, viesse a trazer uma subversão em suas previsões” (*op. cit.*, vol. 1, p. 587).

Tem-se, assim, que a existência de direito adquirido em relações contratuais (oriunda do ato jurídico perfeito) está intrinsecamente ligada à vontade das partes e ao equilíbrio da relação materializada no ajuste. Em consequência, quando fatos posteriores ao contrato, imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, modificam profundamente o equilíbrio contratual, não se pode alegar direito adquirido à manutenção das regras pactuadas, pois a manutenção, e não a alteração de tais regras, é que importará em subversão do quanto desejado pelas partes por ocasião da celebração do ajuste.

Do ponto de vista jurídico, há perfeita identidade entre a situação analisada pelo STF e pelo STJ por ocasião do julgamento da constitucionalidade das “tablitas” e a discutida a propósito do art. 38 da Lei 8.880/1994.

O pressuposto da cláusula de correção monetária é a existência de inflação, e seu fundamento lógico e ético consiste na necessidade de preservação do equilíbrio da equação econômica imanente à relação obrigacional original, o qual repousa na garantia de reposição, ao credor, da desvalorização da moeda ocorrida durante o período de vigência da obrigação.

Consoante já visto, a pactuação de cláusula de correção monetária em que o fenômeno da defasagem se fazia presente (e tal era o caso dos títulos corrigidos pelo IGP-M) assentava-se na presunção das partes de que não haveria modificação substancial no comportamento dos preços durante o período de vigência da obrigação. Em outras palavras, a previsão das partes era a manutenção e constância da inflação. Radical alteração no comportamento dos preços ocorreu, no entanto, quando da implantação da nova moeda (o real) em 1º de julho de 1994, fazendo com que, de um índice de inflação mensal ao redor de 50%, passasse-se, bruscamente, a um índice próximo de zero. Na medida em que o fenômeno da defasagem faz com que o reajuste da obrigação se dê por um índice que não leva em conta a desvalorização ocorrida durante seu período de vigência, mas em outro período, de igual duração, a queda brusca da inflação, ocorrida com a implantação do programa de estabilização, tem o condão de gerar brutal desequilíbrio na relação contratual, em prejuízo do devedor, se as regras de correção monetária ali fixadas forem mantidas.

Tal consequência – o desequilíbrio contratual – não se pode reputar como desejada pelas partes ou inerente à contratualidade originária, no caso, seja porque (primeiro) sua causa, a redução drástica da inflação, deriva com exclusividade de ação estranha à vontade das partes – o ato governamental que, a par de impor alterações profundas na economia do país, também alterou seu padrão monetário –, seja porque (segundo) a evidência do desequilíbrio, o locupletamento de uma das partes em detrimento da outra, configura evidente afronta aos fundamentos lógico e ético do instituto da correção monetária, tal como hoje sedimentado em nosso sistema jurídico.

Consoante já observado, dois foram os efeitos práticos produzidos pela aplicação do art. 38 da Lei 8.880/1994 e das regras de conversão (dos valores em moeda antiga para a nova) trazidas pelo programa:

1. o índice de reajuste das obrigações com vencimento em julho e agosto coincidiu com a desvalorização efetivamente ocorrida durante o período de vigência da obrigação, e
2. o resultado da conversão para reais, em 12 de julho, de uma obrigação em cruzeiros reais na qual tenham sido aplicados os critérios de correção e de conversão trazidos pelo programa de estabilização, coincidiu com o resultado obtido pela conversão voluntária para URVs de uma outra obrigação em cruzeiros reais, do mesmo valor, ocorrida no período compreendido entre 10 de abril e 30 de junho, posteriormente (em 1º de julho) convertida de URVs para reais.

Não há que se falar, assim, que as regras do programa desestabilizaram relações jurídicas, impuseram perdas a uma das partes (o credor), ou desvirtuaram o instituto da correção monetária. Ao contrário do que se alega, o efeito desejado (e alcançado) do art. 38 da Lei 8.880/1994 – tal como o efeito desejado (e alcançado) das “tablitas” de planos anteriores – foi exatamente o de preservar o equilíbrio da relação contratual e evitar o locupletamento (a todos os títulos indevido) do credor em detrimento do devedor. Ao fazerem com que o índice de reajuste coincidissem com a variação de preços ocorrida no período de vigência da obrigação, aquelas regras se puseram em total e perfeita

harmonia com os fundamentos lógico e ético que emprestam legitimidade à utilização do instituto da correção monetária em nosso país.

Sob um outro prisma, a questão pode ser enfocada. Argumenta-se que as medidas do programa tiveram efeito retroativo, por alcançar pactos ocorridos anteriormente à sua vigência. O argumento não procede. Os casos levados ao Judiciário envolveram contratos de execução sucessiva, em que há uma multiplicidade de prestações ao longo do período de existência da obrigação. As medidas do programa preservaram, conforme exaustivamente se viu, aquilo que foi objeto de acerto entre as partes, até o momento de introdução da nova moeda de curso forçado no país, em 1º de julho de 1994. Tudo aquilo, pois, que naquele momento era “direito adquirido” das partes permaneceu intocado.

A alteração introduzida pelo programa de estabilização – na prática a eliminação dos efeitos da defasagem – afetou apenas aquilo que Roubier denomina de *facta pendentia* e *facta futura*, que correspondem, na teoria de Gabba, à mera “expectativa de direito”, situação não protegida em nosso sistema jurídico. Essa expectativa se materializaria nas consequências que a cláusula pactuada, assentada na previsão de continuidade do quadro econômico altamente inflacionário do país, projetava para o futuro, para o período posterior à introdução da nova moeda. Exatamente porque o programa de estabilização (no qual a reforma monetária se inseriu) alterou aquele quadro, e porque era lícito (mais do que lícito, era inadiável obrigação do legislador) fazê-lo – desde que as regras alcançassem, como efetivamente alcançaram, de forma neutra, a generalidade das obrigações em curso –, foram editadas regras destinadas a evitar o desequilíbrio contratual e as brutais perdas que a manutenção daquelas cláusulas geraria para o devedor, no contexto de um quadro econômico radicalmente diferente do previsto pelas partes.

A defesa da tese contrária repousa numa premissa insustentável sob qualquer ângulo pelo qual se possa examiná-la, mas sobretudo do ponto de vista ético. É como se se pudesse sustentar que, por repousar a cláusula de correção monetária na previsão de aumento constante e generalizado de preços, tivesse o credor, uma vez firmado o contrato, direito adquirido aos efeitos da ocorrência do fenômeno, a despeito de sua inexistência.

Na prática, é como se o legislador estivesse impedido de dar solução ao mais angustiante dos problemas do país – a inflação crônica que torna cada vez mais pobres os já miseráveis simplesmente porque a persistência de tal problema e de tão escandalosa situação constitui “direito adquirido” de alguns poucos.

8 Conclusão do Parecer sobre a constitucionalidade do Plano Real

- Se, como exaustivamente visto, a cláusula de correção monetária que se pretendia ver mantida nas diversas relações ora discutidas no âmbito do Poder Judiciário assentava-se na previsão de inflação permanente e constante, expectativa que se viu frustrada por um evento estranho à vontade das partes – o programa de estabilização monetária implantado pelo governo;
- se o elemento central de referido programa, a modificação do padrão monetário do país, exigia regras precisas, claras e neutras de conversão, da velha para a nova moeda, das obrigações então existentes;
- se a modificação do padrão monetário do país igualmente exigia regras precisas, claras e neutras de aferição dos índices de desvalorização da velha e das novas moedas, em padrões entre si comparáveis;

- se as regras trazidas pelo programa alcançaram, efetivamente, de forma neutra, a generalidade das situações existentes (“situações legais”), preservando o que no momento de implantação da nova moeda constituía “direito adquirido” das partes contratantes;
- se referidas regras não acarretaram desequilíbrio nas relações contratuais então vigentes, antes preservaram esse equilíbrio;
- se referidas regras não impuseram qualquer perda às partes, antes impediram que essas perdas ocorressem;
- e, finalmente, se referidas regras não desvirtuaram o instituto da correção monetária, antes compatibilizaram sua concreta aplicação, no caso, com os fundamentos lógico e ético que emprestam legitimidade à utilização do instituto em obrigações pecuniárias nascidas e por vigorar em período inflacionário;
- **é imperioso concluir, com a boa doutrina e a majoritária jurisprudência, que não se faz presente, no caso, qualquer das situações que caracterizam ofensa a direito adquirido ou a ato jurídico perfeito.**

9 O conforto dado pela palavra final do Supremo Tribunal Federal

Mais de duas décadas depois da implantação do Plano Real, mais precisamente em 16 de maio de 2019, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da sua constitucionalidade, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 77-DF, relator o Min. Dias Toffoli.

A Ementa do Acórdão é suficientemente esclarecedora:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Existência de relevante divergência interpretativa. Plano Real. Transição da moeda antiga para a nova. Artigo 38 da Lei nº 8.880/94. Bases a serem tomadas para o cálculo dos índices de correção monetária atinentes a julho e agosto de 1994. Artigo criado para que houvesse a exata medição da inflação antes e depois da alteração da moeda. Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das obrigações reajustáveis. Inexistência de expurgo inflacionário. Dispositivo imanente à alteração da moeda. Novo regime monetário. Norma de natureza estatutária ou institucional. Possibilidade de aplicação imediata. Ausência de violação do art. 5º, XXXVI, da CF/1988. Procedência da ação.

- 1 O art. 38 da Lei 8.880/1994 (cuja origem remonta ao art. 36 da MP 494/1994), estabelecendo as bases a serem tomadas para o cálculo dos índices de correção monetária em julho e agosto de 1994, ensejou a precisa medição da inflação antes e depois da substituição do cruzeiro real pelo real, bem como a preservação do equilíbrio econômico-financeiro das obrigações reajustáveis por ele alcançadas.
2. O dispositivo, imanente às normas responsáveis pela alteração da moeda, não promoveu, quanto àqueles meses, expurgo inflacionário.
3. Consoante o entendimento da Corte, normas que tratam de regime monetário, como aquelas que substituem uma moeda por outra, são de natureza institucional e estatutária, e não apenas de ordem pública, não sendo possível opor a sua aplicação imediata a cláusula de proteção ao direito adquirido ou ao ato jurídico perfeito. Precedentes. Jurisprudência aplicável ao presente feito.

4. É válida a aplicação de índices de correção monetária calculados de acordo com os comandos do art. 38 da Lei nº 8.880/94, como, por exemplo, o IGP-2, apurado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Também é legítimo o parágrafo único do dispositivo ao dispor que, observado o parágrafo único do art. 7º da mesma lei, é nula e não produz efeitos a aplicação de índices, para fins de correção monetária, calculados sem obedecer a tais comandos.
5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente, declarando-se a constitucionalidade do art. 38 da Lei 8.880, de 27 de maio de 1994, e consignando-se que a aplicação imediata desse dispositivo não viola o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.
6. Tese proposta e aprovada: “é constitucional o art. 38 da Lei 8.880, de 27 de maio de 1994, não importando a aplicação imediata desse dispositivo violação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal”.

Cabe, assim, reconhecer o mérito e a excelência do trabalho de todos quantos contribuíram para o sucesso do Plano Real – mentores, formuladores, executores, defensores de sua constitucionalidade junto ao Poder Judiciário –, no que sua implantação significou em termos de avanço civilizatório e de proteção à imensa parcela da sociedade brasileira sujeita aos malefícios de uma economia afetada pelo flagelo da inflação e sem acesso aos mecanismos de proteção existentes em um mercado financeiro altamente sofisticado.

A essa altura, o passar inexorável do tempo permite reflexões, como a que faz Gustavo Franco (2023, p. 116):

O Plano Real teve uma dimensão institucional supertranscendente, distributivamente crucial, condição essencial necessária para se pensar em desenvolvimento econômico a sério. Em boa medida, a hiperinflação era o fracasso de um modelo. Nós ainda não resolvemos qual será o outro modelo, nós apenas medicamos o organismo dos efeitos nefastos decorrentes do modelo colapsado, mas qual é o novo? (...) **A saúde da moeda, como a do organismo, é uma agenda permanente.**”

10 Registro final: o Departamento Jurídico do Banco Central (Dejur) teve participação ativa nas discussões envolvendo a elaboração dos planos econômicos e na defesa de sua constitucionalidade junto ao Poder Judiciário

Nas discussões presentes nos trabalhos de elaboração do primeiro programa de estabilização monetária implantado no Brasil (Plano Cruzado, 1986), havia uma grande equipe de economistas, presidente e diretores do Banco Central à frente, e, no lado dos advogados, participávamos eu e José Coelho Ferreira, pelo BC, ao lado de Rui Jorge, da PGFN, e José Celso de Mello, então assessor na Consultoria Geral da República, todos sob a supervisão de Saulo Ramos, Consultor Geral da República no Governo José Sarney.

As discussões tomavam o dia e entravam pela noite. Discussões complexas, envolvendo árdios temas econômicos, que, quando conseguiam encontrar um mínimo de consenso entre os especialistas tinham, ainda que superar severo escrutínio no campo jurídico.

As dificuldades eram imensas, pois não se tinha qualquer experiência do gênero neste quadrante dos trópicos. A junção de economistas e advogados, em princípio promissora, algumas vezes não lograva encontrar fórmulas jurídicas de fácil entendimento em termos de norma positivada. Os “idiomas” de cada grupo, no campo técnico (economês e juridiquês), não eram de fácil assimilação pelo outro grupo. Era frequente a necessidade de republicação dessas normas, alteradas para que pudessem levar clareza, confiança e segurança jurídica para a sociedade como um todo, sobretudo em termos de governança pública, aparato legal no âmbito do sistema financeiro e relações trabalhistas.

Sobravam as dúvidas quanto àquilo que estava em vigor e o que não mais estava, e quais seriam os efeitos jurídicos daquilo que havia sido modificado. Saulo Ramos, em meio a outras tiradas de humor, passou a sugerir que esses diplomas legais deveriam ter, como regra final, dispositivo dizendo “Esta norma entra em vigor na data de sua **republicação**”.

Assim como no Plano Cruzado, participamos ativamente eu e José Coelho Ferreira, pelo Dejur do BC, das discussões preparatórias dos planos econômicos Bresser, Verão e Collor 2, ao lado de muitos integrantes das equipes econômicas que se sucederam no governo. Mesma batida, discussões entrando pela noite e, muitas vezes, pela madrugada, textos escritos e reescritos muitas vezes, em busca de clareza e adequação técnica.

Todos esses planos, a começar do Cruzado, renderam intermináveis discussões no Poder Judiciário, tendo o Dejur do BC a obrigação de defender a higidez dos atos governamentais, nessa frente de batalha, em Brasília, por meio de sua Divisão do Contencioso, chefiada por Manoel Lucívio de Loiola, e nas delegacias regionais do BC, pelas equipes dos núcleos jurídicos lá existentes.

Tal qual o resto da população, tivemos conhecimento das regras do Plano Collor 1 pela TV, na sequência das entrevistas dos idealizadores do plano, no dia em que essas regras foram publicadas e entraram em vigor.

Dadas as drásticas medidas contidas nesse plano, em especial a indisponibilidade dos recursos acima de um determinado limite depositados no sistema bancário (fenômeno denominado na mídia e na população como “confisco”), a batalha junto ao Poder Judiciário recrudescceu. Liminares às dezenas eram concedidas diariamente em primeira instância pelo Brasil afora, em regra determinando a liberação de parcelas dos recursos bloqueados (o que ficou conhecido por “torneiras”), a demandar a incansável atuação do contencioso e dos núcleos regionais do Dejur praticamente 24 horas por dia.

Manoel Lucívio de Loiola em Brasília, Jorge Amaury Maia Nunes em Belém, José Sebastião Veloso em Recife, Francisco Siqueira e Arício Fortes em Salvador, Osmar Tognolo em Belo Horizonte, Almir Martins Bastos e Flávio Maia Fernandes dos Santos no Rio de Janeiro, Carlos Alberto Ferriani em São Paulo, Francisco Munia Machado em Curitiba, Teori Albino Zavascki e Marisa Barbosa em Porto Alegre, esses eram os marechais de campo encarregados da defesa diuturna, ingrata e nem sempre vitoriosa, da constitucionalidade das regras do plano. Como já registrado, provocado para decidir essa tormentosa questão, sem apontar vício dessa natureza o STF terminou por arquivar o processo pertinente por perda de objeto.

Na primeira fase de preparação do Plano Real, eu estava no exterior, em programa de pós-graduação. Gustavo Franco pediu-me que indicasse alguém da área jurídica para trabalhar diretamente com ele nas discussões presentes nessa fase e, principalmente, no trabalho de elaboração de textos legais. Como não poderia ser de outra forma, indiquei José Coelho Ferreira, dada a experiência acumulada na feitura dos planos anteriores. Foi de inestimável valor, mais uma vez, a participação de José Coelho Ferreira, como parceiro de Gustavo Franco, no hercúleo trabalho de elaboração dos textos normativos necessários à implantação do plano.

Retornei ao Brasil em julho de 1994, quando entraram em vigor as regras do plano, e a partir daí seguimos os três engajados, sob a liderança de Gustavo Franco, no esforço de dar continuidade às infindáveis discussões e aos trabalhos de preparo das normas que deveriam assegurar perenidade e solidez jurídica ao plano.

O debate no Poder Judiciário persistiu, o que manteve sem trégua o trabalho incansável da área do contencioso do Dejur e de seus núcleos regionais na defesa intransigente das regras do Plano Real, e que só veio a terminar, como acabamos de ver, bem recentemente, com o tão aguardado ponto final colocado pelo STF nessa discussão.

Aqui cabe uma última reflexão: o STF colocou um ponto final na discussão sobre a constitucionalidade do Plano Real, isso é certo. Não se pode ignorar, no entanto, que, embora os fundamentos dessa decisão sejam aplicáveis a todos os demais planos de estabilização econômica, ainda pululam, nas mais diversas instâncias do Poder Judiciário, questionamentos sobre a constitucionalidade desses demais planos, normalmente ancorados na suposta existência de uma sedimentada jurisprudência sacramentada pelo STJ.

É preciso que se dissemine, pois, a noção de que, pela abrangência e alcance das regras dos planos de estabilização, sobretudo na presença de alteração de moeda, não há lugar para dúvida: sempre estaremos frente à alteração de um estatuto legal, de ordem geral, que alcança a generalidade das pessoas, sem qualquer referência ou discriminação de ordem subjetiva. Obedecidas às premissas aqui postas, parece óbvio que isso vale para o futuro.

Com efeito, como vimos com clareza nas discussões do Plano Real, todo esforço de estabilização será em vão se não se puder neutralizar, no período posterior à introdução de uma nova moeda, os efeitos da inflação ocorrida na moeda antiga. Em outras palavras, imaginar programa de estabilização sem as regras de correção e conversão aqui discutidas seria como misturar no mesmo remédio a droga destinada a curar um determinado vício com a droga que assegura sua permanência.

Daí a vital importância dessas regras para a plena consecução dos objetivos de programa de estabilização. Daí também a conclusão de que o grande perdedor com a sua ausência será sempre o conjunto da sociedade, já que a inflação que o programa objetiva extirpar, e que constitui o elemento central do quadro econômico anterior ao programa, constitui também significativo fator impeditivo do desenvolvimento econômico do país e circunstância que só faz agravar os monstruosos níveis de desigualdade social aqui existentes, na medida em que onera mais pesadamente as classes menos favorecidas, sem condições de acesso a um mercado financeiro altamente sofisticado.

Os Aspectos Regulatórios da Tributação sobre Transações Digitais de Criptoativos

Anna Cecília Moreira Cabral*

Introdução. 2 Iniciativas da União Europeia. 3 Proposta discutida no Brasil. 4 Eficiência vs. equidade. Conclusão

Resumo

Este trabalho visa analisar a proposta de Reforma Tributária apresentada no Brasil que incluía transações digitais de criptomoedas, avaliando-a de acordo com os critérios de eficiência e equidade a partir de reflexões obtidas da teoria econômica proposta pelo autor Thomas Piketty.

Palavras-chave: Direito tributário. Economia digital. Aspectos regulatórios. Tributação de criptoativos. Transações financeiras.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará e Mestre em Direito Regulatório pela Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro.

The Regulatory Aspects of Taxing Digital Transactions involving Crypto Assets

Abstract

This paper aims to analyze the Tax Reform proposal presented in Brazil that included digital cryptocurrency transactions, evaluating it according to the criteria of efficiency and equity from reflections obtained from the economic theory proposed by author Thomas Piketty.

Key words: *Tax law. Digital economy. Regulatory aspects. Taxation of crypto-activities. Financial transactions.*

Introdução

As transações digitais crescem cada vez mais em um mundo conectado, as quais podem incluir compras *on-line*, pagamentos eletrônicos, transferências bancárias e outros tipos de movimentação de dinheiro eletronicamente. O fluxo financeiro acelerou e se intensificou como nunca, o capital e as corporações estão cada vez mais voláteis e operam de forma transnacional. Os ativos intangíveis, o capital intelectual e a informação ganharam importância relevante. Desse modo, pelo fato de elas ocorrerem cada vez com mais frequência, é importante considerar os aspectos regulatórios da tributação sobre elas. Dito isso, sabe-se que, em muitos países, as transações digitais são tributadas de maneira semelhante às operações de pagamento realizadas com dinheiro físico. Isso significa que, por exemplo, os impostos sobre vendas, como o Imposto sobre Valor Agregado (IVA) ou o *Goods and Services Tax* (GST), podem ser aplicados a compras *on-line* da mesma forma que são aplicados a compras em lojas físicas em algumas jurisdições. É importante ressaltar que os ganhos de capital obtidos por meio de transações digitais, como o lucro obtido ao vender criptomoedas, também podem ser tributados nesse contexto.

No entanto, a tributação de transações digitais é considerada um assunto complexo e em constante mudança, pois os governos estão ainda tentando conciliar a aplicação do Direito Tributário com o acompanhamento quase impossível do ritmo das mudanças na economia digital. Assim, sabe-se que alguns países têm leis específicas sobre tributação de transações digitais,¹ enquanto outros ainda estão trabalhando para desenvolver regulamentações adequadas. Além disso, as regulamentações internacionais sobre tributação de transações digitais tornam-se ainda mais complexas,² visto que envolvem diferentes jurisdições e leis fiscais. O avanço tecnológico também tem trazido mudanças

1 A doutrina jurídica divide o poder de tributação em duas vertentes: a pessoal e a territorial. A base pessoal se refere à nacionalidade, como é o caso dos Estados Unidos e das Filipinas. Assim, o princípio da territorialidade, entendido de forma mais tradicional, estabelece que as leis tributárias só são aplicáveis aos fatos ocorridos no território do Estado em questão, independentemente da nacionalidade, domicílio ou residência do sujeito passivo. Contudo, a OCDE tem uma definição tradicional do que é um estabelecimento permanente, que envolve uma combinação de fatores funcionais e geográficos. No entanto, as novas formas de atividade econômica, promovidas pela tecnologia, estão desafiando cada vez mais os fatores geográficos.

2 "The location of a company's server in a country is hardly determinant for a person's tax residence in that country, even if that person lives in an online virtual community at a Website built by that Internet company and offering to that person a homestead where he goes (tele-shopping, banking, working, commuting, recreating, goes to school, etc. That person continues to be a resident of the State which is primarily designated by his permanent home as a physical nexus." HINNEKENS, L. The challenges of applying VAT and income tax territoriality concepts and rules to international electronic commerce. Intertax v. 26. Kluwer Law International 1998.

significativas no cenário tributário, incluindo questionamentos aos padrões teóricos de tributação, tanto a nível nacional quanto internacional. Esses questionamentos podem incluir as ideias de segurança jurídica, legalidade tributária, territorialidade e universalidade.³

Um exemplo de regulamentação específica sobre tributação de transações digitais é o *Sped Fiscal Digital*, implementado no Brasil em 2018. Esse sistema permite que as empresas enviem informações fiscais eletronicamente para a Receita Federal, facilitando o processo de tributação e diminuindo a possibilidade de erros ou fraudes. Outro exemplo é a “Diretiva sobre Serviços Digitais”⁴ da União Europeia, que estabeleceu regras para a tributação de serviços digitais prestados por empresas que operam fora da União Europeia, mas que prestam serviços para consumidores na UE.

Ofato de que as regulamentações sobre tributação de transações digitais podem variar amplamente de um país para outro pode criar desafios para empresas que operam em vários mercados. Ademais, a falta de regulamentação clara pode dificultar ainda mais e, conseqüentemente, aumentar os custos de conformidade fiscal para as empresas e os indivíduos que realizam transações digitais. Para abordar esses desafios, é importante que os governos desenvolvam regulamentações claras e consistentes, para que seja possível garantir que as empresas e os indivíduos estejam cumprindo com suas obrigações fiscais de maneira justa e transparente.

Diante desse cenário, o presente trabalho visa analisar a proposta de Reforma Tributária apresentada no Brasil, que, por sua vez, dispõe também sobre transações digitais de criptomoedas. Ela será avaliada de acordo com os critérios de eficiência e equidade concebidos a partir da teoria econômica de Thomas Piketty.⁵ Para isso, o primeiro capítulo tratará das iniciativas estabelecidas pela União Europeia, visto que o bloco econômico é pioneiro nos debates sobre regulação do setor, incluindo a área tributária, e, por isso, acaba servindo de modelo para outros países do mundo. No segundo capítulo, será explicitada a proposta, apresentada pelo ex-ministro da economia Paulo Guedes, que esteve em discussão no Brasil e compreender o que ela objetiva estabelecer de inovador no Direito Tributário brasileiro. Por fim, no terceiro capítulo, a proposta será analisada de acordo com os critérios de equidade e eficiência estabelecidos por Thomas Piketty e, a partir disso, explicitar quais são os pontos positivos e as críticas a respeito do que foi mencionado.

2 Iniciativas da União Europeia

Apesar dos esforços significativos feitos pela União Europeia (UE) para desenvolver o setor da economia digital, houve vários desafios e tribulações ao longo do caminho. Um deles tem sido a falta de consistência e harmonização entre os estados membros quando se trata de regulamentos

3 O relatório da Ação 1 do Plano BEPS, elaborado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 2015, concluiu que tanto os planejamentos tributários abusivos quanto as mudanças nas formas de negócios promovidas pela tecnologia moderna representam uma ameaça à base tributária dos Estados. Isso ocorre porque os sistemas tributários tradicionais não conseguem acompanhar essas novas realidades econômicas. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/plano-de-acao-para-o-combate-a-erosao-da-base-tributaria-e-a-transferencia-de-lucros-9789264207790-pt.htm>. Acesso em: 2 dez. 2022.

4 O *Digital Services Act* (DSA) é uma proposta de regulamentação da União Europeia para regular os serviços de plataforma digital, com o objetivo de promover a confiança e a segurança do usuário online, garantir uma concorrência leal e proteger os direitos de autor. A proposta inclui medidas para melhorar a transparência e responsabilidade das plataformas digitais, a fim de garantir que elas cumpram as leis da UE e responsabilizá-las pelo conteúdo ilegal ou prejudicial que estejam promovendo. Também inclui disposições para ajudar a proteger os direitos de autor e outros direitos de propriedade intelectual online. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020PC0825>. Acesso em: 2 dez. 2022.

5 Thomas Piketty é um economista francês conhecido por sua pesquisa sobre desigualdade econômica e distribuição de renda. Ele é autor de vários livros sobre o assunto, incluindo “Capital in the Twenty-First Century”, que se tornou um best-seller internacional. Nesse livro, Piketty argumenta que a desigualdade de renda e de riqueza tende a aumentar naturalmente no sistema capitalista, e que é necessária uma intervenção política para mantê-la sob controle. Seus trabalhos têm sido amplamente discutidos e influenciado a discussão sobre a desigualdade econômica em todo o mundo. Disponível em: <http://piketty.pse.ens.fr/en/>. Acesso em: 2 dez. 2022.

digitais. Diferentes países têm leis e regulamentos distintos em relação a questões como tributação de robôs, empresas de tecnologia, *softwares* e comércio eletrônico e criptoativos. Isso acaba criando barreiras ao comércio transfronteiriço e impedindo o desenvolvimento de um mercado digital eficiente. Outro desafio a ser enfrentado tem sido a divisão digital, que se refere ao acesso desigual às tecnologias e à infraestrutura digital, que demonstra que, enquanto algumas regiões da UE têm desenvolvimento tecnológico avançado e altos níveis de alfabetização digital, outras nações ficam para trás. Esse fato cria desigualdades e impede o crescimento da economia digital em certas áreas.

Além disso, também tem havido preocupações a respeito do impacto da tecnologia nos empregos. Embora alguns empregos tenham sido criados no setor tecnológico, há receios de que a automação e o uso crescente da tecnologia possam levar à perda de empregos em outros setores. A UE tem tentado abordar essa questão por meio de iniciativas como a *Digital Skills and Jobs Coalition*, que visa ajudar os trabalhadores a adquirir as habilidades necessárias para prosperar nesse contexto. Finalmente, discute-se também sobre o impacto da economia digital nas indústrias tradicionais, tais como varejo e mídia, que foram perturbadas pelo aumento do comércio eletrônico e dos serviços de *streaming*. A União Europeia tem tentado abordar essas preocupações por meio de iniciativas como a Nova Mídia e a Política Audiovisual, que visa apoiar a transição para a era digital desses setores. Portanto, embora tenha havido progressos significativos no desenvolvimento de uma economia digital, ela continua a exigir discussões para a compreensão de como o Direito Tributário pode atuar nesse cenário.

Nesse mesmo sentido, o Direito Tributário Internacional está se esforçando para promover uma atuação coordenada a nível mundial para combater o planejamento fiscal agressivo e trocar informações visando estabelecer um padrão internacional. Esse esforço levou à criação do projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), que inclui quinze medidas para reduzir práticas fiscais prejudiciais e abusos nos tratados internacionais. O objetivo do projeto BEPS é combater a erosão da base tributária e o deslocamento do tributo, e foi desenvolvido pela OCDE com o apoio do G20. Além de combater a evasão fiscal, essa cooperação global tributária também ajuda a garantir que os Estados soberanos não percam receitas que lhes são devidas, o que é uma questão importante para as finanças públicas de países enfrentando uma crise fiscal acentuada.

O projeto BEPS foi criado como uma tentativa de promover a cooperação fiscal em nível mundial, protegendo a livre concorrência, as finanças públicas estatais e, indiretamente, combatendo a criminalidade que pode ser escondida através da tributação. Existe uma preocupação em atualizar o Direito Tributário, mas sem renunciar aos princípios fundamentais da tributação reconhecidos em todo o mundo. Em 2015, a OCDE publicou um relatório que sugeriu possíveis soluções para a tributação da economia digital, incluindo: (i) alteração das isenções permitidas para reconhecimento de estabelecimento permanente (art. 5º, § 4º, da Convenção Modelo da OCDE); (ii) novo nexo de causalidade para determinar a incidência do conceito de estabelecimento permanente com base em uma noção pré-definida de presença digital significativa; (iii) criação de um imposto de incidência na fonte para transações digitais transfronteiriças; ou (iv) criação de um imposto sobre o fluxo de dados na internet.

A partir disso, o relatório da OCDE apresenta um panorama geral de como os princípios de política fiscal para uma tributação desejável sobre o consumo poderiam ser aplicados ao comércio eletrônico global. O primeiro deles seria o princípio da neutralidade, em que a tributação deve ser equitativa entre o comércio eletrônico e o comércio convencional e buscar não interferir nas decisões de negócios, que devem ser baseadas em considerações econômicas e não fiscais. Assim, os contribuintes em situações similares que realizam transações semelhantes devem estar sujeitos a níveis de tributação semelhantes. O segundo princípio seria o da eficiência, que reconhece

que é importante minimizar ao máximo os custos de conformidade para as empresas e os custos administrativos para as autoridades fiscais, ou seja, vai em sentido contrário de um sistema tributário pesadamente burocrático e complexo. Além disso, há também o princípio da certeza e simplicidade. Ele dispõe que as regras tributárias devem ser claras e fáceis de compreender para que os contribuintes possam prever as consequências fiscais de uma transação a que estão sujeitos a realizá-la, incluindo que ele saiba de forma clara quando, onde e como o imposto deve ser pago.

Ademais, é preciso que se considere também o princípio da eficácia e justiça que versa sobre o fato de que a tributação deve produzir a quantia correta de imposto no momento adequado. Com isso, deve-se minimizar o potencial de evasão e elisão fiscal, porém também devem ser mantidas medidas de neutralização proporcionais aos riscos envolvidos. Por fim, deve-se considerar o princípio da flexibilidade, o qual aponta que os sistemas tributários devem ser flexíveis e dinâmicos para acompanhar os avanços tecnológicos e econômicos.

Portanto, compreende-se que o desenho regulatório varia de acordo com cada país, mas é necessária a criação de uma governança tributária específica para preencher as lacunas na tributação. É importante investir em educação fiscal e reduzir os custos de conformidade, incluindo a verificação de se as informações já não são disponibilizadas por outros meios oficiais. Dessa forma, a regulação será eficiente e justa. Por isso, entende-se que a OCDE está trabalhando para expandir a tributação de operações envolvendo serviços transfronteiriços; no entanto, cabe a cada jurisdição decidir quais obrigações tributárias serão aplicadas a cada uma delas.

3 Proposta discutida no Brasil

Em 2019, o governo brasileiro começou a trabalhar na elaboração da chamada Reforma Tributária, que não chegou a ser amplamente debatida. Na medida em que os debates sobre a Reforma Tributária no Brasil se intensificaram, algumas medidas que poderiam ampliar a arrecadação do governo, mas onerar ainda mais as micro e pequenas empresas, surgiram. Esse seria o caso do novo imposto sobre transações eletrônicas, que foi apresentado como uma possível nova fonte de tributação, ficando popularmente conhecido como a “Nova CPMF Digital”. Desde o início do processo, foi sugerida a criação de um imposto para cobrir as transações digitais, incluindo as envolvendo criptoativos.⁶ A ideia era incluir esses ativos no escopo de tributação das transações digitais. Então o ex-ministro da Economia Paulo Guedes propôs a criação de um imposto para as transações envolvendo criptomoedas, como o Bitcoin, no Brasil.

De acordo com o ex-ministro, o tributo seria aplicado em cada transação realizada com essas moedas virtuais, e teria como objetivo arrecadar fundos para o governo e incentivar o uso de moedas oficiais, no caso, o real. No entanto, a proposta não chegou a ser debatida intensamente pelo Congresso Nacional. Desde que foi nomeado Ministro da Economia no Governo de Jair Bolsonaro, Paulo Guedes defendeu a implementação de um imposto para tributar as transações eletrônicas. Esse novo imposto foi apelidado pela mídia como “Nova CPMF” e causou diversos debates. O PL 3.887/2020 foi apresentado como a primeira parte da reforma tributária do governo. Ele propõe a unificação dos tributos federais PIS/Pasep e Cofins em uma única contribuição, chamada de Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), com uma alíquota geral de 12% e um regime não cumulativo em que cada etapa da cadeia produtiva gera um crédito que pode ser compensado na etapa seguinte.

⁶ O imposto sobre transações digitais envolvendo criptomoedas é um tributo que é aplicado às operações realizadas com essa forma de moeda virtual. As criptomoedas são moedas virtuais que utilizam a tecnologia blockchain para realizar transações eletrônicas de forma descentralizada, sem a necessidade de intermediários, como bancos ou instituições financeiras.

Tratando-se do imposto para transações de criptomoedas no Brasil, ele é visto por alguns como uma forma de regular o mercado de criptomoedas no país e proteger os investidores.⁷ No entanto, outros argumentam que esse tipo de imposto pode desincentivar o uso de criptomoedas no Brasil e prejudicar o crescimento do mercado de moedas virtuais no país. É válido ressaltar também que a ideia do ex-ministro prevê a cobrança de uma taxa de 0,2% sobre todas as transações realizadas por meio dessas plataformas, com o objetivo de arrecadar fundos para o governo.

Além disso, sabe-se que o mercado de criptomoedas no Brasil tem experimentado um crescimento significativo nos últimos anos. De acordo com a Secretaria da Receita Federal do Brasil, em 2017 o número de clientes de negociações de ativos virtuais ultrapassou o de usuários inscritos na Bolsa de Valores de São Paulo. Em dezembro de 2017, o Bitcoin movimentou cerca de R\$4 bilhões no mercado brasileiro, com 79 mil operações realizadas no dia 22 de dezembro, no valor total de R\$318 milhões. As previsões para 2018 são de que a movimentação total no país fique entre R\$18 e R\$45 bilhões.⁸

As questões tributárias envolvendo criptomoedas são diversas. Por exemplo, deve haver a declaração da criptomoeda adquirida na Declaração de Ajuste Anual do imposto de renda, mas qual deve ser o valor considerando a volatilidade do mercado? Além disso, se houver uma variação positiva no valor de aquisição *versus* o poder de compra atual da criptomoeda utilizada como forma de pagamento, haveria a tributação pelo imposto de renda como ganho de capital? A Receita Federal do Brasil tem orientações insuficientes sobre esses pontos.

Diante disso, faz-se necessária uma análise, pois existem alguns benefícios que podem ser obtidos com a implementação de um imposto para transações envolvendo criptomoedas. O primeiro e mais evidente deles a ser mencionado seria o aumento da arrecadação de fundos, visto que o imposto seria uma fonte de receita para o governo, o que poderia ajudar a financiar projetos e políticas públicas. Além disso, haveria maior segurança e transparência, já que cobrança de impostos poderia ajudar a monitorar e controlar as transações em criptomoedas, o que poderia levar a um maior nível de clareza a respeito dessas transações no mercado. Também pode-se dizer que haveria maior proteção ao consumidor, já que a implementação do imposto ajudaria a protegê-los de fraudes e riscos no mercado de criptomoedas, pois haveria maior fiscalização e controle dessas transações. Finalmente, também ocorreria maior grau de integração com o mercado financeiro, a partir da possibilidade de ajudar a integrar as criptomoedas ao mercado financeiro, o que poderia levar a uma maior regulamentação e segurança nesse setor.

Entretanto, existem também os malefícios que podem ser causados pelo imposto para transações de criptomoedas no Brasil, caso a proposta seja aprovada pelo Congresso Nacional. Alguns deles incluem um possível desestímulo do uso de criptomoedas, já que a cobrança de tributos pode desestimular o seu uso no Brasil, uma vez que as pessoas podem optar por utilizar outras formas de pagamento que não estejam sujeitas a essa cobrança. Consequentemente, pode haver a uma diminuição do volume de transações envolvendo criptomoedas no país. Ademais, o imposto tornará as transações com criptomoedas mais complexas e burocráticas, uma vez que será necessário realizar cálculos para determinar o valor do imposto a ser pago, o que pode afastar os usuários que preferem realizar transações mais simples e rápidas.

No mesmo sentido, sabe-se que haveria a redução da privacidade, pois exigir-se-ia que os usuários que realizam operações nesse mercado revelem suas informações pessoais para o governo, o que pode levar a uma maior exposição de seus dados e movimentações financeiras. De modo geral,

7 O imposto sobre transações digitais envolvendo criptomoedas é aplicado de forma semelhante ao imposto sobre transações financeiras, como o IOF (Imposto sobre Operações Financeiras) ou a “Nova CPMF Digital”. Ele pode ser cobrado sobre a compra e venda de criptomoedas, sobre transferências entre contas de criptomoedas ou sobre pagamentos realizados com criptomoedas.

8 Informações disponíveis em: https://bitvalor.com/files/Relatorio_Mercado_Brasileiro_Bitcoin_Dezembro2017.pdf. Acesso em: 25 nov. 2022.

as criptomoedas são conhecidas por oferecer maior privacidade e anonimato nas transações, e a implementação de um imposto pode afetar essa característica. Outro argumento seria o de que isso desencadearia uma desvantagem para os pequenos negócios, uma vez que pode ser mais prejudicial para as empresas menores que utilizam criptomoedas para realizar suas transações, considerando que elas tenham menos recursos para arcar com a incidência do imposto. Isso pode gerar um desequilíbrio de mercado e poderia levá-los a uma desvantagem em relação aos grandes negócios que possuem mais recursos financeiros. Para mais, outra consequência vista como negativa seria o fato de a implementação do imposto causar a desaceleração da inovação. Isso se dá ao passo em que o imposto para transações de criptomoedas desacelera o ritmo de inovação no setor brasileiro, uma vez que os investidores podem ficar mais hesitantes em investir em projetos novos que poderiam estar sujeitos a essa cobrança tributária.

Portanto, compreendidos os possíveis efeitos extrafiscais que a proposta apresenta, é válido ressaltar que, atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro define criptoativos como representações digitais de valor que são denominadas em sua própria unidade de conta e podem ser expressas em moeda soberana local ou estrangeira. Eles são transacionados eletronicamente usando criptografia e tecnologias de registros distribuídos e podem ser usados como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços. No entanto, os criptoativos não são moedas de curso legal. A definição de criptoativos foi fornecida pelo legislador por meio do art. 5º da Instrução Normativa RFB 888, de 3 de maio de 2019. O fato é que o que existe é a obrigatoriedade de prestar informações, visto que isso se aplica à pessoa física ou jurídica que realizar quaisquer das operações com criptoativos. Além disso, o Banco Central do Brasil (BC) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) também têm regras específicas sobre o uso de criptoativos no país. Por exemplo, a CVM regulamenta a oferta pública de desses ativos, enquanto o Banco Central regulamenta seu uso como meio de pagamento.

Em outros países, as regulamentações podem ser diferentes. Alguns países, como os Estados Unidos, têm leis específicas sobre criptoativos, e a regulamentação das transações envolvendo esses ativos é realizada por órgãos reguladores como a *Securities and Exchange Commission* (SEC) e a *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC). Além disso, existem casos em que regulamentação das transações com criptoativos pode ser mais incipiente ou não existir. Em geral, os aspectos regulatórios da tributação sobre transações digitais de criptoativos variam amplamente dependendo da jurisdição e podem incluir regras sobre sua definição, tributação de transações que os envolve, a regulamentação da oferta pública e o seu uso como meio de pagamento.

Por fim, é necessário ressaltar que o marco regulatório sancionado no final de 2022 não altera a forma como os negócios envolvendo criptoativos, estes que incluem o universo de moedas digitais, *tokens* não fungíveis (NFTs) e outros ativos digitais, são tributados. Atualmente, para pessoas físicas, a tributação ocorre apenas por meio de aumento de capital percebido na operação de venda de bens e direitos, de acordo com as instruções da Receita Federal.

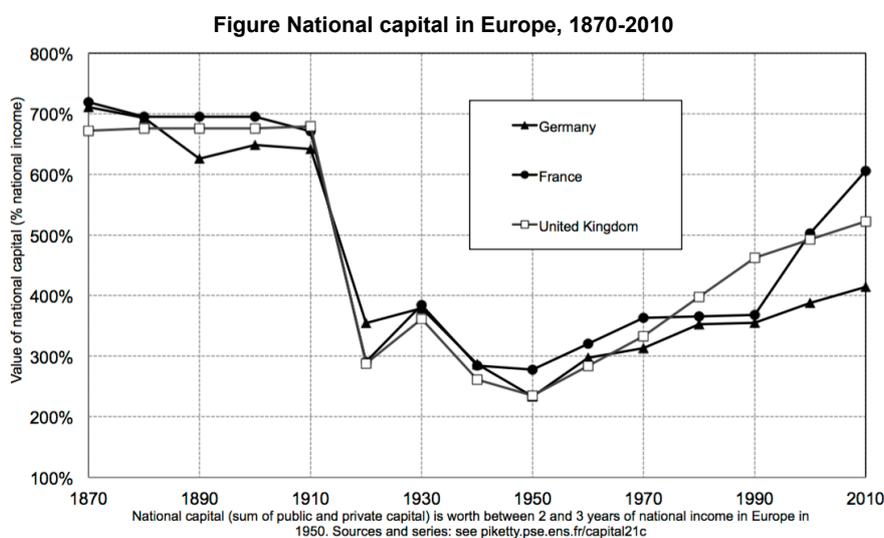
4 Eficiência vs. equidade

Em vista do que foi mencionado, o livro de Thomas Piketty “Capital no século XXI” teve impacto significativo na forma como pensamos sobre a desigualdade e a distribuição da riqueza e da renda. Neste artigo, vamos explorar alguns dos principais argumentos e ideias apresentados por Piketty em seu livro, assim como a resposta e as críticas que recebeu. O principal argumento do autor é que a concentração de riqueza e renda no topo tem aumentado significativamente nas últimas décadas,

e que esta tendência provavelmente continuará, a menos que haja mudanças políticas significativas. Ele apresenta uma riqueza de dados empíricos para apoiar essa afirmação, incluindo tendências de longo prazo na distribuição da riqueza e da renda, bem como comparações entre países.

Desse modo, um dos principais mecanismos que Piketty identifica como impulsionando esta tendência é o “retorno do capital”, que ele define como a taxa de retorno dos investimentos, tais como ações, títulos e imóveis. Assim, ele argumenta que o retorno sobre o capital tem sido historicamente maior do que a taxa de crescimento econômico, o que significa que aqueles que possuem capital são capazes de acumular riqueza a uma velocidade mais rápida do que aqueles que dependem de salários e vencimentos. Essa dinâmica, sugere ele, leva à concentração da riqueza no topo e exacerba a desigualdade.

Para resolver este problema, Piketty defende uma série de medidas políticas, incluindo impostos progressivos⁹ mais altos sobre a riqueza e a renda, bem como regulamentações mais fortes sobre o setor financeiro e programas de bem-estar social mais robustos. Ele também exige maior transparência e responsabilidade no setor financeiro, e cooperação internacional para tratar de questões de desigualdade global. As ideias de Piketty são amplamente debatidas e discutidas, e provocam muita controvérsia. Alguns elogiaram seu trabalho como uma importante contribuição para nossa compreensão da desigualdade e suas causas, enquanto outros o criticaram por suas suposições, sua metodologia e suas recomendações políticas. O histórico de diminuição e posterior aumento da desigualdade apontado pela teoria foi representado por Piketty pela teoria da “curva em U” – oposta à “curva de Kuznets” –, representada no gráfico a seguir:¹⁰



Com isso, o “Capital no Século XXI” de Thomas Piketty teve um impacto significativo na forma como pensamos sobre a desigualdade e a distribuição de riqueza e de renda. Embora suas ideias tenham provocado muito debate e controvérsia, elas também contribuíram para um debate mais amplo sobre essas importantes questões e ajudaram a aumentar a consciência dos desafios enfrentados por nossa sociedade.

9 O princípio da progressividade afirma que os impostos devem onerar mais os indivíduos que detenham maior quantidade de capital financeiro. Pode-se afirmar também que o princípio consta no art. 145, § 1º, da Constituição Federal Brasileira: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitadas os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.” Esses conceitos são desenvolvidos no primeiro capítulo do livro. PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 57 Ibid., p. 165.

10 PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 146-147.

O objetivo de seu texto é discutir dois problemas que ele considera para o Estado Social: o acesso igualitário à educação, tanto básica quanto superior, e o futuro dos sistemas de aposentadoria em sociedades com baixo crescimento econômico e populacional. Os atuais sistemas de aposentadoria estão sendo desafiados devido à expectativa de vida cada vez maior das pessoas e ao envelhecimento da população em muitos países ricos. Como solução, o autor sugere o uso de um imposto sobre o capital para financiar a educação e o sistema de aposentadoria, além de propor um sistema único de aposentadoria baseado em contas individuais para garantir direitos iguais para todos, independentemente da trajetória profissional. Quanto à educação, o autor critica os altos custos de matrícula nas universidades norte-americanas e sugere aumentar o financiamento público para as universidades e criar incentivos.

Ademais, Piketty ainda argumenta que os impostos são essenciais para a existência de uma sociedade unida e para a ação coletiva. Ele destaca dois tipos de impostos: sobre a renda e sobre o capital. Ele também explica como a progressividade dos impostos foi crucial para o Estado social diminuir a desigualdade no século XX. No entanto, o imposto progressivo está sendo ameaçado por dois componentes, sendo ele: o intelectual, pois as funções dos impostos raramente são debatidas de forma clara, e o político, pois as taxas de competição estão permitindo que novas categorias de renda sejam favorecidas em detrimento de regras comuns. Além disso, em países que sofreram tardia descolonização, há também uma grave crise de corrupção que afasta a população de tais discussões.

Além disso, Piketty acredita que as ferramentas fiscais utilizadas no século passado não serão suficientes no século XXI. Ele defende o uso de impostos progressivos sobre o capital e uma alta transparência das finanças internacionais. O autor sugere uma taxa de 0,1% sobre o capital, que não seria tanto pelo potencial arrecadatório, mas para obter dados sobre a riqueza mundial e promover transparência. Essas taxas serviriam para estabelecer normas e categorias e para impor um modelo de leis na atividade econômica. A ideia é direcionar o tipo de tributação que o indivíduo deve pagar, independentemente de onde estejam seus ativos. Se um empresário brasileiro possui ativos na Suíça, deve haver tributação no Brasil, para evitar a fuga de obrigações e depósitos em paraísos fiscais.

Assim, pode-se entender que ele defende a tributação do capital por duas razões: uma baseada na contribuição e outra como incentivo. A primeira significa que haveria uma maior arrecadação para os governos, e a segunda significa que os detentores de capital seriam incentivados a investir de forma mais ativa, em vez de viver de renda sem ser produtivos ou úteis para a sociedade. Como já mencionado, o retorno sobre o capital não depende apenas do talento e esforço de seu detentor. O retorno varia de acordo com o tamanho da riqueza inicial, da fuga de responsabilidades, e o depósito em paraísos fiscais.

Explicada a teoria do autor, pode-se afirmar que o debate sobre a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) geralmente se concentra na questão da eficiência econômica. No entanto, é importante esclarecer que a eficiência tributária não deve ser o único critério a ser considerado. A eficiência, enquanto princípio, é um objetivo a ser alcançado pelos legisladores e administradores tributários, principalmente por meio da simplificação da legislação tributária e da redução dos custos da administração tributária. Portanto, a simplificação da legislação tributária é um dos meios para alcançar a eficiência. Isso pode ser observado na reforma tributária.

A chamada nova CPMF, avaliada apenas sob o prisma da eficiência, é indubitavelmente eficiente para a arrecadação tributária. Ela incide, em geral, sobre qualquer forma de movimentação ou transmissão de valores e créditos financeiros sejam eles depósitos, empréstimos, pagamentos e lançamentos diversos, independentemente de resultarem ou não em transferência de titularidade. Em outras palavras, qualquer valor que entra ou sai de uma conta bancária está sujeito à CPMF. Seu potencial arrecadatório é considerável, pois aumenta exponencialmente com o número de

contas bancárias no país e com as diversas operações realizadas diariamente nessas contas. Dessa forma, é possível afirmar que essa forma de tributação contribui, ainda que parcialmente, para a justiça distributiva, ao dividir entre todos os correntistas do país uma parte significativa do ônus do financiamento solidário da saúde pública, da Previdência Social e da diminuição da enorme desigualdade social.

Nesse sentido, o argumento econômico da eficiência deve ser equilibrado com os princípios constitucionais que orientam a política fiscal, especialmente o princípio da tributação isonômica, entendido também como equidade, com base na capacidade contributiva. Este princípio se baseia no fato de que a tributação deve refletir as possibilidades econômicas do cidadão, medidas através da renda, em três momentos possíveis: sobre a renda obtida, sobre a renda acumulada (propriedade) e sobre a renda gasta (consumo).

A partir de pensamentos advindos de Adam Smith na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e na Constituição de Weimar, sabe-se que a renda é o principal indicador de riqueza e, portanto, é o mais adequado para a tributação. Por isso, a Constituição Federal estabelece como princípio fundamental do Sistema Tributário Nacional o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte”. Essa capacidade econômica é medida por meio da renda do cidadão, quer quando ele a recebe, quer quando a acumula ou a gasta.

Em geral, esses tributos não levam em consideração a origem dos valores, dos créditos e dos direitos financeiros, limitando-se a incidir de maneira indiscriminada quaisquer transações; assim, um tributo como a CPMF ignora os princípios da tributação baseada na capacidade contributiva. Apesar disso, em princípio, pode ser uma técnica de tributação razoavelmente eficiente, que até alcança rendas provenientes de atos ilícitos e criminosos. No entanto, essa possibilidade se extingue quando se sabe que os operadores desses setores já estão acostumados a não utilizar contas bancárias, especialmente devido à atuação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf). Além disso, um tributo como a CPMF pode incidir sobre todos os pagamentos do cidadão, o que pode implicar um tipo de arrecadação sem critérios.

Por isso, há impasse a respeito do que se propõe nas transações que podem estar sob o crivo da nova CPMF, aqui especificamente estudada a “Nova CPMF Digital” especialmente no âmbito das transações sobre economia digital. Desse modo, é possível que esse seja um ponto em que se questione se essas considerações não seriam necessárias para a legitimidade da reforma tributária.

Conclusão

A partir da análise feita entre a tributação de transações sobre a economia digital e os critérios de eficiência e equidade compreendidos considerando a teoria de Thomas Piketty, pode-se observar que, nos últimos anos, o mundo passou por grandes mudanças nas relações interpessoais, no mercado e na propriedade. Novos negócios surgiram e houve uma digitalização da economia a uma velocidade surpreendente. Esse cenário tem exigido grande esforço dos especialistas em Direito Tributário para que a ciência fiscal consiga acompanhar as novas formas de riqueza, consumo e trabalho surgidas em uma economia cada vez mais digitalizada.

Analisou-se a Ação 1 da OCDE que se concentrou nos desafios fiscais da economia digital, incluindo a análise de novos modelos de negócios como a computação em nuvem, moedas virtuais, robótica, impressão 3D, comércio eletrônico, lojas de aplicativos, publicidade *on-line* e Internet das Coisas. De acordo com a OCDE, a economia digital é caracterizada por uma dependência acentuada

de ativos intangíveis, uso massivo de dados, modelos de negócios multilaterais e dificuldade de determinar a jurisdição na qual o valor é criado devido à mobilidade de ativos e estabelecimentos.¹¹ A intangibilização de novas ofertas significa que o que é negociado se torna mais abstrato e difícil de compreender devido à falta de uma dimensão física importante.

Além disso, a chamada “CPMF Digital” foi analisada com base no que Thomas Piketty definiu como eficiência e equidade. Essa última corresponderia à distribuição justa de riqueza e renda, ou seja, uma situação em que todas as pessoas têm acesso igualitário a oportunidades e recursos. Segundo Piketty, a equidade também é um valor importante a ser perseguido, pois contribui para a estabilidade e a justiça social em uma sociedade, visto que a igualdade de oportunidades e de distribuição de riqueza e recursos entre as pessoas seria independentemente de sua classe social, gênero ou raça. Assim, havia a ideia de que a riqueza e o poder devem ser mais equilibrados, para evitar a concentração de riqueza e poder em poucas mãos e garantir uma sociedade mais justa e igualitária.

Assim, entendeu-se que eficiência para Thomas Piketty significa a capacidade de um sistema econômico produzir os bens e serviços de maneira eficiente e eficaz, maximizando a produção e minimizando os custos. O autor defende que a eficiência econômica é importante para o crescimento e o desenvolvimento, mas também acredita que ela deve ser equilibrada com a justiça e a equidade, para evitar a exploração de trabalhadores. A partir disso, traçou-se um paralelo com a ideia de eficiência no Direito Tributário, que significa a capacidade de um sistema tributário arrecadar os tributos de maneira eficiente e eficaz, sem gerar excessiva carga tributária para os contribuintes. Isso inclui a simplificação da estrutura tributária, a eliminação de impostos ineficientes e a redução da sonegação fiscal. A eficiência no Direito Tributário também é importante para garantir que os tributos arrecadados sejam utilizados de maneira eficiente pelo governo, para atender às necessidades da sociedade e promover o desenvolvimento econômico.

De acordo com Piketty, um imposto progressivo anual sobre o capital poderia ser a solução para evitar um ciclo de desigualdade social. Para isso, seria necessário um alto grau de cooperação internacional, especialmente regional. Esse imposto permitiria preservar a concorrência e os incentivos para novas acumulações, sem prejudicar o espírito empreendedor. A história também mostra que desigualdades extremas de riqueza não têm relação com o espírito empreendedor e não apresentam nenhum “benefício comum” que as justifique, conforme estabelece o artigo primeiro da Declaração de 1789.

Ademais, compreendeu-se que a “Nova CPMF Digital” é uma proposta de criação de um novo imposto, que seria aplicado às transações eletrônicas e digitais, como compras *on-line*, transferências bancárias e pagamentos com cartão de crédito. Essa proposta foi apresentada pelo governo brasileiro como uma forma de arrecadar recursos para financiar o sistema de saúde pública no país. A “Nova CPMF Digital” seria, então, uma versão atualizada da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), que foi criada em 1993 e foi extinta em 2007. A proposta não foi aprovada pelo Congresso Nacional, e sua criação ainda é objeto de debate e controvérsia por motivos que foram explicados no decorrer do trabalho.

Além disso, também foram analisadas as transações digitais envolvendo criptoativos a partir das premissas teóricas, sabendo que elas são reguladas por diferentes leis e regulamentos em diferentes jurisdições ao redor do mundo. No Brasil, por exemplo, a Instrução Normativa RFB 1888, de 3 de maio de 2019, define criptoativos e estabelece regras para a tributação de transações envolvendo criptoativos.

¹¹ OECD. *Organization for Economic Co-operation and Development. Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20. Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015.

Por fim, o fato é que a Administração Tributária, ou seja, o Poder Executivo, tem sido um pouco mais ativa na tributação das novas realidades econômicas, enquanto os Poderes Legislativo e Judiciário estão menos envolvidos no debate. O Legislativo está considerando uma reforma tributária que incluiria um imposto único sobre bens e serviços, incluindo a tributação de ativos intangíveis. No entanto, as novas tecnologias estão gerando inúmeras discussões sobre como enquadrar negócios ou atividades em termos usados pelos constituintes há décadas.

Referências

ALT, James; PRESTON, Ian; SIBIETA, Luke. **The Political Economy of Tax Policy**. Disponível em: <https://ifs.org.uk/publications/5230>. P. 1-42.

AVI-YONAH, Reuven S. Evaluating BEPS: A Reconsideration of the Benefits Principle and Proposal for UN Oversight. **University of Michigan Law School: University of Michigan Law School Scholarship Repository**, 2016. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2868&context=articles>.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: theory, strategy and practice**. Oxford: OUP, 2013. P. 1-62.

Becker, Johannes and Englisch, Joachim and Schanz, Deborah, **Re-allocation of Taxing Rights for Big Data Business Models** (August 7, 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3433715> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3433715>.

BLACK, Julia. Decentring Regulation: **Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation** in a 'Post-Regulatory' World. 2001. DOI: 10.1093/clp/54.1.103. Disponível em: <http://clp.oxfordjournals.org/>.

CARVALHO, Cristiano. A análise econômica do Direito Tributário. In: SCHOUERI, Luis Eduardo. (Coord.). **Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COCKFIELD, Arthur J. The Rise of The OECD as informal 'World Tax Organization' through national responses to e-commerce tax challenges. **Yale Journal of Law & Technology**. Spring 2006.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. **Proposta de Diretiva do Conselho, relativa ao sistema comum de imposto sobre os serviços digitais aplicável às receitas da prestação de determinados serviços digitais**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/PT/COM-2018-148-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF>. Acesso em: 5 dez. 2022.

DOWNER, Pauline. **Taxation of Electronic Commerce (e-comm): Examination of Canadian Government Tax Policies and Directives Application of Adam Smith's Canons of Taxation**. *Journal of Financial Management & Analysis*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2858469.

ENGLISCH, Joachim and BECKER, Johannes. **International Effective Minimum Taxation – The GLOBE Proposal**, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3370532>.

Englisch, Joachim, **Digitalisation and the Future of National Tax Systems: Taxing Robots?** (September 5, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3244670> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3244670>.

FOSSATI, Gustavo [et al.]. **Regulação Tributária da Economia Digital: a legislação tributária brasileira está apta a regular os desafios atuais da economia digital?** Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/32076>.

FOSSATI, Gustavo; MCCLASKEY, Layla Salles. **Tributação da economia digital na esfera estadual.** Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021. v. 2. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/31355>. Acesso em: 10 dez. 2022.

FOSSATI, Gustavo; MENESES, Isael. **Tributação da economia digital na esfera municipal.** Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021. v. 3. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/31360>. Acesso em: 10 dez. 2022.

FOSSATI, Gustavo; NAVARRO, Guilherme. **Tributação da economia digital na esfera federal.** Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021. v. 1. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/31329?locale-attribute=pt_BR. Acesso em: 10 dez. 2022.

MILA, Morgan. **Income Concentration in a Context of Late Development: An investigation of Top Incomes in Brazil using Tax Records, 1933-2013.** Disponível em: <<http://piketty.pse.ens.fr/files/MorganMila2015.pdf>> Acesso em 8. nov. 2022.

MIRRLEES, James. **The Economic Approach to Tax Design.** In: Tax by design. Disponível em: <https://ifs.org.uk/publications/5353>.

O' BOYLE, Brian; ALLEN, Kieran. **Tax Haven Ireland.** Pluto Press, 2021. p. 1-53.

OECD. **International VAT/GST guidelines.** Paris: OECD Publishing, 2017. p. 22. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264271401-en.pdf?expires=1606153126&id=id&acnme=guest&checksum=B96FA158463FDAFF3514C963229390F8>. Acesso em: 19 nov. 2022.

OECD. **Principles of good tax administration: practice note.** Paris: OECD Publishing, 2001.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI.** 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. 669p.

PISCITELLI, Tathiane. Tributação indireta da economia digital: o Brasil está pronto para aderir às orientações da OCDE?. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, a. 37, n. 43, p. 530, 2019.

SCHOUERI, L. E. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica.** [s. l.]: Forense, 2005. ISBN 8530919467. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cato8036a&AN=sbfgv.000184855&lang=pt-br&site=eds-live>. p. 41-78.

Tokens são Valores Mobiliários? Esforço do empreendedor pretérito à emissão¹

Péricles Pereira Pinto*

Daniel Rodrigues Costa**

Introdução. 1 A “tokenização” de direitos creditórios. 2 Conceito e definição de valor mobiliário. 2.1 Definição de valor mobiliário segundo a Lei 6.385/1976. 2.2 Conceito de valor mobiliário e o Howey Test. 3 Esforço pretérito à emissão dos tokens: exemplos práticos. 3.1 Precatório. 3.2 Tokens baseados em direitos creditórios relacionados ao Mecanismo de Solidariedade. 3.2.1 Mecanismo de Solidariedade. 3.2.2 Casos Vasco e Cruzeiro e o Ofício CVM/SRE 15/2020. 3.3 Panela FC versus tokens baseados em direitos creditórios relacionados ao Mecanismo de Solidariedade: diferença substancial entre os casos. 4 Riscos inerentes ao negócio jurídico que serve de lastro aos tokens. Conclusão. Referências.

Resumo

A partir de revisão bibliográfica e análise de normas envolvendo *tokens* baseados em direitos creditórios oriundos de precatórios e direitos baseados no mecanismo de solidariedade da Fifa e da Lei Pelé, investigou-se se o esforço do empreendedor que seja pretérito à emissão dos *tokens* pode caracterizá-los como valores mobiliários, para fins de atração da competência da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para sua disciplina e fiscalização. Partiu-se da hipótese de que o esforço pretérito do empreendedor não constitui fato que leva esses *tokens* a serem enquadrados como valores mobiliários, pois tal esforço não aparenta ser determinante para o sucesso do empreendimento, já que o sucesso da atividade não depende da relação obrigacional mantida entre empreendedor e investidores. Com base no *Howey Test* desenvolvido pela *Securities and Exchange Commission*, a CVM, ao investigar as ofertas, faz alguns questionamentos que, se tiverem ao menos uma das respostas negativas, descarta sua caracterização como valor mobiliário. Ao analisar as ofertas de *tokens* de precatório e de direitos do mecanismo de solidariedade, percebeu-se que se tratava de operações de capitalização em que o empreendedor não poderia atuar de forma ativa para interferir na valorização dos *tokens* e no seu efetivo pagamento futuro. Dessa maneira, em que pese recente entendimento contrário manifestado pela CVM, uma vez que a remuneração oferecida não tem origem nos esforços do empreendedor ou de terceiros e depende de fatores externos à sua vontade, entende-se que tais ofertas não cumprem com os requisitos impostos pela CVM para que sejam classificadas como de valores mobiliários.

Palavras-chave: *Tokens*. Valor Mobiliário. *Howey Test*. Esforço pretérito.

* Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, na Área de Estudo "Sistema Financeiro Nacional e repressão aos ilícitos administrativos e à criminalidade financeira". Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Participante do Grupo de Pesquisa Sistema Financeiro Nacional – negócios e regulação.

** Mestre em Direito pelo no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, na Área de Estudo "Sistema Financeiro Nacional e repressão aos ilícitos administrativos e à criminalidade financeira". Participante do Grupo de Pesquisa Sistema Financeiro Nacional – negócios e regulação.

¹ Artigo produzido pelos autores em disciplina ministrada pela Prof^ª. Dr^ª. Rubia Carneiro Neves, coordenadora do Projeto Coletivo "Sistema Financeiro Nacional: negócios, regulação e repressão criminal e administrativo-sancionadora" do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Are Tokens Securities? Post-issuance efforts of the entrepreneur

Abstract

Based on the literature review and analysis of rules involving tokens based on credit rights arising from court orders and rights based on the FIFA solidarity mechanism and the Pelé Law, it was investigated whether the entrepreneur's effort that is past the issuance of tokens can characterize them as securities, for the purpose of attracting CVM's competence for its discipline and inspection. The initial hypothesis was that the entrepreneur's past effort does not constitute a fact that leads these tokens to be classified as securities, as such effort does not appear to be decisive for the success of the enterprise, since the direction of the enterprise itself is independent of the mandatory relationship between entrepreneur and investors. Based on the Howey Test developed by the Securities and Exchange Commission, the CVM, when investigating the offers, makes some questions that, if associated with at least one of the negative responses, discards its characterization as a security. When analyzing the offers of precatory tokens and rights of the solidarity mechanism, these were capitalization operations in which the entrepreneur could not act actively to interfere in the valuation of the tokens and in their effective future payment. In this way, despite the recent contrary understanding expressed by the CVM, since the offer offered does not originate in the efforts of the entrepreneur or third parties and depends on factors external to their will, it is understood that such offers do not comply with the requirements imposed by CVM for them to be classified as securities.

Keywords: *Tokens. Securities. Howey Test. Past Effort.*

Introdução

O crescente interesse pela utilização da tecnologia de registros distribuídos e *blockchain* no mercado financeiro e de capitais vem transformando a forma com a qual empreendedores e investidores se relacionam. Nesse contexto, algumas sociedades empresárias passaram a estabelecer novas relações obrigacionais com os seus investidores baseadas na emissão de *tokens* representativos de direitos creditórios.

Considerando que é de competência da CVM a disciplina e fiscalização da emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado (Lei 6.385/1976, art. 1º, I), busca-se, neste artigo, investigar os *tokens* lastreados em direitos creditórios oriundos de precatórios e do Mecanismo de Solidariedade da Fifa e da Lei Pelé, que são atualmente ofertados ao público brasileiro. O problema de pesquisa enfrentado corresponde ao esforço do empreendedor pretérito à emissão dos *tokens* visando caracterizá-los como valores mobiliários para fins de atração da competência da CVM para sua disciplina e fiscalização.

Para isso, no primeiro capítulo, há uma breve explicação a respeito da “tokenização” de direitos creditórios, apresentando as diferentes espécies de *tokens* e indicando qual o ideal para as sociedades empresárias emissoras que buscam reduzir seus custos e aumentar a liquidez no mercado secundário. Em seguida, avança-se no tema diferenciando “conceito” de “definição” e apresentando o valor mobiliário no ordenamento jurídico brasileiro.

No terceiro capítulo, o recorte empírico limitou-se a dois exemplos práticos (precatório e Mecanismo de Solidariedade da Fifa e da Lei Pelé) de *tokens* lançados ao mercado brasileiro em que foi identificado o esforço do empreendedor antes da captação dos recursos da poupança popular.

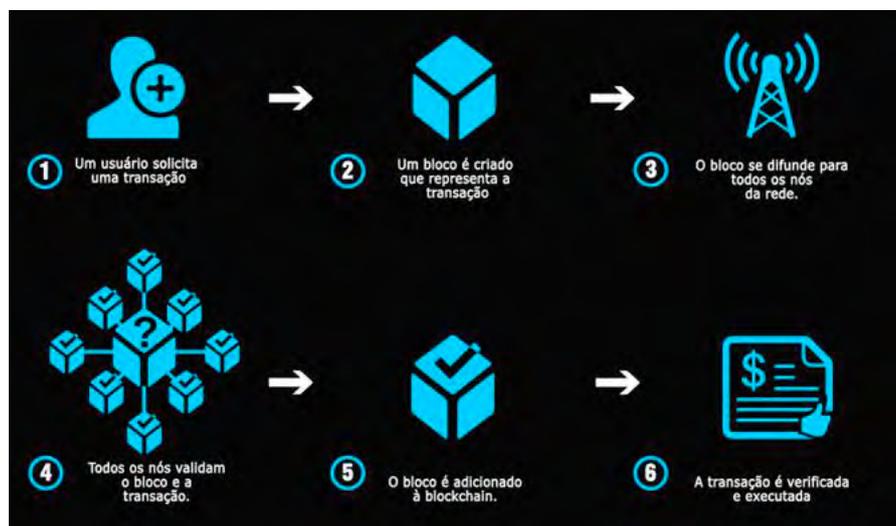
A hipótese inicial foi de que o esforço pretérito do empreendedor não é hábil, por si só, a configurar os *tokens* investigados como valores mobiliários, uma vez que ele não aparenta ser determinante para os rumos futuros do empreendimento em si. Isso porque o sucesso do empreendimento, e o consequente retorno do investidor, depende do esforço de sujeitos alheios à relação obrigacional mantida entre empreendedor e investidor, e ocorrida antes da captação de recursos.

A investigação foi realizada com base em levantamento prévio de normas legais e administrativas, bem como em revisão bibliográfica a respeito do tema em literatura nacional e estrangeira. A abordagem do material levantado foi feita a partir de análise descritiva e analítica de seu conteúdo, para, ao fim, verificar se a hipótese inicial foi confirmada.

Por ser um tema atual e inovador, o presente artigo contribui para o debate ao trazer para o campo teórico, mesmo que utilizando exemplos reais, até que ponto e em qual momento o esforço do empreendedor é relevante para que *tokens* ou até mesmo contratos de investimentos sejam classificados como valores mobiliários.

I A “tokenização” de direitos creditórios

Na última década, o *blockchain* ganhou popularidade e entusiastas por ser uma forma revolucionária de executar processos de modo descentralizado (Ibañez; O'Hara; Simperl, 2018, p. 1), sendo semelhante aos bancos de dados digitais compartilhados e sincronizados. É mantido por algoritmos de consenso e armazenado em vários dispositivos, apresentando variações técnicas e de governança. Cada unidade de armazenamento é chamada de “nó” e guarda uma cópia integral do banco de dados, podendo ser atualizado de forma independente. Os dados são adicionados, coletados, armazenados e processados de maneira descentralizada, mas removidos apenas em circunstâncias extraordinárias (European Parliamentary Research Service, 2019). Dentro do *blockchain* (cadeia de blocos), as informações são armazenadas de forma sequencial, e a inserção de novos dados depende da validação do conteúdo contido nos blocos anteriores.



Fonte: Tipos de *blockchain*: qual o melhor para a cadeia de suprimentos?

O diagrama acima demonstra as etapas para registro de um novo bloco de dados no *blockchain*, sendo possível verificar que a sua inserção depende obrigatoriamente da validação realizada por todos os “nós” já participantes, de modo a se configurar uma cadeia descentralizada de registro independente de uma entidade central.

O processo de “tokenização”² surgiu a partir das melhorias na tecnologia do *blockchain* e corresponde a uma espécie de securitização³ na qual é possível realizar somente a leitura e a adição de dados, sem excluí-los ou alterá-los. Tornou-se uma alternativa ao modelo das centrais depositárias e registradoras, posto que os próprios participantes do *blockchain* possuem o registro das transações e têm a capacidade de verificá-las.

Cada *token* corresponde a um determinado direito para o investidor, sendo identificáveis ao menos cinco espécies e diferentes prerrogativas para o seu titular. Os *payment tokens*,⁴ apesar de serem confundidos com as criptomoedas,⁵ possuem nítida distinção: enquanto as criptomoedas possuem o seu próprio *blockchain* para registro das transações realizadas, os *payment tokens* dependem diretamente daquelas, pois se utilizam de *blockchains* de criptomoedas já existentes para seu registro (Token, 2021). Ressalte-se que, apesar das diferenças, tanto os *payment tokens* quanto as criptomoedas possuem basicamente a mesma função, sendo utilizados principalmente como reserva de valor e meios de pagamento. Os *utility tokens*⁶ têm como objetivo proporcionar o acesso digital a serviços variados, como direito a participar de votações da sociedade empresária emissora, bem como acesso exclusivo a descontos em comercialização de bens variados. *Asset tokens* ou *security tokens*⁷ representam, por sua vez, participações em algum tipo de direito creditório futuro, geralmente relacionado a valores mobiliários, sendo emitido por sociedades empresárias como forma de capitalização. Os *hybrid tokens* combinam elementos dos três anteriores (Finma, 2018) e podem ser utilizados para compra de produtos e serviços, bem como geram expectativa de pagamento de dividendos futuros (Miglo, 2021, p. 11). *Stable coin*⁸ é um tipo de *token* que possui objetivo de amenizar a constante flutuação de preços a que os *payment tokens* e as criptomoedas estão sujeitos. Esse tipo de *token* pode ser colateralizado (obrigatoriamente lastreados em moedas fiduciárias, *commodities* ou criptomoedas que dão maior estabilidade ao *token*) ou não colateralizado (não são lastreados em nada, o que acaba por ser uma contradição, uma vez que não há nada que garanta a sua estabilidade) (Finma, 2019).

No processo de “tokenização” de direitos creditórios, são utilizados os *assets tokens* ou *security tokens*. Nessa modalidade, em vez de negociar documentos físicos ou digitais representativos de direito de crédito, criam-se registros eletrônicos representativos dos direitos negociados em que cada *token*⁹ correspondente a uma unidade funcional desse direito creditório na rede distribuída ou no *blockchain*.

2 De forma resumida, a “tokenização” representa um direito. Ex.: direito de crédito, direito de acesso a bens ou serviços registrado dentro de um sistema de *blockchain* (Ernst; Young, p. 13). O *token*, portanto, trata-se de um registro computacional criptografado por meio do *blockchain* que confere ao seu adquirente um determinado direito. Os *tokens* podem representar, assim, qualquer promessa feita entre duas ou mais pessoas, o que torna muito variadas as suas possibilidades de emissão (Lausen, 2019, p. 3).

3 Entende-se por securitização, em termos genéricos, um negócio jurídico capaz de converter instrumentos de dívida ou créditos em títulos ou valores mobiliários (Castro, 2016, p. 50). No caso específico dos *tokens* investigados, o negócio jurídico configura-se em uma cessão de direito creditório realizada pelo emissor (cedente) em face do investidor (cessionário). O emissor dos *tokens* fraciona o direito creditório que dá origem ao negócio em partes iguais para, após, oferecer tais partes ao público por meio dos *tokens* registrados em *blockchain*. Cada *token* adquirido dá direito ao investidor de receber uma fração do crédito que deu origem ao negócio.

4 Exemplo de *payment token*: Dai (Dai), um dos *tokens* baseados no *blockchain* Ethereum (Dai, 2021).

5 Exemplo de criptomoeda: Ether (Eth), a criptomoeda nativa do *blockchain* Ethereum (Prado, 2017).

6 Exemplo de *utility token*: Enjin Coin (Enj), que é utilizado para criar itens em jogos eletrônicos, bem como para negociação dentro de um ambiente virtual específico (Conheça..., 2021).

7 Exemplo de *asset/security token*: ReitBZ, o *security token* do BTG Pactual, primeiro *token* dessa modalidade emitido no Brasil (White Paper, 2018).

8 Exemplo de *stable coin*: USD Coin (USDC), uma *stablecoin* lastreada em dólar na proporção de 1:1 (1 *token* = 1 dólar).

9 “A digital token can thereby be described as a piece of software with a unique asset reference, properties and/or legal rights attached” (Ernst; Young, p. 13).

Após a seleção do direito creditório que servirá de lastro para a emissão do *token*, mas ainda antes da sua emissão, é necessário estipular os direitos e deveres dos seus titulares, de forma semelhante a um contrato. A grande maioria dos *tokens* é criada com base em *smart contracts*¹⁰ que possibilitam rastrear as transferências entre os usuários. Há diferentes sociedades empresárias¹¹ que possibilitam a realização desses contratos por meio de seus *softwares* e sítios eletrônicos, mas a preferida pelas sociedades emissoras que desejam realizar a “tokenização” de direitos creditórios é a *Ethereum* (Roth, Schär Schöpfer, 2019, p. 9), pois esta possibilita a execução de contratos inteligentes e a criação de diferentes tipos de *tokens* em seu sistema,¹² sendo os mais utilizados o ERC-20 (fungíveis)¹³ e o ERC-721 (não fungíveis).¹⁴ Ou seja, ao adquirir um *token* fungível, é possível trocá-lo por outro com as mesmas características, sem que haja qualquer prejuízo, como ao realizar a troca de um *token* representativo de 1 dólar por outro *token* da mesma espécie. Por outro lado, *token* não fungível, também chamado de *Non-Fungible Token* (NFT), é um *token* único, significando que seu atual titular será seu único proprietário e, embora também seja transferível, não existe outro *token* com as mesmas características para substituí-lo. Uma utilização prática para *token* infungível é para registro de propriedades imobiliárias, itens únicos colecionáveis e bilhetes de loteria.

Tratando da confiabilidade dos *tokens* no mercado, apesar da segurança proporcionada pela tecnologia *blockchain*, é real e presente a assimetria de informações (Sehra, Smith, 2017) entre o investidor e o empreendedor. Com isso, verifica-se o risco de o emissor não cumprir com a sua promessa de entregar os rendimentos oriundos dos direitos creditórios *tokenizados*, perdendo o *token* sua utilidade e valor¹⁵ (Roth, Schär, Schöpfer, 2019, p.12). Além disso, por utilizar uma nova tecnologia em sua forma de distribuição, há o risco que eventual regulação superveniente venha a restringir a emissão de *tokens*, ou até mesmo vedá-la por completo.

Por fim, quanto ao atual tratamento que a legislação brasileira confere aos *tokens*, há menção expressa no inciso IV do art. 3º da Lei 14.478, de 21 de dezembro de 2022,¹⁶ para considerar como “ativos virtuais”,¹⁷ dentre outras hipóteses, a representação digital de valor que pode ser utilizada com propósito de investimento, desde que não se trate de valor mobiliário.

Por outro lado, conforme definição anteriormente demonstrada, os *asset tokens*, espécie que mais se assemelha ao objeto desta pesquisa, geralmente são representações digitais de participações

10 *Smart Contracts* são algoritmos computacionais registrados em *blockchain* que executam de maneira automática os termos pactuados entre as partes em um contrato, quando verificado o preenchimento de condições previamente estabelecidas (Gomes, 2018, p. 42). Em termos resumidos, são contratos autoexecutáveis.

11 Ethereum, EOS, Tezos, Binance Chain e Tron são alguns exemplos de sociedades que permitem a criação de *smart contracts* por meio de suas respectivas *blockchains* (Nascimento, 2020).

12 ERC-223 e ERC-777 são novos tipos de *tokens* desenvolvidos na plataforma Ethereum, mas menos populares (Roth, Schär Schöpfer, 2019, p. 10).

13 Ethereum. ERC-20 Token Standard. Disponível em: <https://ethereum.org/en/developers/docs/standards/tokens/erc-20/>. Acesso em: 16 ago. 2021.

14 Ethereum. ERC-721 Non-Fungible Token Standard. Disponível em: <https://ethereum.org/en/developers/docs/standards/tokens/erc-721/>. Acesso em: 16 ago. 2021.

15 Havendo inadimplemento por parte do emissor dos *tokens* no momento do cumprimento de sua obrigação (seja ela qual for: de fazer, não fazer, dar coisa certa ou incerta, por exemplo), é possível o ajuizamento de ação judicial para forçar seu adimplemento, podendo ser utilizado o procedimento da execução de título extrajudicial, caso o contrato estabelecido entre as partes preencha os requisitos legais para tal.

16 BRASIL. Lei 14.478/2022. Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se ativo virtual 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, não incluídos: I – moeda nacional e moedas estrangeiras; II – moeda eletrônica, nos termos da Lei 12.865, de 9 de outubro de 2013; III – 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 IV – representações de ativos cuja emissão, escrituração, negociação ou liquidação esteja prevista em lei ou regulamento, a exemplo de valores mobiliários e de ativos financeiros.

17 O termo “ativo virtual” carece de precisão técnica. Não há menção se se trata de um negócio jurídico, ato jurídico ou qualquer outro instituto distinto. Logo, “ativos virtuais” serão mencionados nesse texto somente no sentido que a lei lhes confere: são as representações digitais de valor financeiro que podem ser negociadas ou transferidas por meios eletrônicos, bem como utilizadas com propósito de investimento. Como não há menção do que sejam “representações digitais de valor financeiro”, será considerado que o legislador intencionou lhe conferir sentido amplo, podendo ser, portanto, quaisquer documentos eletrônicos que representem algum tipo de ato ou negócio jurídico que exprima obrigação de cunho financeiro a uma ou mais partes envolvidas (exemplo: obrigação de pagar quantia certa).

em algum tipo de direito creditório futuro, comumente relacionados a valores mobiliários, sendo emitido por sociedades empresárias como forma de capitalização.

Logo, há conflito existente nos conceitos descritos nos dois últimos parágrafos: serão os *tokens* estudados nesta pesquisa ativos virtuais conforme definição da Lei 14.478/2022, portanto, instituto de competência do Banco Central do Brasil (BC),¹⁸ ou serão valores mobiliários a serem emitidos sob o crivo das normas expedidas pela CVM? Para se chegar a uma conclusão, serão estudados os conceitos e as definições de valor mobiliário, bem como as características dos *tokens* objeto da pesquisa.

2 Conceito e definição de valor mobiliário

Os termos “conceito” e “definição”, apesar de semelhantes, não são sinônimos. Pode-se dizer, em um exercício interpretativo dos termos, que o primeiro contém o segundo. Ambos objetivam de certa forma demonstrar a essência de um objeto ou ser físico, ou então a delimitação de um determinado termo teórico. Contudo, enquanto a definição apresenta uma explicação mais objetiva, que se encerra ao se determinar os limites e/ou notas distintivas do objeto/ser/termo estudado (Larenz, 2000. p. 300), o conceito geralmente se aprofunda quanto ao entendimento de algum indivíduo (ou grupo de indivíduos) sobre determinado tema, não se limitando à simples determinação de extensão ou limites. Utilizando essa lógica, para se chegar à definição legal de valor mobiliário, por exemplo, é necessária a subsunção completa dos fatos a todas as notas distintivas que a lei o atribui, para que se afirme que determinado objeto se trata de um valor mobiliário.

Só podemos dizer que há um conceito quando conseguimos defini-lo com precisão, o que vai de encontro à afirmativa inicial de que um termo contém o outro. Logo, a definição se trata de uma atividade mais concisa, de dizer exatamente o que o objeto definido é. O conceito, mesmo que em sentido estrito, trata-se de matéria mais abrangente, posto que pode envolver também, por exemplo, a reflexão sobre a relação entre o objeto conceituado e os agentes envolvidos em um contexto específico, ampliando o escopo em relação à mera definição (Mattos Filhos, 1985). Assim afirma o professor Ary Oswaldo Mattos Filho, em lição específica sobre o valor mobiliário e a tarefa árdua de sua conceituação:

De um lado, ela se impõe como fronteira demarcatória da abrangência e atuação do direito inerente ao “valor mobiliário”. De outro, servirá para definir o campo de atuação governamental na regulamentação do uso de tal instrumental como forma de capitalização de empresas através do acesso ao público detentor de poupança. Ou seja, a conceituação não visa somente saber o que é valor mobiliário, mas também delimitar o campo de atuação dos órgãos do poder executivo federal encarregados de normatizar e incentivar o seu uso (Mattos Filho, 1985, p. 38).

Estabelecer o conceito de valor mobiliário se destina, portanto, a definir os limites com base nos quais a regulamentação estatal será exigida. Trata-se de uma função basicamente instrumental (Eizirik, 2001, p. 72). A conceituação de valor mobiliário pode partir do raciocínio que o Estado, ao intervir nesta esfera econômica, objetiva, dentre outros fins, a proteção do investidor (Mattos

¹⁸ O parágrafo único do art. 2º da Lei 14.478/2022 menciona que competirá a órgão ou entidade da Administração Pública Federal definido em ato do Poder Executivo estabelecer quais serão os “ativos financeiros” regulados. O art. 2º do Decreto 11.563/2023 remeteu ao Banco Central do Brasil a disciplina do funcionamento e supervisão dos prestadores de serviços de ativos virtuais. O Decreto também deixa claro, por meio da alínea “a” do inciso II do art. 3º que essa atribuição não altera a competência originária do CVM. Cabe, portanto, verificar qual é a natureza destes *tokens* para esclarecer qual autarquia será competente por sua disciplina e supervisão.

Filho, 1985, p. 42). Ao apontar que determinado objeto se enquadra no conceito de valor mobiliário, atrai-se, por consequência legal, a competência da CVM para a sua regulação, o que acarreta diversas implicações nas esferas cível, administrativa e criminal.

Contudo, não há no ordenamento jurídico brasileiro um conceito claro de valor mobiliário (Lobo, 2007), uma vez que a nossa legislação adotou, concomitantemente, o critério de enumeração de títulos que serão considerados como tais (conforme o modelo francês), bem como abriu possibilidade para que outros títulos sejam considerados como valores mobiliários se preencherem os requisitos legais previstos (conforme o modelo estadunidense). O legislador listou alguns desses títulos nos incisos I a VIII do art. 2º da Lei 6.385/1976 e, ao mesmo tempo, estabeleceu requisitos para que outros títulos sejam considerados como valores mobiliários no inciso IX, utilizando-se neste último de conceito semelhante ao de *securities*, do modelo estadunidense. Diante desse quadro misto, primeiramente será tratada a definição que a lei brasileira confere ao valor mobiliário, para depois adentrar-se ao conceito geral do tema no Brasil à luz do conceito de *securities* exposto principalmente pelo clássico caso *Howey* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

2.1 Definição de valor mobiliário segundo a Lei 6.385/1976

Quando de sua publicação, não havia na Lei 6.385/1976 definição do que eram os valores mobiliários, limitando-se o legislador ordinário a enumerar taxativamente,¹⁹ adotando estratégia que reduzia consideravelmente a possibilidade de novos títulos emitidos por diversos agentes, além das sociedades anônimas, serem considerados como valores mobiliários (Eizirik, 2001, p. 74). A partir da publicação da Lei 10.303/2001, que alterou substancialmente o art. 2º da Lei 6.385/1976 e alguns outros dispositivos, percebeu-se a adoção de uma estratégia semelhante à dos estadunidenses acerca da definição das *securities* (Eizirik, 2001, p. 73). Segundo o texto atual de nossa legislação, são valores mobiliários: i) ações, debêntures e bônus de subscrição; ii) cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos a estes valores mobiliários; iii) certificados de depósitos de valores mobiliários; iv) cédulas de debêntures; v) cotas de fundo de investimento em valores mobiliários ou clubes de investimento em quaisquer ativos; vi) notas comerciais; vii) os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; e viii) outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes.²⁰ Por outro lado, o inciso IX do referido artigo estabelece definição legal de outros títulos ou contratos de investimento coletivo que poderão ser considerados como valores mobiliários se houver subsunção a todas as características elencadas.²¹

A definição legal de valor mobiliário no Direito Brasileiro, portanto, passa pelos incisos citados acima: inicia-se no rol exemplificativo de valores mobiliários exposto nos incisos I a VIII, passa pela abertura proposta pelo inciso IX e termina na exclusão dos títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, assim como os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, com exceção das debêntures.²²

19 Havia também a previsão legal (de questionável constitucionalidade, segundo o professor Nelson Eizirik) de que o Conselho Monetário Nacional (CMN) poderia, a seu critério, entender como valores mobiliários outros títulos emitidos pelas sociedades anônimas além dos já indicados em lei.

20 BRASIL. Lei 6.385/1976. Art. 2º, incisos I a VIII.

21 BRASIL. Lei 6.385/1976. Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: [...] 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.

22 BRASIL. Lei 6.385/1976. Art. 2º, § 1º: Excluem-se do regime desta Lei: (Redação dada pela Lei 10.303, de 31.10.2001) (vide art. 1º da Lei 10.198, de 14.2.2001). I – os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal; (Redação dada pela Lei 10.303, de 31.10.2001). II – os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto as debêntures (Redação dada pela Lei 10.303, de 31.10.2001).

2.2 Conceito de valor mobiliário e o *Howey Test*

O caso *Securities and Exchange Commission vs W.J. Howey Company*, julgado em 1946, é considerado um marco histórico na conceituação de valores mobiliários. O litígio tratava basicamente sobre o enquadramento no conceito de *securities* do oferecimento ao público de pequenos terrenos onde o ofertante plantaria e cultivaria laranjas, distribuindo aos compradores, na proporção de seus investimentos, os lucros finais do negócio. Os investimentos foram feitos com objetivo primordial de auferir lucro do negócio dirigido exclusivamente pelo vendedor das terras, com as suas próprias estratégias. A Suprema Corte Americana, ao analisar o caso, visualizou os contratos de investimento enumerados pelo *Securities Act* de 1933,²³ uma vez que os compradores investiram seus recursos financeiros com objetivo de auferir lucro oriundo de um empreendimento comum, no qual não teriam qualquer interferência, dirigido somente pelo vendedor das terras (Lobo, 2007).

Tratou-se de caso emblemático que acabou por originar o conhecido *Howey Test*, oportunidade em que foi possível identificar claramente os requisitos caracterizantes das *securities*, quais sejam:

- (a) *Investment of money* (“investimento em dinheiro”);
- (b) *Common enterprise* (“empreendimento comum”);
- (c) *Expectation of profits* (“expectativa de lucro”);
- (d) *Solely from the efforts of others* (“unicamente dos esforços dos outros”) (Eizirik *et al.*, 2011, p. 35).

Apesar de terem sido publicadas antes das alterações realizadas pela Lei 10.303/2001, que ampliaram a definição legal do que são os valores mobiliários no Brasil, as lições do texto do professor Ary Oswaldo são elementares e ainda atuais para compreensão geral do conceito acima exposto, pois realiza uma interpretação do contrato de investimento coletivo conforme os termos fixados pelo *Howey Test*. Para o jurista, ao unir os requisitos listados acima, deve ser considerado valor mobiliário qualquer:

[...] investimento oferecido ao público, sobre o qual o investidor não tem controle direto, cuja aplicação é feita em dinheiro, bens ou serviço, na expectativa de lucro, não sendo necessária a emissão do título para a materialização da relação obrigacional. O investimento é feito ou a nível associativo, a título de empréstimos, ou como aplicação especulativa pura (Mattos Filhos, 1985, p. 47).

Nesse ponto, ainda é relevante mencionar que não importa o instrumento utilizado para a formalização do investimento. Isto é, em um contrato de investimento, título ou *token*, para que seja caracterizado como valor mobiliário, basta que os requisitos sejam cumpridos, sendo que, em hipótese de resposta negativa a qualquer das perguntas, afasta-se o tratamento dado aos valores mobiliários, incluindo a ausência de competência da CVM para a sua regulação e fiscalização.

Importante frisar que, apesar de se utilizar das mesmas perguntas do *Howey Test*, o procedimento brasileiro, chamado de “*Howey Tropical*”,²⁴ é substancialmente diferente do adotado pelos estadunidenses. Nos EUA, uma vez que adotam uma visão mais ampla de maneira a considerar a

²³ Diploma que surgiu em resposta à crise da Bolsa de Nova Iorque de 1929, em que não há estabelecimento de um conceito do que seriam as *securities*, mas tão somente a enumeração de alguns títulos que poderiam assim serem chamados. Dentre eles está o contrato de investimento. Tal vazio conceitual levou os tribunais estadunidenses a estabelecerem, em cada caso, o conceito de valor mobiliário aplicável, o que ocorreu no caso *Howey*, que acabou por servir como parâmetro do que seriam os contratos de investimento coletivo no país.

²⁴ Como exemplo, consultar o Processo Administrativo Sancionador da CVM 19957.003406/2019-91, oportunidade em que o órgão decidiu caso que tratava do enquadramento como valor mobiliário de uma espécie de criptoativo oferecido ao público pela sociedade empresária Iconic Intermediação de Negócios e Serviços LTDA.

natureza em si do investimento e não apenas a mera subsunção ao *Howey Test* (Eizirik *et al.*, 2011), existem casos em que, mesmo que alguma das respostas seja negativa, esse fato não impede por si só que o título ou investimento coletivo seja considerado como *security*.

3 Esforço pretérito à emissão dos *tokens*: exemplos práticos

Para ilustrar contratos de investimentos ou títulos que simulam ofertas de valores mobiliários, deve-se selecionar negócios em que o empreendedor primeiramente arrecada os recursos para depois alocá-los na produção ou no desenvolvimento do serviço. Nesse sentido, interessante observar o Processo Administrativo Sancionador CVM 19957.008445/2016-32, em que foi analisado contrato de compra e venda por meio do qual os investidores formalizavam a aplicação de seus recursos financeiros na aquisição de determinada quantidade de árvores mediante o pagamento de um preço ajustado. No caso, foi apurado que os negócios jurídicos eram, em verdade, ofertas públicas de valor mobiliário, pois, conforme o contrato realizado com os investidores, sua obrigação restringia-se ao pagamento, ao passo que o empreendedor, ou algum terceiro, deveria cuidar das árvores, produzir a madeira serrada e vendê-la pelo preço de mercado. O retorno do investidor, concluiu a autarquia, era diretamente relacionado ao esforço do empreendedor que necessitava do capital para poder alocar no empreendimento.²⁵

Os exemplos práticos que vamos aprofundar a seguir neste trabalho retratam situações em que o esforço do empreendedor ou de terceiros ocorre em momento pretérito à emissão dos *tokens* e, por esse motivo, diferenciam-se dos casos em que o esforço se concentra durante o desenvolvimento do próprio empreendimento. Não havendo expectativa por parte dos investidores (adquirentes de *tokens*) de que o emissor/empreendedor se esforce ou sendo irrelevante o esforço para o sucesso do negócio, a hipótese é de que não seja possível enquadrá-lo como contrato de investimento travestido de valor mobiliário (Pierce, 2020, Appendix).

3.1 Precatório

Precatórios são direitos de crédito lastreados em sentença judicial condenatória transitada em julgado que seu titular (credor) detém contra algum ente federado (devedor). Surgem após processo judicial composto pela fase de conhecimento e cumprimento de sentença, constituindo o direito do autor e delimitando o valor líquido da condenação. Com o trânsito em julgado, o juízo da execução encaminha ao presidente do Tribunal ofício requisitório composto dos requisitos formais essenciais à inclusão da requisição de pagamento no orçamento financeiro seguinte, desde que seja enviado até 2 de abril. Caso o envio ocorra após essa data, a inclusão é feita no orçamento financeiro do ano subsequente.

Ocorre que, pela demora dos entes federados em realizar o pagamento a seus credores, aliado à expressa autorização constitucional para cessão do crédito,²⁶ é crescente o mercado de antecipação

²⁵ Além desse caso, tem-se como exemplo já julgado pela CVM a criação de avestruz (PAS CVM 23/2004) e o ecoempreendedorismo em modelo de marketing multinível (PAS CVM RJ2016/08381).

²⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim (Redação dada pela Emenda Constitucional 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional 62, de 2009) (*vide* ADI 4425) § 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º (Incluído pela Emenda Constitucional 62, de 2009).

desses recebíveis, no qual sociedades empresárias, fundos de investimentos e instituições financeiras adquirem os créditos com deságio e aguardam o pagamento por parte do ente federado devedor.

Nesse contexto, com o avanço de plataformas eletrônicas para negociação de bens e direitos, surgiram *tokens* baseados em direitos creditórios oriundos de precatórios que, conforme Costa (2022), pode se dar em razão de dois principais modelos de negócios:

(i) **no primeiro**, de forma antecedente à aquisição do precatório, a sociedade tomadora capta recursos financeiros de investidores interessados em se tornarem titulares de frações desse tipo de objeto e, após dispor de recursos suficientes, ela adquire o precatório e o divide em porções, atribuindo suas titularidades aos investidores por meio da emissão de valores mobiliários;

(ii) **no segundo** modelo de negócio, a sociedade tomadora, com seus próprios recursos financeiros, adquire o precatório e, com base nele, oferece aos investidores objetos garantidos por frações ideais do crédito. Nos dois casos, a tomadora de recursos financeiros fica cadastrada no juízo da execução como credora do precatório e, ao receber o valor devido pelo ente federativo, efetua o pagamento correspondente ao valor da fração adquirida por investidor.

Conforme os ensinamentos do autor, no primeiro caso há a emissão de valor mobiliário, dado que o empreendedor realiza a captação de recursos financeiros junto ao público com o objetivo de financiar as suas operações. O risco do negócio é dividido com o investidor, que depende da capacidade de execução do empreendedor na localização, análise, precificação e operacionalização dos negócios jurídicos de cessão de crédito de precatórios.

Por outro lado, aplicando o previamente citado *Howey Test* à segunda modalidade de emissão de *tokens*, chegamos às seguintes respostas:

- a) *Há oferta pública?* Sim, pois os *tokens* baseados em precatórios são ofertados ao público em geral, não havendo restrições quanto ao público atingido.
- b) *Há investimento formalizado por um título ou por um contrato?* Sim. Os investidores aplicam seus recursos financeiros para adquirir os *tokens* registrados em *blockchain*.
- c) *O investimento é coletivo?* Sim, o aporte de recursos de investidores distintos em um mesmo precatório ou em um mesmo grupo de precatórios demonstra o viés coletivo do investimento.
- d) *O investimento gera direito de participação, de parceria ou de remuneração?* Não há direito de participação ou parceria. Existe, no entanto, o direito de receber um ganho futuro e incerto²⁷ representado pela diferença entre o preço de aquisição do precatório e o valor futuro pago pelo ente federado. Essa diferença pode ser interpretada como uma forma de remuneração.
- e) *A remuneração oferecida tem origem nos esforços do empreendedor ou de terceiros?* Uma espécie de esforço do empreendedor nessa hipótese é a posterior venda do precatório no mercado secundário para terceiro ou a sua inscrição nos editais de acordo direto²⁸ com o ente devedor.

No caso da aquisição do precatório para posterior pagamento pelo ente federado, não é possível conceber que há empreendimento propriamente dito ou esforço do empreendedor. Eventual ganho na operação é decorrente simplesmente da aquisição do crédito por um valor inferior ao pago. É uma mera antecipação de recebível cujo ganho é derivado da conduta praticada por atores que não participam da oferta, quais sejam, o ganho de causa pelo autor da ação (credor originário

27 Esclarece-se que quantia a ser paga em função da condenação judicial transitada em julgado é certa. O que é incerto é o fato de o credor do precatório receber a quantia em sua conta de depósitos, uma vez que este crédito pode ser objeto de penhora em outros processos, conforme se demonstrará adiante.

28 O acordo direto é a possibilidade de pagamento de precatórios sem a observância da ordem cronológica de pagamento (§ 20 do art. 100 da CF/1988), mediante negociação direta com o ente devedor e aplicação de deságio de até 40% do valor atualizado do precatório.

do precatório) e a ação do ente federativo (devedor) responsável pelo pagamento da quantia em virtude de sentença judicial condenatória transitada em julgado (Costa, 2022).

Ainda que o investidor, ao adquirir *tokens* representativos da fração ideal de um ou mais precatórios, possa obter ganhos financeiros na operação, este não decorre do esforço da plataforma ou do originador, que, após a aquisição junto ao titular originário, nada pode fazer para gerar e garantir o lucro ou remuneração, devendo somente esperar o prazo de vencimento estipulado pelo devedor. O direito comprado é o de receber um pagamento de quantia certa com prazo incerto.

Além disso, não há responsabilidade, negócio, parceria ou qualquer espécie de sociedade firmada entre os investidores adquirentes dos *tokens* representativos de frações do precatório. A mera comunhão de investidores não significa que há empreendimento comum. Percebe-se que existe somente uma coletividade de investidores adquirindo partes do mesmo ativo, mas sem partilha de responsabilidades e resultados, já que cada um é dono de sua fração ideal sem dividi-la com os outros e sem ter seu valor aumentado ou reduzido em decorrência de esforço, ação ou omissão de qualquer agente. Alterações no valor do *token* dependem exclusivamente do tempo restante para pagamento por parte do ente federado ou alguma situação que extrapole a competência do empreendedor ou dos investidores, como mudança de entendimento nas Cortes Superiores que altere a forma de correção monetária dos créditos.

Dessa forma, considerando que os lucros ou rendimentos devem advir de esforços do empreendedor ou de outros participantes da oferta e a expectativa de ganho, no caso em comento, deriva da diferença entre o custo de aquisição do precatório e o valor pago pelo ente federado no futuro, entende-se, embora exista expectativa de lucro, que a oferta não caracteriza distribuição de valores mobiliários, tratando-se de mera operação de capitalização.

O aumento no preço dos *tokens* resultante de variáveis externas ao empreendedor, como em decorrência de aumento na inflação ou das *commodities*, que impactem a oferta e a demanda pelo ativo subjacente, não pode ser considerado lucro nos termos do *Howey Test*.²⁹

Por fim, conforme bem pontuado por Costa (2022), se não há esforço do empreendedor alocado na valorização do ativo, a sua oferta não caracteriza a negociação de valor mobiliário, pois, pelo que se apurou, “a caracterização de valor mobiliário depende que o esforço seja realizado posteriormente à captação pública de recursos financeiros dos investidores”. A conclusão do autor teve como base a análise dos Processos Administrativos Sancionadores CVM 19957.009925/2017-00, 19957.008081/2016-91, 19957.008445/2016-32, 19957.000457/2020-03 e o Processo Administrativo CVM 19957.009524/2017-41, por meio dos quais se verificou que o “esforço do empreendedor ou de terceiro” é imprescindível para que o objeto negociado, a exemplo de *tokens*, seja classificado como valor mobiliário. Ademais, em seu estudo, pontuou que, nos processos administrativos, a CVM sempre trata o lucro do investidor como resultado do “empreendimento a ser desenvolvido”. Isto é, o lucro não pode ter como base um esforço que não seja relacionado ao dinheiro captado, ele deve ser diretamente vinculado aos recursos obtidos dos investidores e posteriormente aplicados em alguma atividade.

Ressalta-se, entretanto, entendimento recente da CVM externado por meio do Ofício-Circular 6/2023/CVM/SSE, oportunidade em que a autarquia manifestou o seu posicionamento quanto aos prestadores de serviço envolvidos na atividade de “tokenização”, consultores de crédito, estruturados e cedentes de direitos creditórios. Por meio deste entendimento, a CVM parece ampliar demasiadamente o conceito de valor mobiliário, em caminho contrário a toda a lógica envolvida pelo já citado *Howey Test*, bem como por suas decisões anteriores supracitadas: afirmou

²⁹ “Price appreciation resulting solely from external market forces (such as general inflationary trends or the economy) impacting the supply and demand for an underlying asset generally is not considered “profit” under the Howey test.” (Securities and Exchange Commission, 2019, p. 06)

a autarquia que “o esforço do empreendedor ou de terceiros, como detalhado no OC 4/2023, pode ser identificado na atividade de estruturação da oferta pública ou na formatação e cálculo da remuneração que será oferecida” (Brasil, 2023).

Pela interpretação desse trecho em específico, é possível chegar à conclusão que qualquer atividade de estruturação de oferta ou até mesmo de simples cálculo de remuneração poderia ser considerada como valor mobiliário para fins de atração da competência da CVM, posicionamento este que não parece razoável diante de toda a fundamentação anteriormente demonstrada.

Ao mesmo tempo, nesse ofício a CVM propositalmente deixou um espaço interpretativo aberto para que os agentes de mercado verifiquem se cada oferta realizada se adequa às diretrizes publicadas pela CVM não somente neste ofício, como também no PO 40 e Ofício-Circular 4/23 (Brasil, 2023). Logo, em que pese a aparente abertura conceitual quanto aos valores mobiliários feita pelo regulador, uma análise conjuntural do caso dos precatórios continua a apontar pela inexistência de enquadramento no conceito discutido.

3.2 Tokens baseados em direitos creditórios relacionados ao Mecanismo de Solidariedade

3.2.1 Mecanismo de Solidariedade

O Mecanismo de Solidariedade foi inicialmente previsto pela Fifa no ano de 2000, por meio do Regulamento sobre o Status e Transferência de Jogadores da Fifa (*Regulations on the Status and Transfer of Players* – Fifa) que possui última versão datada de outubro de 2020 (Regulations, 2020). A entidade prevê que se um atleta profissional de futebol for transferido antes do término do período de vigência do seu contrato atual, qualquer outro clube que tenha contribuído para sua educação e treinamento deverá receber uma proporção dos recursos financeiros pagos ao clube que venha vendê-lo ou emprestá-lo (Regulations, 2020, p. 30).

A Fifa estabelece que, se um clube adquire os direitos econômicos de um atleta profissional no curso de um contrato já vigente (excluem-se, portanto, as transferências pós-término de contratos, posto que não envolvem compensações financeiras), transferindo-se de um clube para outro, 5% do valor pago pelo adquirente dos direitos do atleta deverá ser direcionado aos clubes que participaram de sua formação. Essa “contribuição solidária” é paga conforme o número de anos em que o atleta ficou registrado no clube entre o seu 12^o e 23^o aniversário.³⁰

A Fifa determina ainda que a contribuição solidária deverá ser paga inclusive em caso de empréstimo de atletas, desde que esse envolva compensações financeiras. Quanto ao procedimento de pagamento, a determinação é que o clube adquirente deverá pagar a contribuição solidária aos clubes formadores em até trinta dias contados do registro do atleta junto ao novo clube ou, em caso de pagamentos atrelados a eventos futuros,³¹ trinta dias depois de realizados esses pagamentos (Regulations, 2020, p. 78).

³⁰ Season of 12th birthday: 5% of 5% of any compensation; season of 13th birthday: 5% of 5% of any compensation; season of 14th birthday: 5% of 5% of any compensation; season of 15th birthday: 5% of 5% of any compensation; season of 16th birthday: 10% of 5% of any compensation; season of 17th birthday: 10% of 5% of any compensation; season of 18th birthday: 10% of 5% of any compensation; season of 19th birthday: 10% of 5% of any compensation; season of 20th birthday: 10% of 5% of any compensation; season of 21st birthday: 10% of 5% of any compensation; season of 22nd birthday: 10% of 5% of any compensation; season of 23rd birthday: 10% of 5% of any compensation (Regulations, 2020, p. 77).

³¹ A Fifa se refere a tal modalidade como “contingent payments”. No caso específico da transferência de atletas, o preço estipulado pela compra e venda dos direitos federativos pode estar atrelado ao atingimento de metas do próprio atleta (exemplo: se o atleta fizer um determinado número de gols em sua temporada de estreia, o clube adquirente deverá pagar 20% a mais do que o valor inicialmente estipulado, tendo o clube formador novamente o direito de receber sua proporção sobre esses 20% adicionais).

É importante citar, por fim, que os clubes de futebol brasileiros terão direito a receber tal compensação financeira prevista pela Fifa apenas quando ocorrer transações internacionais (ou seja, quando o atleta que foi formado no Brasil, atuando em outro clube, for negociado com clube de futebol sediado no exterior).

Os clubes também terão direito, entretanto, a receber compensação financeira por meio do Mecanismo de Solidariedade em caso de transferência nacional dos atletas, mas amparados desta vez pela Lei 6.615/1998, conhecida como Lei Pelé. O art. 29-A da referida norma, inserido pela Lei 12.395/2011, prevê mecanismo semelhante ao da Fifa, com diferenças somente na distribuição dos pagamentos por idade realizado: 1% sobre os 5% para cada ano de formação do atleta dos 14 aos 17 anos de idade, inclusive (inciso I); 0,5% sobre os 5% para cada de ano de formação do atleta dos 18 aos 19 anos de idade, inclusive (inciso II) (Brasil, 1998). Quanto ao prazo de pagamento, o § 3º também fixou trinta dias, contados a partir da efetiva transferência.

O Mecanismo de Solidariedade, portanto, será devido ao clube que participou da formação do atleta em caso de transferências nacionais (Lei Pelé) e internacionais (Fifa), alterando somente as faixas de idade para cada caso.

3.2.2 Casos Vasco e Cruzeiro e o Ofício CVM/SRE 15/2020

Em 2020, o Club de Regatas Vasco da Gama (citado no texto como Vasco) submeteu uma consulta na CVM objetivando esclarecer se *tokens* baseados em direitos creditórios relacionados ao Mecanismo de Solidariedade seriam considerados como valores mobiliários à luz da legislação e regulação brasileira atual. A resposta dada pela CVM, segundo o próprio Vasco divulgou, foi pelo Ofício Circular CVM/SRE 15/2020, oportunidade em que o órgão regulador indicou não se tratar de um contrato de investimento coletivo e, conseqüentemente, não se tratar de um valor mobiliário (Vasco, 2020). Diante dessa resposta, o clube efetivamente emitiu e comercializou os referidos *tokens* em parceria com a *exchange* de criptoativos Mercado Bitcoin (Vasco, 2020), sem a necessidade de registro na CVM.

Logo após, o Cruzeiro Esporte Clube³² (citado no texto como Cruzeiro), em parceria com a sociedade empresária Liqi Digital Asset (Liqi), divulgou o lançamento de um *token* que possuía a mesma natureza, mas com algumas características distintas (Gregorio, 2021). O Cruzeiro se baseou no Ofício CVM/SRE 15/2020³³ para apontar aos investidores que não se tratava de um contrato de investimento coletivo, eximindo-se, portanto, do registro na CVM.

Os *tokens* comercializados pelos clubes, em resumo, conferem aos investidores o direito de participarem de eventuais recursos financeiros recebidos pelos clubes a título do Mecanismo de Solidariedade explicado anteriormente, tanto por transações internacionais quanto nacionais. Os *tokens* somente serão remunerados quando os clubes receberem tais recursos por vendas ou empréstimos de jogadores que já atuam fora de Vasco ou Cruzeiro, uma vez que o Mecanismo de Solidariedade não é pago ao clube quando ele mesmo vende ou empresta seus jogadores. Em tese, o esforço do empreendedor (clube) está concentrado em estruturar as suas categorias de base para que formem atletas que possuam valor de mercado suficiente para gerar rendimentos

32 Cita-se “Cruzeiro Esporte Clube” e não “Cruzeiro Esporte Clube – Sociedade Anônima do Futebol” (SAF), uma vez que a SAF do Cruzeiro só foi constituída em 6/12/2021. A emissão dos *tokens*, portanto, foi feita em data pretérita à SAF pelo próprio clube.

33 Interessante ressaltar que nesta época ainda não havia sido publicado o Ofício-Circular 6/2023/CVM/SSE, citado no capítulo anterior. Diante deste posicionamento atual, não é possível afirmar se uma nova consulta realizada à CVM teria o mesmo posicionamento exposto no Ofício CVM/SRE 15/2020, fato este que merece atenção dos agentes de mercado quando do planejamento de novas ofertas semelhantes.

financeiros não apenas quando de sua primeira venda ou empréstimo, mas nas demais transações que ocorram ao longo de sua carreira entre outros clubes. Pode-se afirmar que tal esforço é considerável, uma vez que, sem a contínua formação e investimento em jovens jogadores pelos clubes, diminuem-se consideravelmente os valores que em tese receberão no futuro por meio do Mecanismo de Solidariedade.

O raciocínio acima quanto ao esforço pretérito do empreendedor, entretanto, aplica-se mais ao caso do Vasco, motivo pelo qual os casos dos dois clubes devem ser analisados separadamente. Enquanto o Vasco selecionou um conjunto *numerus clausus* de apenas doze jogadores que já atuam fora do clube para remunerar os *tokens* (Vasco, 2020), o Cruzeiro, por outro lado, não estabeleceu um rol taxativo de jogadores. Há uma previsão divulgada pelo clube, na análise financeira realizada, que será abrangido um conjunto de aproximadamente 219 jogadores, inclusive os que ainda atuam pelo clube, com previsão expressa ainda de que o direito de outros jogadores que venham a ser contratados pelo clube no futuro poderá ser considerado, caso ocorram transferências nacionais ou internacionais no período de validade do *token* (Liqi, 2021).

Nota-se que, no caso do Vasco, mesmo que o clube diminua consideravelmente o seu investimento em jovens atletas, não haverá repercussão financeira nos *tokens* adquiridos pelos investidores. Já no caso do Cruzeiro, como o direito sobre o recebimento via Mecanismo de Solidariedade de qualquer jogador formado no clube faz parte dos *tokens* comercializados, somando-se ao fato de que o clube retém obrigatoriamente 60% destes *tokens* (ou seja, também será remunerado pelo Mecanismo de Solidariedade), há o interesse direto do empreendedor de, ao menos, manter o nível de formação de jovens atletas que possuam valor de mercado para futuras transações.

É fato inegável que ambos os clubes se esforçaram consideravelmente para participar da formação dos jogadores que integram o grupo passível de remunerar os *tokens*, independentemente de o número de jogadores do Vasco ser menor. Há, de fato, um esforço pretérito à emissão dos *tokens* por parte dos clubes para a formação desses atletas. Contudo, no caso específico do Cruzeiro, questiona-se se tal esforço se limita a momento pretérito, uma vez que os jogadores que se encontram atualmente no clube, bem como os que serão formados no futuro, também poderão gerar remuneração aos *tokens* emitidos no intervalo de 6 anos de sua vigência (Cruzeiro, 2021). Como o clube possui interesse direto na remuneração durante esses 6 anos de vigência dos *tokens*, por deter a sua maior parte (60%), questiona-se se realmente não há um constante e preponderante esforço de sua parte para manter (ou elevar) os padrões de suas categorias de base e nos investimentos em jovens atletas.³⁴

Partindo para a análise do Ofício CVM/SRE 15/2020,³⁵ não se identifica em nenhum momento o enfrentamento da questão do momento do esforço do empreendedor. O superintendente Luis Miguel R. Sono, que assina o Ofício, afirma que houve consulta tanto à Procuradoria Federal Especializada (PFE) quanto à Superintendência de Relações com o Mercado de Intermediários (SMI), para que cada órgão interno da CVM se manifestasse quanto ao enquadramento dos *tokens* do Vasco como valores mobiliários ou não. Ambos entenderam por haver uma oferta pública (primeira pergunta do *Howey Test*), formalizada por um título ou contrato (segunda pergunta), realizada por meio de investimento coletivo (terceira pergunta) e que gera direito de participação, parceria ou remuneração (quarta pergunta). Entretanto, não identificaram o fato de que a remuneração

³⁴ O questionamento é de tal forma relevante, necessitando de um estudo à parte para a sua análise, o que provavelmente será realizado pelos autores em outra oportunidade.

³⁵ Como o referido ofício não foi divulgado pela CVM, nem qualquer nota que esclarecesse a situação, realizamos pedido via Portal da Transparência do Governo Federal para ter acesso ao seu conteúdo. Registrado sob o 18820.000889/2021-70, o acesso foi concedido pela CVM na data de 6 de agosto de 2021, oportunidade em que foi possível verificar os fundamentos utilizados para dispensar a oferta pública de *tokens* do Vasco de registro junto a CVM.

oferecida teria origem nos esforços do empreendedor³⁶ ou de terceiros (quinta pergunta). Como no *Howey Tropical* há necessidade de subsunção dos fatos aos cinco requisitos, o entendimento foi de que o *token* do Vasco não se tratava de um valor mobiliário.

O fundamento utilizado pelo regulador é que não seria possível verificar um empreendimento propriamente dito e que eventual ganho seria oriundo da ação preponderante de três atores que não fariam parte da oferta pública: o jogador, o clube que detém seu passe e o clube que irá adquirir o seu passe (Brasil, 2020). Segundo a CVM, “o Clube não possui, no momento da oferta, qualquer ingerência sobre eventuais ganhos a serem auferidos pelos investidores, uma vez que as Futecoins se referem aos jogadores que já não estão mais no Clube quando da emissão dos criptoativos”³⁷ (Brasil, 2020).

Quanto ao fato de que o ganho seria oriundo da ação dos três atores acima delimitados, questiona-se primeiramente se o esforço do Vasco³⁸ em investir na formação dos doze atletas no passado não foram preponderantes para que estes possuam hoje valor de mercado. Entende-se que, mesmo que os clubes tenham se esforçado em momento pretérito à emissão dos *tokens* para a formação e captação de jovens atletas promissores, não há como vincular esse esforço ao resultado posterior alcançado pelos investidores quando da ocorrência de alguma transferência. No caso do Cruzeiro, há realmente uma dúvida se o esforço contínuo do clube não deve ser considerado, uma vez que os jogadores que possuem contrato com o clube atualmente também fazem parte do conjunto de atletas passíveis de gerarem rendimentos por transferências futuras entre clubes terceiros. Entretanto, tal esforço seria presente, e não pretérito. O esforço realizado pelos clubes em momento anterior à emissão dos *tokens*, ao que tudo indica, não é vinculado a transações posteriores que ocorram entre terceiros, nem mesmo é possível apontar que há vinculação direta entre eventual transação ocorrida e o fato do atleta ser formado em determinado clube. O clube que adquire os direitos federativos de um jogador, apesar de poder levar o fato em consideração, não se vincula preponderantemente pelo clube em que ele foi formado, mas sim pelo seu momento atual e recente desempenho. O histórico do atleta é certamente levado em consideração, mas não é preponderante para que uma transação se concretize.

Essa não é uma questão simples de ser enfrentada, tendo em vista tanto o caráter inovador desta modalidade de *token*, quanto o ineditismo do questionamento acerca do esforço pretérito do empreendedor ou de terceiros. Considerando que o inciso IX do art. 2º da Lei 6.385/1976 nada trata sobre o momento do esforço realizado pelo empreendedor, bem como a aparente desvinculação do esforço pretérito dos clubes em formar jovens atletas com as vendas e empréstimos posteriormente realizados,³⁹ conclui-se, com base no *Howey Tropical*, que não é possível haver enquadramento do investimento como valor mobiliário.

No tópico a seguir, será tratado caso que difere dos presentes na medida em que a CVM entendeu tratar-se de oferta pública de valor mobiliário.

36 Frisa-se novamente que não é possível afirmar que este é o atual posicionamento da CVM, diante da publicação do Ofício-Circular 6/2023/CVM/SSE, que aparentemente ampliou demasiadamente o conceito de valor mobiliário, notadamente quanto a quinta pergunta do *Howey Test*.

37 Novamente se questiona quanto à aplicabilidade de tal entendimento ao caso específico do Cruzeiro, uma vez que o seu *White Paper* se refere tanto a jogadores que estão no clube no momento da emissão, como também os que futuramente venham a ser adquiridos.

38 No caso do Vasco, a título de curiosidade, houve remuneração por parte da própria exchange (Mercado Bitcoin) em momento anterior ao que os *tokens* foram lançados ao mercado: a exchange adquiriu 20% da totalidade dos *tokens* emitidos pela cifra de 10 milhões de reais. Houve, dessa forma, remuneração ao empreendedor em momento pretérito ao *token* ser oficialmente lançado ao público.

39 O caso do Cruzeiro em específico merece maiores estudos, posto que o seu esforço presente e contínuo durante o intervalo de vigência do *token* aparentemente é vinculado ao maior sucesso do investimento.

3.3 *Panela FC versus tokens* baseados em direitos creditórios relacionados ao Mecanismo de Solidariedade: diferença substancial entre os casos

Em junho de 2015, anteriormente aos casos dos *tokens* baseados em direitos creditórios relacionados ao Mecanismo de Solidariedade, a CVM julgou caso semelhante envolvendo a sociedade empresária *Panela Futebol Clube Intermediações de Negócios LTDA*. (*Panela FC*), à época proprietária do sítio eletrônico conhecido como *Panela FC*. A CVM constatou que o *Panela FC* ofereceu, em página na rede mundial de computadores, oportunidades de investimento utilizando-se de apelo ao público para celebração de contratos que, da forma como foram ofertados, enquadravam-se no conceito legal de valor mobiliário. O processo foi instaurado a partir das seguintes informações fornecidas publicamente pela sociedade:

O *Panela FC* funciona bem simples. Aqui você pode adquirir cotas dos direitos econômicos de atletas de futebol profissional. Adquirindo esses direitos, você ajuda os clubes brasileiros a manter os seus talentos por mais tempo e além disso, você poderá ganhar dinheiro numa possível futura venda desse atleta! (Brasil, 2015).

A autarquia analisou a proposta de investimento ofertada pelo *Panela FC* e constatou a existência de resposta positiva a todas as perguntas do *Howey Tropical*, concluindo haver subsunção ao conceito inscrito no inciso IX do art. 2º da Lei 6.385/1976.

Notaram-se semelhanças com os *tokens* estudados no subcapítulo anterior em cinco respostas das seis perguntas do *Howey Tropical*. Veja-se as conclusões do regulador:

1. Há investimento? Sim. Os investidores aplicam recursos financeiros, de acordo com a Cláusula Segunda do Contrato. A intenção de se obter um ganho derivado desse investimento fica evidenciada na previsão de distribuição de rendimentos conforme as Cláusulas Primeira e Quarta do Contrato. 2. Esse investimento foi formalizado por um título, ou por um contrato? Sim, o “Instrumento Particular Contrato de Aquisição a Porcentagem de Direitos Econômicos de Atletas Profissionais de Futebol”. 3. O investimento foi coletivo? Sim, na medida em que foi oferecido indistintamente ao público em geral por meio de website. A oferta ao público em geral também é mencionada expressamente na Cláusula Terceira do Contrato. 4. Alguma forma de remuneração foi oferecida aos investidores? Sim. Há distribuição do resultado da venda de atletas profissionais de futebol, conforme as Cláusulas Quarta, Décima e Décima Terceira do Contrato [...] 6. Os contratos foram ofertados publicamente? Sim, a proposta de investimento foi ofertada ao público em geral por meio de seu website – www.panelafc.com.br. A oferta ao público em geral também é mencionada expressamente na Cláusula Terceira do Contrato. (Brasil, 2015).

A diferença substancial entre os casos, contudo, encontra-se na resposta à quinta pergunta, intitulada “a remuneração oferecida tem origem nos esforços do empreendedor ou de terceiros?”. O regulador respondeu positivamente para o caso do *Panela FC*, apontando que os investidores receberam remuneração sem realizar qualquer esforço além de entregar moeda ao *Panela FC* (Brasil, 2015).

Apesar de não constar no Memorando 29/2015-CVM/SER (Brasil, 2015), que não entra em maiores detalhes sobre as justificativas que basearam a decisão, só existe uma justificativa para que a resposta a essa pergunta tenha sido positiva: no caso do *Panela FC*, os investidores adquiriam

os direitos econômicos dos jogadores que ainda estavam nos clubes vinculados à proposta de investimento. Como os jogadores ainda estavam no clube, havia esforço direto tanto do Panela FC, quanto do clube envolvido, para realizar a venda dos direitos econômicos desses jogadores. Havia fácil identificação do esforço do empreendedor (Clubes) e de terceiros (Panela FC) para realização das vendas em valores superiores aos direitos econômicos adquiridos pelos investidores.

No caso dos *tokens* do Vasco e do Cruzeiro, tanto os clubes quanto as plataformas que receberam as ofertas públicas não possuíam ingerência direta sobre as negociações dos jogadores, o que levou a CVM a responder negativamente a essa mesma resposta.

4 Riscos inerentes ao negócio jurídico que serve de lastro aos *tokens*

Considerando que há um esforço pretérito à emissão dos *tokens* que é formalizado por contratos de cessão de crédito⁴⁰ com os titulares originários dos direitos, cumpre fazer uma reflexão acerca dos riscos que envolvem esse negócio, posto que podem impactar no cumprimento da obrigação futura e rendimento dos investidores (adquirentes de *tokens*).

A cessão de crédito é negócio jurídico bilateral em que, por meio de contrato, transfere-se a posição de titular do direito de crédito na relação negocial a terceiro estranho a relação obrigacional de origem. Com o negócio efetivado, salvo estipulação em contrário, transfere-se todos os acessórios, como correção, juros, multa e garantias.⁴¹

Embora não seja imposta às partes forma específica para a realização do negócio, a cessão é ineficaz perante terceiros caso não seja firmada por instrumento público ou particular revestido das solenidades do § 1º do art. 654 do Código Civil.⁴² Para se transmitir os direitos decorrentes de precatório ou de atletas, é suficiente as declarações de vontade do cedente e do cessionário, sendo dispensável a participação do devedor que deve somente ser notificado da cessão (Gomes, 2019c, p. 161).

Pode-se dizer que um dos principais riscos envolvendo esse negócio é a penhora do crédito que serve de lastro aos *tokens* antes do adimplemento, em virtude de ser configurada fraude à execução em outra ação. Essa situação poderá ocorrer, entre outros motivos, caso o cedente, na data da cessão de crédito, tenha plena ciência de que contra ele tramitava ação capaz de reduzi-lo à insolvência.⁴³

Nos termos do art. 835 do CPC/2015, a penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I – dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II – títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado; III – títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; IV – veículos de via terrestre; V – bens imóveis; VI – bens móveis em geral; VII – semoventes; VIII – navios e aeronaves; IX – ações e quotas de sociedades simples e empresárias; X – percentual do faturamento de empresa devedora; XI – pedras e metais preciosos; XII – direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia; XIII – outros direitos.

Sendo assim, caso a cessão de crédito se configure como fraude contra credores e o credor do cedente (devedor em outra ação) requerer a penhora dos créditos (precatório ou mecanismo de

40 Como exemplo, ver o “Resumo do Termo de Emissão de Tokens, Cessão de Provento Econômico e Outras Avenças” (RESUMO..., 2021) publicado pela emissora Liqi, em relação ao caso do Cruzeiro. Trata-se de caso evidente de um negócio jurídico de cessão de direitos creditórios, chamados pelo clube de “cessão de provento econômico” em seu item 1.1.

41 BRASIL. Código Civil. Art. 287. *Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios.*

42 BRASIL. Código Civil. Art. 288.

43 BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 792. *A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: IV – quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência.*

solidariedade), é imprescindível que siga essa ordem na busca de ser reparado pelos prejuízos. É importante ressaltar que ambos os direitos de crédito analisados no presente artigo se enquadram no inciso XIII, ou seja, são os de menor preferência e devem ser penhorados em última hipótese.

Dessa forma, caso algum credor do emissor dos *tokens* já tenha esgotado os incisos I a XII do CPC/2015 na tentativa de adimplemento de seu crédito, existe a possibilidade real do direito creditório relacionado ao *token* ser penhorado para pagamento de débitos executados em juízo, o que provavelmente levará à não remuneração dos investidores.

Ao analisar a situação dos clubes e dos *tokens* de precatórios, entende-se que a situação dos precatórios é menos arriscada, posto que é dever do empreendedor, antes da emissão dos *tokens*, analisar cada crédito e seu titular antes de prosseguir com a cessão. Caso o empreendedor tenha atuado de forma diligente antes de ofertar os *tokens* no mercado, reduz-se as chances de uma penhora em virtude de ação judicial. Ainda, uma vez que precatórios não são bens sujeitos a registro, para que o terceiro adquirente tenha mais chances de ver seu crédito adimplido, deve provar que adotou as cautelas necessárias antes da aquisição, por exemplo, exibindo as certidões negativas de débitos e de distribuição de ações judiciais.⁴⁴ Por outro lado, considerando que os clubes Vasco e Cruzeiro se encontram em um conturbado momento financeiro,⁴⁵ além de o segundo já possuir deferimento do processamento de sua Recuperação Judicial,⁴⁶ entende-se que os créditos vinculados aos *tokens* relacionados ao mecanismo de solidariedade possuem maior chance de serem penhorados.

Nesse caso específico, como há possibilidade jurídica em nosso ordenamento processual de penhora de direitos creditórios, somada ao fato de ambos os clubes enfrentarem diversos processos judiciais já em fase executória, questiona-se se eventual esforço dos clubes para desconstituir eventuais penhoras sobre tais direitos não seria considerado como um esforço do empreendedor para o alcance do sucesso do empreendimento. No caso do Cruzeiro, como houve deferimento do processamento da Recuperação Judicial, os credores concursais foram abarcados pelo *stay period*, período de 180 dias (prorrogável por mais 180) em que ficam suspensas as cobranças de todos os créditos concursais.⁴⁷ Por meio desse mecanismo, os credores concursais do Cruzeiro ficam temporariamente impedidos de conseguirem a penhora dos direitos creditórios do clube relacionados ao mecanismo de solidariedade. Caso os credores tivessem sucesso em tais pedidos, tal fato por si só já inviabilizaria completamente o negócio jurídico firmado junto aos investidores, que além de não receberem qualquer remuneração, teriam que pleitear judicialmente o ressarcimento pelos investimentos realizados, aumentando ainda mais a lista de credores do clube. Logo, questiona-se, novamente, se não houve esforço do clube para obstar a penhora dos referidos direitos creditórios, afinal, a Recuperação Judicial embarçou a cobrança judicial de grande parte dos débitos existentes que poderiam chegar até essa etapa de constrição de direitos.

44 BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: § 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

45 Somente na Justiça do Trabalho, o Cruzeiro somava mais de 170 processos, sendo quarenta ações desse tipo ajuizadas somente em 2021 (PIU, 2021), antes do ajuizamento do pedido de Recuperação Judicial. Quanto ao caso específico do Vasco, já há notícia concreta de um processo ajuizado pelo Americano Futebol Clube em que foi determinada a penhora de 30% de qualquer pagamento relativo ao mecanismo de solidariedade, direitos de transmissão e patrocínio (Vasco..., 2021).

46 Informação retirada dos autos 5145674-43.2022.8.13.0024 na data de 6 de março de 2023.

47 BRASIL. Lei 11.101/2005. Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica: I – suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei; II – suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência; III – proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência. [...] § 4º Na recuperação judicial, as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do *caput* deste artigo perdurarão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal.

É crucial ressaltar o art. 298 do Código Civil de 2002, o qual estipula que, uma vez penhorado, o crédito não pode mais ser transferido pelo credor que estiver ciente da penhora. O legislador impôs uma restrição explícita com o objetivo de impedir que clubes transfiram o crédito após terem sido notificados da penhora.

Conclusão

A investigação para esclarecer se determinado *token* é valor mobiliário não deve se restringir ao nome que é atribuído ao *token*, mas sim às suas características e na forma com a qual é ofertado ao público. Os *tokens* em si são apenas um código computacional, sendo relevante, portanto, a forma com a qual são vendidos para os usuários/investidores. A distribuição de direitos creditórios por meio de *tokens* é uma forma mais simples de proporcionar a sua aquisição por parte dos investidores e de fomentar o mercado secundário. Ressalte-se que os mesmos direitos podem ser oferecidos ao mercado por meio de contratos e títulos desvinculados a *tokens*.

O objetivo das leis e regulação do mercado de valor mobiliário, baseado no modelo do *full and fair disclosure*, é reduzir a assimetria de informações entre ofertantes e investidores, determinando que a sociedade empresária divulgue informações necessárias para que seja possível aferir, com base nos seus antecedentes, financiamentos, planos e participação financeira, a sua capacidade de realizar um lucro sobre o investimento. Assim, entende-se que o distribuidor que promove a divulgação dos riscos associados à emissão dos *tokens* cumpre com os princípios que norteiam a CVM em seu propósito regulatório, dado que informa os investidores acerca dos riscos.

Por fim, considerando que o objeto deste artigo foi o estudo do esforço do empreendedor ou de terceiros pretérito à emissão do *token* e captação de recursos da poupança popular via plataformas de investimento, a conclusão é que as hipóteses investigadas se trata meramente de negócios jurídicos de capitalização abarcados pelo conceito de “ativo virtual” trazido pelo já citado inciso IV do art. 3º da Lei 14.478/2022. Não se configurariam tais emissões de *tokens* como emissões de valores mobiliários, não atraindo até o momento a competência da CVM para fiscalizá-las e registrá-las, uma vez que o esforço pretérito do empreendedor ou de terceiros não é determinante para o sucesso do empreendimento, com a consequente remuneração dos investidores.

Contudo, considerando que no Brasil cada emissão de *tokens* deve ser analisada individualmente para se concluir se são ou não emissões de valores mobiliários, concluiu-se que os casos analisados merecem novas (e mais profundas) investigações no que tange ao esforço do empreendedor especificamente para evitar constrições judiciais sobre os direitos creditórios relacionados aos *tokens*, uma vez que o ordenamento processual brasileiro não apenas permite que ocorram, como já há casos em que foram constatadas, que, se realizadas em grandes proporções, podem eventualmente inviabilizar os investimentos realizados. Por fim, merece atenção a publicação do Ofício-Circular 6/2023/CVM/SSE, por meio do qual aparentemente a autarquia ampliou consideravelmente o conceito de valor mobiliário aplicável no país.

Referências

- BRASIL. Lei 6.385/1976, de 7 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.** [S. l.], 7 dez. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 13 jun. 2021.
- BRASIL. Memorando 29/2015-CVM/SRE. **Comissão de Valores Mobiliários – CVM.** Oferta Irregular de Valores Mobiliários – Processo CVM RJ 2014-11253. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2015/20150630/9744.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2021.
- BRASIL. Ofício 15/2020/CVM/SRE. **Comissão de Valores Mobiliários – CVM.** Consulta sobre eventual enquadramento de oferta pública de ativos digitais representativos de direitos creditórios de mecanismo de solidariedade do Club de Regatas Vasco da Gama como oferta pública de valores mobiliários. Acesso em: 6 ago. 2021.
- BRASIL. Ofício-Circular 4/2023/CVM/SSE. **Comissão de Valores Mobiliários – CVM.** Caracterização dos “tokens de recebíveis” ou “tokens de renda fixa” como valores mobiliários. São Paulo, 4 abr. 2023. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sse/oc-sse-0423.html>. Acesso em: 11 jun. 2024.
- BRASIL. Ofício-Circular 6/2023/CVM/SSE. **Comissão de Valores Mobiliários – CVM.** Complemento ao Ofício Circular 4/2023-CVM/SSE - “tokens de recebíveis” ou “tokens de renda fixa”. São Paulo, 05 jun. 2023. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sse/anexos/oc-sse-0623.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2024.
- CONHEÇA os novos *utility tokens* do Mercado Bitcoin. Mercado Bitcoin: 2021. Disponível em: https://blog.mercadobitcoin.com.br/utility-tokens-mercado-bitcoin?_ga=2.61247596.1778016998.1631549555-1137664869.1622165857. Acesso em: 13 set. 2021.
- CRUZEIRO Token: Talentos da Toca. In: Liqi. [S. l.], 2021. Disponível em: <https://www.liqi.com.br/tokens/cruzeiro-token-talentos-da-toca>. Acesso em: 13 jun. 2021.
- DAI: preço, gráfico e capitalização de mercado. Coin Market Cap, 2021. Disponível em: <https://coinmarketcap.com/pt-br/currencies/multi-collateral-dai/>. Acesso em: 11 set. 2021.
- EIZIRIK, Nelson. Os valores mobiliários na nova lei das S/A. In: **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem.** São Paulo: RT. 124, 2001.
- ERNST; YOUNG. **Tokenization of Assets Decentralized Finance (DeFi).** Volume 1 Spot on: Fundraising & StableCoins in Switzerland. Disponível em: https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_ch/topics/blockchain/ey-tokenization-of-assets-broschure-final.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.
- EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE. **Blockchain and the General Data Protection Regulation. Can distributed ledgers be squared with European data protection law?** Julho 2019. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU\(2019\)634445_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU(2019)634445_EN.pdf). Acesso em: 28 jun. 2020.
- FINMA. **Publishes ‘stable coin’ guidelines.** 2019. Disponível em: <https://www.finma.ch/en/news/2019/09/20190911-mm-stable-coins/>. Acesso em: 10 ago. 2021.

FINMA. **Publishes ICO guidelines**. 2018. Disponível em: <https://www.finma.ch/en/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung/https://www.finma.ch/en/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung/>. Acesso em: 12 ago. 2021.

GOMES, Delber Pinto. Contratos ex machina: breves notas sobre a introdução da tecnologia Blockchain e Smart Contracts. **Revista Eletrônica de Direito**, out. 2018, 3, v. 17. Porto: RED, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3352031. Acesso em: 13 set. 2021.

GREGÓRIO, Rafael. Cruzeiro e Liqi lançam *token* que permite investir em recebíveis do clube por formação de atletas: Criptoativo vai usar tecnologia do bitcoin para criar frações digitais de recebíveis ligados ao mecanismo de solidariedade da Fifa, que remunera os clubes pela formação de jogadores da base. Cruzeiro *Token* deve ser emitido em junho a cerca de R\$ 25, e a iniciativa quer gerar ao menos R\$ 6 milhões para o clube. In: **Valor Investe**. [S. l.], 2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/cripto/noticia/2021/05/20/cruzeiro-e-liqi-lancam-token-com-direitos-economicos-de-atletas-formados-no-clube.ghtml>. Acesso em: 13 jun. 2021.

HOINASKI, Fábio. **Tipos de Blockchain: Qual O Melhor Para A Cadeia De Suprimentos?** Disponível em: <https://www.ibid.com.br/blog/tipos-de-blockchain-qual-o-melhor-para-a-cadeia-de-suprimentos/https://www.ibid.com.br/blog/tipos-de-blockchain-qual-o-melhor-para-a-cadeia-de-suprimentos/>. Acesso em: 16 ago. 2021.

IBAÑEZ, Luis-Daniel; O'HARA, Kieron; SIMPERL, Elena. **On Blockchains and the General Data Protection Regulation**. Southampton University Research Paper. 2018. Disponível em: https://eprints.soton.ac.uk/422879/1/Blockchains_GDPR_4.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020.

LAUSEN, Jens. **Regulating initial coin offerings?** a taxonomy of crypto-assets. In: Proceedings of the 27th European Conference on Information Systems (ECIS), Stockholm & Uppsala, Sweden. [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3391764. Acesso em: 13 set. 2021.

LEE, Samson. **The Next Frontier of Financial Market(I) — Asset Tokenization**. Disponível em: <https://medium.com/@coinstreet.asia/the-next-frontier-of-financial-sector-i-asset-tokenization-2a757a9bdc37https://medium.com/@coinstreet.asia/the-next-frontier-of-financial-sector-i-asset-tokenization-2a757a9bdc37>. Acesso em: 16 ago. 2021.

LEITÃO, Fernanda de Freitas. **A blockchain e a tokenização de bens imóveis**. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321284/a-blockchain-e-a-tokenizacao-de-bens-imoveishttps://www.migalhas.com.br/depeso/321284/a-blockchain-e-a-tokenizacao-de-bens-imoveis>. Acesso em: 16 ago. 2021.

LIQI Digital Assets: Valuation de Mecanismo de Solidariedade. In: Pluri Consultoria. [S. l.], 2021. Disponível em: https://liqi-public-files.s3.us-east-2.amazonaws.com/9f220780-ecce-46cc-b429-b5a68fc85117-relatorio_de_analise_financeira_pluri_-_cruzeiro_token.pdf. Acesso em: 13 jun. 2021.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. **Os valores mobiliários**. Rio de Janeiro: Lobo & Lira Advogados, 2021. Disponível em: <https://www.loboelira.com.br/en/os-valores-mobiliarios-2/>. Acesso em: 13 set. 2021.

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. O Conceito de Valor Mobiliário. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 59. 1985.

MIGLO, Anton. **STO vs. ICO: A Theory of Token Issues under Moral Hazard and Demand Uncertainty**. *Journal of Risk and Financial Management* 14: 232. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/jrfm14060232>. Acesso em: 31 ago. 2021.

NASCIMENTO, Daniela Pereira do. **O que são plataformas de contratos autônomos?** Entenda sua evolução em 2020. [S.l.]: MoneyTimes, 2020. Disponível em: <https://www.moneytimes.com.br/o-que-sao-plataformas-de-contratos-autonomos-entenda-sua-evolucao-em-2020/>. Acesso em: 13 set. 2021.

PIERCE, Hester Maria. **Running on Empty: A Proposal to Fill the Gap Between Regulation and Decentralization**. U.S. Securities and Exchange Commission. 2020. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/speech/peirce-remarks-blockress-2020-02-06>. Acesso em: 31 ago. 2021.

PIU, Guilherme. **Sem dinheiro, Cruzeiro acumula mais de 170 processos na Justiça do Trabalho**. UOL: Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/futebol/ultimas-noticias/2021/07/08/sem-dinheiro-cruzeiro-acumula-mais-de-170-processos-na-justica-do-trabalho.htm>. Acesso em: 1º set. 2021.

PRADO, Jean. **Ethereum e ether: o que é, pra que serve, cotação e como comprar**. Tecnoblog: 2017. Disponível em: <https://tecnoblog.net/232303/ethereum-ether-comprar-cotacao-grafico/>. Acesso em: 11 set. 2021.

PRINCIPAIS *Tokens* Payments por Capitalização de Mercado. Coin Market Cap, 2021. Disponível em: <https://coinmarketcap.com/pt-br/view/payments/>. Acesso em: 11 set. 2021.

REGULATIONS on the Status and Transfer of Players: October 2020 Edition (including COVID-19 temporary amendments). In: **Fifa**. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://resources.fifa.com/image/upload/regulations-on-the-status-and-transfer-of-players-october-2020.pdf?cloudid=kgl4gp7cl25ut2dbuz7y>. Acesso em: 18 ago. 2021.

RESUMO do Termo. [S.l.]: Liqi, 2021. Disponível em: <https://liqi-public-files.s3.us-east-2.amazonaws.com/ab4b0894-82ab-43c0-92c4-b96d1718a627-resumo-termo-de-emissao-de-tokens.pdf>. Acesso em: 1º set. 2021.

ROTH, Jakob; SCHÄR, Fabian e SCHÖPFER Aljoscha. **The Tokenization of Assets: Using Blockchains for Equity Crowdfunding**. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/335927848_The_Tokenization_of_Assets_Using_Blockchains_for_Equity_Crowdfunding. Acesso em: 16 ago. 2021.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. **Framework for “Investment Contract” Analysis of Digital Assets**. FinHub. 2019. under the Howey test. Disponível em: <https://www.sec.gov/files/dlt-framework.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

SEHRA, Avtar. SMITH, Phil. **Economics of initial coin offerings**. London, UK: Allen & Overy, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/351626829_Economics_of_Initial_Coin_Offerings. Acesso em: 16 ago. 2021.

TOKEN: o que é, como funciona e como se diferencia da criptomoeda? [S.l.]: Mercado Bitcoin, 2021. Disponível em: <https://blog.mercadobitcoin.com.br/token-o-que-e-como-funciona-e-como-se-diferencia-da-criptomoeda>. Acesso em: 11 set. 2021.

VASCO Token. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.vascotoken.com.br/>. Acesso em: 18 ago. 2021.

VASCO volta a ter chance de penhora do Americano. Gazeta Press: Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://www.gazetaesportiva.com/times/vasco/vasco-volta-a-ter-chance-de-penhora-do-americano/>. Acesso em: 1º set. 2021.

WHITE PAPER: ReitBZ, powered by BTG Pactual. [S.l.], 2018. Disponível em: <https://dashboard.reitbz.io/whitepaper.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

Estudo sobre o Projeto de Lei 4.188/2021 no Mercado de Crédito Brasileiro

Alexandre Ribeiro da Silva*

Leandra Cristina Braga de Carvalho**

Introdução. 1. O mercado de crédito brasileiro e suas dificuldades. 2. Propostas do Projeto de Lei 4.188/2021. 2.1 Serviços de Gestão Especializada de Garantias. 2.2 O aprimoramento das regras de garantias. 2.3 A transferência de valores das contas únicas e específicas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação. 2.4 A exclusão do monopólio da Caixa Econômica Federal em relação aos penhores civis. 3. Assertivas e falhas do Projeto de Lei 4.188/2021. 3.1 Assertivas do Projeto de Lei. 3.2 Desacertos do Projeto de Lei. Conclusão. Referências.

Resumo

Este estudo analisa o Projeto Lei 4.188/2021 e sua influência no mercado de crédito brasileiro e na economia do país. O objetivo é apresentar o mercado de crédito e explicar o Projeto de Lei 4.188/2021, seus objetivos e propostas. Como acertos, destacam-se a exclusão do monopólio da Caixa Econômica Federal em relação aos penhores civis e a criação das Instituições Gestoras de Garantias (IGGs). Como desacerto, observa-se a alteração na Lei 8.009/1990. Para isso, o estudo adotou o método dialético, baseando-se em artigos científicos e publicações nacionais. A metodologia utilizada incluiu textos de livros, revistas, sites e artigos acadêmicos, além de índices e doutrinas. Foi utilizado o método hipotético-dedutivo para demonstrar as fragilidades do mercado de crédito e como o Projeto de Lei 4.188/2021 irá influenciar neste mercado.

Palavras-chave: Projeto Lei 4.188/1021. Mercado de crédito. Economia brasileira. Caixa Econômica Federal. Instituições Gestoras de Garantias (IGGs).

* Professor dos cursos de Direito, Administração e Ciências Contábeis na Fundação Presidente Antônio Carlos (FUPAC) de Ubá-MG. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2017). E-mail: profalexandreriibeiroadv@gmail.com.

** Bacharela do curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos (FUPAC) de Ubá-MG.

Study on Bill n. 4.188/2021 in the Brazilian Credit Market

Abstract

This study analyzes Bill 4.188/21 and its influence on the Brazilian credit market and the country's economy. The objective is to present an overview of the credit market and explain the goals and proposals of Bill 4.188/21. Notable positive aspects include the removal of Caixa Econômica Federal's monopoly concerning civil pledges and the establishment of Guarantee Management Institutions (IGGs). However, a potential drawback is the alteration in Law 8.009/90. To achieve this, the study adopts a dialectical method, drawing from scientific articles and national publications. The methodology includes texts from books, journals, websites, and academic articles, as well as relevant indices and doctrines. The hypothetico-deductive method is employed to demonstrate vulnerabilities of the credit market and how Bill 4.188/21 will impact it.

Keywords: *Bill 4.188/21, credit market, Brazilian economy, Caixa Econômica Federal the and Guarantee Management Institutions (IGGs).*

Introdução

O trabalho tem como objetivo apresentar o mercado de crédito, sua importância, finalidade, dificuldades, limitações e benefícios para a economia brasileira. Também se propõe a explicar o Projeto de Lei 4.188/2021, demonstrando seus objetivos, criações e propostas de modificações nas legislações vigentes, com o intuito de melhorar a obtenção de crédito no país, destacando os acertos e desacertos na elaboração do projeto. O mercado de crédito no Brasil enfrenta elevados custos nas operações, juros altos e uma alta concentração do mercado financeiro, sendo o país com o maior *spread* bancário e juros do mundo. Por isso, no primeiro capítulo será abordado o instituto do crédito, trazendo seu conceito, sua formação e elucidando os motivos que tornam a obtenção de crédito no país tão onerosa.

Para combater os impasses do mercado de crédito, foi criado o Projeto de Lei 4.188/2021. No segundo capítulo deste artigo, serão pormenorizados alguns de seus objetivos, criações e propostas de modificações nas legislações atuais. Entre as mudanças destacam-se a exclusão do monopólio da Caixa Econômica Federal em relação aos penhores civis, a extensão da alienação fiduciária de bem imóvel, a criação das Instituições Gestoras de Garantias (IGGs), a alteração na Lei 8.009/1990 e a criação do § 5º-A do art. 27 do PL.

O Projeto de Lei, com a pretensão de proporcionar melhorias ao mercado financeiro, instituiu de forma sábia hipóteses como a criação das IGGs, a extensão da alienação fiduciária e a retirada do monopólio da Caixa Econômica Federal. Entretanto, o projeto também possui falhas significativas, que podem trazer prejuízos para a economia brasileira, como a possibilidade de alteração na Lei 8.009/1990, desrespeitando a proteção dada ao bem de família, uma proteção constitucional disposta no art. 1º, inciso III, da CRFB/1988. Ao possibilitar a penhora do bem de família dado como garantia de qualquer empréstimo, o PL retira o direito à moradia, um fator imprescindível para se viver com dignidade. Além disso, há falhas na criação do §5º-A do art. 27 do PL, que trata da insuficiência do produto do leilão público para o pagamento da dívida.

Os acertos e desacertos serão discutidos no terceiro capítulo, esclarecendo as razões pelas quais o Projeto de Lei 4.188/2021 precisa ser analisado com cautela para sua aprovação.

Para isso, o estudo adotou o método dialético, baseando-se em artigos científicos e publicações nacionais. A metodologia utilizada incluiu textos de livros, revistas, sites e artigos acadêmicos, além de índices e doutrinas. Foi utilizado o método hipotético-dedutivo para demonstrar as fragilidades do mercado de crédito e como o Projeto de Lei 4.188/2021 irá influenciar neste mercado.

1 O mercado de crédito brasileiro e suas dificuldades

Conceituado por Carrete (2019, p. 63), o mercado de crédito é definido como “o segmento do mercado financeiro que abrange as operações de empréstimos e financiamentos entre empresas e bancos, bem como a concessão de prazo para recebimento das vendas, negociada entre empresas”. É o local onde ocorrem as transações, permitindo que pessoas físicas e/ou jurídicas atendam suas necessidades de capital por meio da contratação de crédito consignado, cheque especial, crédito habitacional, leasing e empréstimo para capital de giro.

O mercado de crédito opera dentro do âmbito do Sistema Financeiro Nacional, no qual os bancos ou instituições financeiras captam recursos de agentes superavitários ou investidores e emprestam aos tomadores de crédito ou agentes deficitários, com o objetivo de receber no futuro o principal acrescido de juros.

O amplo acesso ao mercado de crédito é fundamental para a economia do país, desempenhando um papel considerável nas relações de consumo e influenciando diretamente o Produto Interno Bruto (PIB). No entanto, a obtenção de crédito no Brasil é desafiadora e problemática devido às altas taxas de juros, custos elevados de financiamento, despesas operacionais significativas para as instituições financeiras e falta de concorrência entre os bancos.

Os custos de crédito são especialmente representados pelo *spread* bancário (Assaf Neto, 2021, p. 146).

O *spread* bancário é medido pela diferença entre o custo de um empréstimo e a remuneração paga ao poupador. Há inúmeros fatores que definem o *spread* cobrado pelo banco, destacando-se principalmente a liquidez, risco da operação e garantias oferecidas e maturidade.

Compreende-se que as taxas cobradas nas operações dos agentes deficitários geralmente são maiores do que as pagas nas operações dos agentes superavitários. Essa diferença entre as taxas é definida como *spread*.

O Brasil possui o maior *spread* bancário do mundo, o que reflete a estrutura do sistema bancário, a situação macroeconômica e o descumprimento elevado das obrigações legais e das condições de empréstimo. Além disso, a ineficiência e a morosidade dos processos judiciais, o excesso de burocracia e a concentração no setor bancário corroboram essa situação (Studart, 2021).

Outro problema sensível no mercado de crédito brasileiro é a alta taxa de juros. Atualmente, o país lidera o *ranking* mundial, com a *Selic*, a taxa básica de juros da economia, em 13,75% ao ano (GI, 2022). Para melhor compreensão, Assaf Neto (2021, p. 137) explica que: “A taxa de juros pode ser entendida como o preço da mercadoria dinheiro. No contexto de uma operação financeira, o juro é a remuneração que o tomador (captador) de um empréstimo paga ao doador (aplicador) de recursos”.

Assim, os fundamentos do Projeto de Lei 4.188/2021 são iniludíveis: “As variações da taxa básica de juros – a *Selic* – influenciam diretamente o fluxo de empréstimos e financiamentos bancários

e, conseqüentemente, afetam o volume de investimentos das empresas e os gastos das famílias” (Carrete, 2019, p. 60).

Além disso, é importante abordar o risco de crédito, um fator problemático no Brasil devido à dificuldade de recuperação das garantias usadas nos empréstimos. Esse risco é um dos principais responsáveis pelas altas taxas de juros no mercado (Carrete, 2019, p. 65):

Risco de crédito é a possibilidade de perda decorrente da alteração dos fatores que determinam a qualidade do ativo carteira de crédito. Esses fatores incluem não só a inadimplência, mas também a ocorrência de efeitos adversos decorrentes de migração do grau de crédito e nas taxas de recuperação.

Observa-se o disposto no art. 2º da Resolução 3.721, de 30 de abril de 2009, do Banco Central do Brasil (BC):

Art. 2º Para os efeitos desta resolução, define-se o risco de crédito como a possibilidade de ocorrência de perdas associadas ao não cumprimento pelo tomador ou contraparte de suas respectivas obrigações financeiras nos termos pactuados, à desvalorização de contrato de crédito decorrente da deterioração na classificação de risco do tomador, à redução de ganhos ou remunerações, às vantagens concedidas na renegociação e aos custos de recuperação.

O risco de crédito, de forma habitual, está associado à inadimplência, que ocorre quando há probabilidade de não pagamento dos juros ou do principal na data de vencimento ou nos valores acordados (Carrete, 2019).

Isaac Sidney, presidente da Febraban, destaca que, para mitigar esse risco, as ofertas de crédito devem estar inseridas em um ambiente de negócios saudável e sustentável. Além disso, é essencial fornecer informações de qualidade e quantidade aos agentes econômicos em relação aos tomadores de crédito (Sidney, 2022).

Outro fator que contribui para o risco no mercado de crédito é a demora nas mudanças frequentes das interpretações judiciais e nos processos judiciais. Isso obriga os bancos a se precaverem para possíveis perdas futuras, aumentando o nível de provisionamento em seus balanços (Febraban, 2022).

A execução das garantias dadas para a tomada de empréstimo também é um desafio. Quando um devedor fica inadimplente, os bancos precisam executar a garantia de forma rápida e ágil, sem incorrer em custos elevados. No entanto, o Brasil é o país que menos recupera garantias, enfrentando morosidade no processo de recuperação e custos adicionais (Febraban, 2022). Sobre o ponto:

Atualmente, a recuperação do crédito é tarefa incerta e demorada. Recupera-se apenas 14,6% do valor das garantias no Brasil, contra 85,3% no Reino Unido, 81,8% nos Estados Unidos. Esses dados indicam que o tratamento atual dispensado ao tema das garantias pelo ordenamento jurídico brasileiro necessita ser reformulado para melhorar esses números e, por conseguinte, reduzir os juros pagos pelo tomador brasileiro. E ter acesso a crédito barato também é um dos elementos fundamentais do exercício de cidadania financeira (Pinheiro, 2022, s.p.).

Constatou-se uma enigmática alta concentração do mercado financeiro brasileiro. No ano de 2021, os bancos Itaú, Bradesco, Santander, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil regeram

72,6% do crédito e 63,1% das receitas entre 441 conglomerados prudenciais, conforme¹ dados do Banco Central. Dessa forma, a maior prioridade do BC é aumentar a competição (Canzian, 2022).

Relata que “em 2021, das dez instituições mais lucrativas do planeta, quatro eram brasileiras, segundo levantamento da consultoria Economática com base no ROE”. Vejamos o *ranking* dos respectivos artigos:

O *ranking* é liderado pelos americanos Capital One (ROE de 20,4%) e Ally inancial (19,3%). Na sequência vêm Santander Brasil (18,9%), o canadense RBC (17,3%), Itaú (17,3%), o americano J.P. Morgan (16,9%), Banco do Brasil (15,7%) e Bradesco (15,2%). (G1,2022).

Com base nas informações apresentadas, fica evidente a complexidade do mercado de crédito e seus diversos impactos negativos na economia brasileira. Diante desse cenário, é urgente adotar medidas para aprimorar os segmentos do Sistema Financeiro Nacional. Nesse contexto, o Projeto de Lei 4.188/2021, que institui o Marco Legal das Garantias de Empréstimo, foi aprovado pela Câmara dos Deputados e segue para análise no Senado.

O objetivo desse projeto é facilitar a obtenção de crédito no país, tornando o mercado mais eficiente para todos os agentes. Isso inclui a redução de juros e custos de financiamento, bem como a diminuição das despesas operacionais das instituições financeiras. Além disso, espera-se que a concorrência entre os bancos seja estimulada (Pinheiro, 2022).

2 Propostas do Projeto de Lei 4.188/2021

Conforme foi apresentado, o Brasil possui inúmeras problemáticas em relação ao mercado de crédito, devido às altas taxas de juros, elevados gastos operacionais, dificuldade nas execuções das garantias e pela grande concentração no mercado financeiro e, por esse motivo, foi criado o Projeto de Lei 4.188/2021. Esse projeto tem como objetivo tornar as garantias ofertadas nas tomadas de empréstimo mais efetivas no Brasil, com o aumento das linhas de crédito no país, bem como, a amenização do risco de inadimplência, redução dos juros e custos, e a obtenção da concorrência. Neste sentido,

O conjunto de medidas propostas para atacar as distorções do mercado de crédito tem buscado aumentar a transparência, solidez e segurança dos instrumentos financeiros e criar mecanismos para que os grupos e indivíduos, atualmente restritos ao crédito possam também utilizar esse mercado em condições razoáveis (Brasil, 2022, s.p.).

Assim, é imprescindível analisar os seus principais pontos dispostos no art. 1º do PL, a saber:

¹ Projeto de Lei 4.188/2021 instituiu o Marco Legal das Garantias de Empréstimo, tendo como autor o Poder Executivo, foi aprovado pela Câmara dos Deputados e seguiu para a apreciação do Senado Federal. O Projeto dispõe sobre o serviço de gestão especializada de garantias, o aprimoramento das regras de garantias, o resgate antecipado de Letra Financeira, a transferência de valores das contas únicas e específicas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, a exclusão do monopólio da Caixa Econômica Federal em relação aos penhores civis, a alteração da composição do Conselho Nacional de Seguros Privados, e altera a Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997; a Lei 8.009, de 29 de março de 1990; a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil; a Lei 13.476, de 28 de agosto de 2017; a Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973; a Lei 13.097, de 19 de janeiro de 2015; a Lei 12.249, de 11 de junho de 2010; e a Lei 14.113, de 25 de dezembro de 2020.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre:

I - o serviço de gestão especializada de garantias;

II - o aprimoramento das regras de garantias;

III - o resgate antecipado de Letra Financeira;

IV - a transferência de valores das contas únicas e específicas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb;

V - a exclusão do monopólio da Caixa Econômica Federal em relação aos penhores civis; e

VI - a alteração da composição do Conselho Nacional de Seguros Privados.

2.1 Serviços de Gestão Especializada de Garantias

As Instituições Gestoras de Garantias (IGGs), previstas no inciso I do art. 1º do projeto, são pessoas jurídicas de direito privado que dependerão de autorização do Banco Central para funcionar e serão regulamentadas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN).

Essas IGGs serão responsáveis por determinar quanto poderá ser usado como garantia em empréstimos pessoais ou empresariais. Para isso, elas avaliarão o bem em questão. Posteriormente, os prazos e juros serão acordados entre o tomador e os bancos. Além disso, as IGGs farão registros nos cartórios dos bens imóveis e, se necessário, venderão esses bens em caso de execução, entre outras atribuições. Elas atuam como intermediadoras entre os tomadores de empréstimo e as instituições financeiras (Piovesan, 2022).

O objetivo desse serviço é facilitar a utilização, a gestão, a constituição, a complementação e o compartilhamento de garantias, contratadas com uma ou mais instituições financeiras, conforme o art. 2º do Projeto de Lei 4.188/2021.

A contratação desses serviços ocorrerá por meio de um contrato de gestão de garantias entre a IGG e a pessoa física ou jurídica que presta a garantia, conforme o artigo 5º do projeto.

Vale ressaltar também o disposto no inciso V, § 3º, do art. 5º do PL, que trata da inadimplência do tomador de crédito no pagamento das parcelas do empréstimo ou financiamento.

V - a previsão de que o inadimplemento de quaisquer das operações de crédito e de financiamento autorizadas pelo prestador das garantias possibilitará à instituição gestora de garantia, independentemente de aviso ou interpelação judicial, considerar vencidas antecipadamente as demais operações vinculadas às garantias previstas no contrato, hipótese em que se tornará exigível a totalidade da dívida para todos os efeitos legais.

Outrossim, as instituições gestoras de garantias não serão autorizadas a exercer atividades típicas de instituições financeiras, inclusive oferta de empréstimos, no âmbito do contrato de gestão de garantias, art. 5º, § 5º, do Projeto de Lei 4.188/2021.

Destarte, a Agência da Câmara de Notícias declara: “A ideia do governo é livrar os bancos e outras instituições financeiras do custo de gerenciar as garantias com a intenção de diminuir os juros”. As IGGs são uma opção dada ao mercado (Piovesan, 2022). As IGGs ao eximir os agentes financeiros dos elevados custos das operações, irão, conseqüentemente, diminuir potencialmente o *spread bancário*, pois este permanece sendo o maior do mundo, comparado a outros países, conforme aludido no primeiro capítulo.

No contexto contemporâneo, um imóvel pode ser dado como garantia para apenas um empréstimo, sendo o banco responsável por efetuar a avaliação. O formato das Instituições Gestoras

de Garantias permitem que um mesmo bem seja utilizado como garantia para a tomada de vários empréstimos, sem a anuência da instituição financeira credora inicial (Pinheiro, 2022). Sobre esta temática Regina Pinheiro em sua reportagem traz o posicionamento do deputado João Maia:

Atualmente, um bem dado em garantia que valha R\$ 1 milhão pode estar garantindo um crédito, por exemplo, de R\$ 100 mil. Ou seja, há uma grande parte da garantia — potencialmente de até R\$ 900 mil — que não poderá ser utilizada em outra operação de crédito com outra instituição financeira. (Pinheiro, 2022, S.P.).

Com base nas informações apresentadas, as Instituições Gestoras de Garantias (IGGs) desempenharão um papel fundamental. Elas permitirão que as instituições financeiras não precisem mais internalizar os serviços ou gerenciar inúmeros contratos com empresas terceirizadas. Além disso, as IGGs ajudarão a reduzir conflitos de interesse, diminuir barreiras de entrada e custos na gestão das garantias reais, entre outros benefícios (Brasil, 2021).

2.2 O aprimoramento das regras de garantias

O Projeto de Lei 4.188/2021 ocasionará alteração na Lei 8.009, de 29 de março de 1990, que trata da impenhorabilidade do bem de família, tendo em vista que o imóvel utilizado com residencial da entidade familiar dado como garantia poderá ser penhorado caso ocorra inadimplência no pagamento do empréstimo ou financiamento, independentemente da obrigação garantida ou destinação dos recursos.

Segundo o Projeto de Lei 4.188/2021:

Com a proposta, a impenhorabilidade não será oponível à excussão de imóvel oferecido como garantia real, qualquer que seja a obrigação garantida ou a destinação dos recursos obtidos, ainda que a dívida seja de terceiro. Dessa forma, o casal ou proprietário poderá oferecer o imóvel em garantia para a obtenção de crédito com custo relativamente menor (Brasil, 2021, P.28).

O instituto acrescenta no art. 3º da Lei 8.009/1990 mais uma hipótese de exceção à impenhorabilidade do bem de família.

A Lei 8.009, de 29 de março de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 3º

[...]

V - para excussão de imóvel oferecido como garantia real, independentemente da obrigação garantida ou da destinação dos recursos obtidos, mesmo quando a dívida for de terceiro (Brasil, 2021, P.15).

Referente às hipotecas, estas poderão ser executadas de forma extrajudicial, independentemente de previsão contratual. Além disso, a PL pretende igualar o procedimento da hipoteca com o procedimento da alienação fiduciária, objetivando aumentar o uso desse mecanismo no mercado brasileiro como garantia de financiamento imobiliário (Brasil, 2021). O art. 33-G do Projeto de Lei 4.188/2021 estabelece que “os créditos garantidos por hipoteca poderão ser executados extrajudicialmente, na forma prevista neste artigo, independentemente de previsão contratual”.

Além disso, houve a ampliação da alienação fiduciária de coisa imóvel, permitindo que a propriedade fiduciária já constituída seja utilizada para novas operações de crédito desde que sejam com o mesmo credor (Brasil, 2021, p. 28). Essa mudança é relevante para o mercado imobiliário e visa aprimorar as opções de financiamento. Sobre a temática, destaca-se o relatado no PL:

A sistemática de utilização de um mesmo bem imóvel como garantia de mais de uma operação de crédito, mediante simples extensão de uma mesma alienação fiduciária, permitirá a diminuição da subutilização de garantia e a ampliação do volume de crédito concedido na economia (Brasil, 2021, p. 28).

Para a conclusão do assunto, é oportuno destacar o disposto no § 5º-A do art. 27 do projeto, referente à insuficiência do produto do leilão público para o pagamento da dívida, conforme se verifica:

§ 5º-A Se o produto do leilão não for suficiente para o pagamento integral do montante da dívida, das despesas e dos encargos de que trata o § 3º, o devedor continuará obrigado pelo pagamento do saldo remanescente, que poderá ser cobrado por meio de ação de execução, se for o caso, excussão das demais garantias da dívida.

Na contemporaneidade, os bancos e as instituições financeiras relatam que, na maioria das vezes, o preço de arrematação do bem no Leilão é inferior à dívida existente, ou seja, se o valor da dívida é de R\$100.000,00, e o produto é arrematado por R\$80.000,00, os bancos e instituições financeiras teriam um déficit de R\$20.000,00. Isso posto, a PL, em seu §5º-A do art. 27, tem como propósito tornar eficiente a recuperação das garantias e eximir os bancos de perdas nas operações.

2.3 A transferência de valores das contas únicas e específicas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação

O Projeto de Lei 4.188/2021 tem como objetivo autorizar o pagamento dos profissionais da educação e professores, pelos entes federativos, por qualquer banco, mesmo que os recursos sejam da Fundeb, retirando a obrigatoriedade de ser apenas no Banco do Brasil ou na Caixa Econômica Federal (Pinheiro, 2022). Com a inserção do art. 9º na Lei 14.113, de 25 de dezembro de 2020, pretende-se, dessa maneira:

Evitar que a nova legislação traga impactos negativos na contratação da folha de pagamentos dos servidores no âmbito dos entes federativos, é proposta a inclusão do dispositivo para permitir a transferência de valores das contas únicas do Fundeb para outras contas que centralizam a folha de pagamentos do próprio ente público, mesmo que esta não seja no Banco do Brasil ou na Caixa. Por isso, entende-se necessária a indicação expressa em lei para o referido fim (Brasil, 2021, P.29).

2.4 A exclusão do monopólio da Caixa Econômica Federal em relação aos penhores civis

Nos dias atuais, pouquíssimos municípios brasileiros apresentam penhor civil disponível, com uma porcentagem de apenas 5% sendo atendidos (GT, Serventias Notariais Registro e Custas Forenses, 2022). Devido aos motivos expostos, o instituto retira o monopólio da Caixa Econômica Federal, podendo os objetos de valores, como as joias, serem penhorados em outros bancos, aumentando a concorrência e assim diminuindo a alta concentração do mercado financeiro, além de minimizar as taxas de juros para o tomador do crédito (Pinheiro, 2022).

3 Assertivas e falhas do Projeto de Lei 4.188/2021

Observando o cenário, faz-se necessário analisar os principais pontos positivos e negativos do Projeto Lei 4.188/2021 e o seu impacto no mercado de crédito e na economia brasileira.

3.1 Assertivas do Projeto de Lei

Em relação aos pontos positivos, tem-se a execução extrajudicial dos créditos garantidos por hipoteca, a extensão da alienação fiduciária de bem imóvel, a criação das Instituições Gestoras de Garantias (IGGs) e, por fim, a exclusão do monopólio da Caixa Econômica Federal em relação aos penhores civis. Partindo dessa premissa, serão analisadas as mudanças no instituto da hipoteca com o propósito de ampliar seu uso no mercado de crédito. No contexto atual, a execução da hipoteca é feita por via judicial, sendo considerada um processo burocrático, oneroso e vagaroso. Dessa forma, o Projeto de Lei, em seu art. 33-G, tem a pretensão de igualar seu procedimento com o da alienação fiduciária, fazendo com que sua execução seja realizada em caráter extrajudicial. A medida proporcionará a desburocratização para a recuperação da hipoteca, permitindo que os bancos reavejam a garantia de forma ágil, rápida e sem elevados custos.

Insta salientar que, com a mudança, haverá melhora na obtenção de empréstimo, influenciando de forma positiva o sistema financeiro. O crédito poderá ser ofertado com juros mais baixos e menores custos operacionais, o que resultará na diminuição do *spread* bancário. Sobre a proposta de extensão da alienação fiduciária de bem imóvel, essa pode ser utilizada para novas operações, desde que com o mesmo credor, sendo um fator fortemente positivo para o mercado de crédito. O devedor, ao amortizar uma parte da dívida, poderá utilizar o valor quitado para realizar novas operações, evitando que a garantia fique presa a apenas uma operação.

Em contrapartida, com a criação das Instituições Gestoras de Garantias (IGGs), será permitido que o devedor utilize a mesma garantia para efetuar empréstimos em diferentes agentes financeiros. Esse serviço tem como intuito prover o compartilhamento. As IGGs têm o propósito de romper o princípio da acessoriedade da garantia, que dispõe que esta precisa estar vinculada ao credor. A constituição das IGGs permitirá, por exemplo, que, em financiamentos habitacionais no valor de R\$200.000,00, o devedor, ao efetuar uma amortização de R\$180.000,00, ficando um saldo devedor de apenas R\$20.000,00, possa utilizar o valor já quitado de R\$180.000,00 como garantia para aquisição de créditos com diversos credores, obtendo taxas de juros mais acessíveis, o que atualmente não é possível.

Além disso, a presença de um terceiro assessorando a intermediação da gestão das garantias irá, sem dúvida, diminuir drasticamente os custos das operações, minimizando as taxas de juros. Sobre a exclusão do monopólio da Caixa Econômica Federal em relação aos penhores civis, essa diligência irá resolver a limitação da Caixa ao ampliar o uso da medida, considerando que apenas 5% dos municípios e metade da população são atendidos. A retirada desse monopólio aumentará, sem dúvida, a competição entre os bancos e instituições financeiras, reduzindo a concentração do mercado financeiro. Conforme relatado no primeiro capítulo deste artigo, “das 10 instituições mais lucrativas do planeta, 4 eram brasileiras” (GT, Serventias Notariais Registro e Custas Forenses, 2022).

3.2 Desacertos do Projeto de Lei

Os pontos negativos são importantes, uma vez que não irão colaborar para o aprimoramento do mercado de crédito, mas sim prejudicá-lo ainda mais. Existem falhas no Projeto de Lei 4.188/2021, como a alteração da Lei 8.009, de 29 de março de 1990, e a criação do §5º-A do art. 27 do PL, referente à insuficiência do produto do leilão público para o pagamento da dívida.

Em se tratando da alteração na Lei 8.009, de 29 de março de 1990, esta dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Para melhor elucidação dessa temática, torna-se necessário compreender o instituto. De acordo com Tartuce (2022, p. 774), o bem de família pode ser conceituado como “o imóvel utilizado como residência da entidade familiar, decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental ou outra manifestação familiar, protegido por previsão legal específica”.

No ordenamento jurídico brasileiro, existem duas formas de bem de família. Assim sendo, o Código Civil, nos arts 1.711 a 1.722, trata do convencional ou voluntário, e a Lei 8.009, de 29 de março de 1990, relata sobre a espécie denominada legal, atribuindo à propriedade residencial da família, seja ela urbana ou rural, a característica de impenhorabilidade.²

As exceções à impenhorabilidade do bem de família estão elencadas de forma taxativa no art. 3º da Lei 8.009/1990. A primeira refere-se ao “titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato”, art. 3º, inciso II. A segunda é “pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida”, art. 3º, inciso III. A terceira é “para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar”, art. 3º, inciso IV. A quarta é “para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar”, art. 3º, inciso V. A quinta ocorre por ter sido o imóvel adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens, art. 3º, inciso VI. A sexta e última situação trata da obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, art. 3º, inciso VII.

Oportuno destacar que os casos de penhora trazidos pelo art. 3º da Lei 8.009/1990 dependem de decisão judicial e do valor do imóvel, exceto no descumprimento do financiamento imobiliário, podendo ser levado a leilão.

2 Dispõe, com efeito, o art. 1º da Lei 8.009, de 29 de março de 1990: “Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.

Feita esta breve introdução, como analisado no segundo capítulo, o Projeto de Lei 4.188/2021 permitirá que o imóvel próprio da entidade familiar seja dado como garantia para mais de um empréstimo. Ocorrendo mora no pagamento de apenas uma das operações de crédito, sem nenhum aviso ou interpelação judicial antecipada, serão consideradas vencidas as demais operações vinculadas, tornando-se exigível a totalidade da dívida para todos os efeitos legais. Dessa forma, a garantia será executada, e a pessoa perderá seu bem, independentemente de ser a única propriedade da entidade familiar.

Sobre a temática, o deputado João Maia afirmou que: “A proposição zela pela coerência porque não se deve proteger alguém que oferece imóvel em garantia e, diante do descumprimento de obrigações garantidas, alega a impenhorabilidade do seu bem” (Siqueira, 2022). É de fácil percepção as falácias na fala do deputado, pois as instituições financeiras e os bancos, ao optarem por conceder empréstimos ao cliente, realizam antes uma minuciosa e criteriosa análise de risco com base no perfil do tomador, estabelecendo as taxas de juros e o valor que poderá ser concedido para evitar eventuais prejuízos que possam ser ocasionados com a inadimplência, mesmo havendo sido concedida uma garantia. Então, afirmar que não se deve proteger a parte mais fraca da relação é grande insipiência.

Cabe ressaltar, neste oportuno momento, os motivos pelos quais a Lei 8.009/1990 não deverá sofrer as alterações propostas pelo PL.

A Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor feita pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) apontou que 79% dos lares brasileiros, em agosto de 2022, estão endividados devido a contas como empréstimo pessoal, crédito consignado, cartão de crédito, cheque especial e prestação de casa e de carro (CNC, 2019). Além do mais, conforme a pesquisa da S&P Ratings Services Global Financial Literacy Survey, o Brasil ocupa a 74ª posição no *ranking* global de avaliação do nível de educação financeira, ficando atrás apenas dos países mais pobres do mundo, como Togo e Zimbábue (Loyola, 2021). Logo, verifica-se o despreparo da população brasileira para a tomada de créditos contendo como garantia seu único imóvel. O Brasil, no momento, depara-se com um povo desesperado e despreparado, e desta forma, não se pode permitir a obtenção de empréstimos que têm como garantia o bem de família, um instituto imprescindível para uma vida digna.

Adequado expor o destaque do deputado Marcelo Ramos (PSD-AM) (Siqueira, 2022): “O banco pode negar crédito para quem só tem o bem de família, já que o bem de família é impenhorável. O que não dá é para nós relativizarmos algo e abrirmos uma porteira que pode levar o Brasil para a bolha imobiliária que quebrou os Estados Unidos”.

Logo, é inevitável lembrar da crise financeira de 2008, devido à bolha imobiliária nos Estados Unidos, quando os bancos, no intuito de promover para as famílias a conquista da casa própria, ofertaram empréstimos com baixos juros, sem efetuar a devida análise de risco, ou seja, as pessoas compravam imóveis com valores superiores às suas condições financeiras e usavam como garantia o respectivo bem, o que elevou a procura por compras de casas e aumentou os valores imobiliários. Por conseguinte, houve o aumento nas taxas de juros pelos bancos, levando muitas pessoas a ficarem inadimplentes com as parcelas por não conseguirem arcar com a dívida, e as instituições financeiras ficaram descapitalizadas (Freitas, 2020).

Permitir que o Projeto de Lei 4.188/2021 altere a Lei 8.009/1990 de forma premeditada, sem avaliar criteriosamente os devidos riscos e o cenário dessa operação, para apenas ampliar o mercado de crédito, faz com que somente os bancos e as instituições se beneficiem.

Ademais, a proteção do bem de família está intimamente ligada ao consagrado princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da CRFB/1988, e ao

direito à moradia, art. 6º da Carta Magna. Dentre os basilares fatores imprescindíveis para uma pessoa ou uma família viver com honrabilidade, está o de possuir uma casa de morada, um abrigo, o que passa a ser um direito individual e social.

Enfim, relacionando a garantia de um mínimo patrimonial à dignidade da pessoa humana, percebe-se o objetivo almejado pela Constituição da República no sentido de garantir a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, funcionalizando o patrimônio como verdadeiro instrumento de cidadania e justificando a separação de uma parcela essencial, básica, do patrimônio para atender às necessidades elementares da pessoa humana (Farias; Rosenthal, 2013, p. 541).

Desse modo, a aprovação do Projeto de Lei 4.188/1991, em relação à modificação do art. 3º da Lei 8.009/1990, implicará uma nítida violação ao princípio fundamental e aos direitos sociais.

Foram indagadas as modificações trazidas pelo Projeto de Lei para o aprimoramento das regras de garantia. Dispõe o § 5º-A do art. 27 do projeto sobre a obrigação da complementação do saldo remanescente, caso o produto do leilão não seja suficiente para o pagamento da dívida, ficando o devedor do crédito obrigado ao pagamento do saldo remanescente. Dessa forma, é mais uma proposta direcionada a beneficiar de maneira única e exclusiva as instituições financeiras e bancos.

É ignóbil ver razoabilidade no caso em tela, pois o agente financeiro tem os meios de realizar a análise de risco da operação para então aceitar fazer o empréstimo no valor desejado em face do bem oferecido em garantia. Dito isso, é insensato fazer com que o tomador de crédito, ao final, arque com valores remanescentes em caso de o bem levado a leilão não ser suficiente.

É importante ainda evidenciar a questão do bem de família utilizado como garantia frente ao §5º-A do art. 27 do Projeto de Lei 4.188/2021, podendo o devedor ficar sem sua única casa e endividado.

O vice-presidente da AD Notare explana, de forma sábia, sua opinião sobre o §5º-A do art. 27 do Projeto de Lei 4.188/2021:

Não parece cabível, nem admissível, que se proponha – e o Poder Legislativo aprove – a obrigação de pagamento de saldo devedor remanescente num sistema que permite ao credor escolher e avaliar previamente o bem de garantia e, para além disso, definir livremente o quantum de crédito a ser concedido ao fiduciante, conforme a capacidade de pagamento do tomador e independentemente do valor econômico do imóvel indicado para garantia, tornando impossível - salvo incompetência absoluta do credor na contratação ou motivo de força maior que importe na destruição do bem, a apuração de prejuízo financeiro em contratos com garantia de alienação fiduciária de bem imóvel (Rocha, 2022, s.p.).

Destarte, é pertinente afirmar os significativos danos que a aprovação do projeto, no que se refere à alteração da Lei 8.009/1990 e à criação do §5º-A do art. 27 do PL, irá causar na economia brasileira, prejudicando ainda mais o mercado de crédito ao invés de aprimorá-lo.

Nenhuma melhoria será adquirida ao instituir o marco legal das garantias, colocando em risco o bem da entidade familiar e obrigando o pagamento de um saldo devedor remanescente, caso o imóvel dado como garantia e levado a leilão não for suficiente para o pagamento da dívida, ainda mais em um cenário de total despreparo da população que não possui nenhuma educação financeira e encontra-se endividada. Ademais, nota-se o expressivo e notável desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à moradia dispostos na Carta Magna.

Dito isto, o Projeto de Lei 4.188/2021, já aprovado na Câmara dos Deputados, precisa ser cautelosamente analisado pelo Senado Federal, em relação a essas matérias.

Conclusão

Apesar de o mercado de crédito ser imprescindível para a economia do país, graças ao seu influente papel nas relações de consumo e sua relação direta no PIB (Produto Interno Bruto) o Brasil enfrenta problemáticas severas, devido à existência do considerável *spread bancário*, estando a taxa básica de juros em 13,75% ao ano, além das altas taxas de juros, elevados riscos de crédito e a significativa concentração bancária, ocasionados pela imprevisibilidade da recuperação das garantias usadas nas tomadas de empréstimo.

É evidente a necessidade de aperfeiçoamento no mercado de crédito brasileiro, o qual necessita da criação de medidas para a redução das taxas de juros e dos custos operacionais, estabelecendo procedimentos seguros, ágeis e menos burocráticos para os agentes financeiros reaverem as garantias.

Dessa forma, a hipótese de exclusão do monopólio da Caixa Econômica Federal em relação aos penhores civis, proporcionando maior concorrência entre os bancos; a extensão da alienação fiduciária de bem imóvel, podendo esta ser executada em caráter extrajudicial e, desse modo, aumentar sua utilização no país; e a criação das Instituições Gestoras de Garantias (IGGs), tendo como objetivo minimizar o *spread bancário* ao livrar os bancos e outras instituições financeiras dos elevados custos de gerenciar as garantias entregues nas tomadas de empréstimos, são procedimentos formidáveis para aquecer o mercado creditício.

Entretanto, é imprescindível, ao elaborarem tais medidas, zelarem e respeitarem fatores indispensáveis à sociedade, como a proteção da impenhorabilidade do bem de família, tendo em vista o cenário em que se encontram os lares brasileiros, estando estes endividados e não contendo a devida educação financeira para compreender a gravidade da oferta do seu único bem, como garantia de empréstimos. Além do mais, negligenciar esse direito é uma direta violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à moradia, fatores imprescindíveis para uma vida digna.

O Projeto de Lei 4.188/2021 propõe mudanças significativas no cenário das garantias de empréstimos no Brasil.

A execução extrajudicial de hipotecas visa simplificar o processo e reduzir custos para os bancos. Essa medida pode agilizar a recuperação da garantia, beneficiando tanto credores quanto devedores.

A extensão da alienação fiduciária de bem imóvel permite usar a propriedade fiduciária já constituída para novas operações de crédito. Isso diversifica as opções de financiamento e evita que a garantia fique presa a apenas uma operação.

As Instituições Gestoras de Garantias (IGGs) intermediarão o uso compartilhado de garantias, reduzindo custos operacionais e estimulando a concorrência. Essa medida pode tornar o mercado mais eficiente e acessível.

A exclusão do monopólio da Caixa Econômica Federal em relação aos penhores civis aumentará a competição entre os bancos. Isso pode contribuir para reduzir a concentração do mercado financeiro e oferecer mais opções aos consumidores.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece a impenhorabilidade do bem de família como um direito fundamental, protegendo o direito à moradia e à existência digna. Essa tese foi fixada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1307334, com repercussão geral (Tema 1.127). No entanto, é importante considerar as exceções, como a excussão de imóvel oferecido como garantia real. O PL 4.188/2021 propõe ampliar essa exceção, permitindo a execução extrajudicial de hipotecas. Embora isso possa trazer benefícios ao mercado, é essencial equilibrar os interesses dos credores com a proteção dos devedores.

Sem dúvidas, medidas como o Projeto de Lei 4.188/2021 contêm um exímio propósito, entretanto não pode ocorrer a aprovação no que tange à modificação da Lei 8.009/1990 que trata das exceções da impenhorabilidade do bem de família, devendo ser examinado de forma sensata pelo Senado Federal, pois trata de um assunto sensível e diretamente ligado ao consagrado princípio constitucional, o da dignidade da pessoa humana e ao direito à moradia.

Todavia, caso o Senado não revise a matéria, é necessário o veto presidencial. Porém, não ocorrendo o veto do Presidente da República, a matéria poderá e deverá ser derrubada no Superior Tribunal Federal, pois trata-se de matéria inconstitucional, ao afetar diretamente o princípio da dignidade da pessoa humano, retirando o direito à moradia, um direito social, conforme prevê art. 6º da CRFB/1988.

Em resumo, o PL 4.188/2021 busca modernizar o sistema de garantias, estimulando a economia, facilitando o acesso ao crédito e tornando o mercado mais competitivo. No entanto, é fundamental avaliar cuidadosamente essas mudanças, considerando os impactos sociais e econômicos.

Para o devido desfecho, é importante ressaltar os impasses para a elaboração deste artigo, pois ainda são limitadas as fontes de pesquisa sobre a criação do Projeto de Lei 4.188/1990.

Referências

ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado financeiro**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788597028171. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597028171/>. Acesso em: 2 abr. 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução 3.721. **Dispõe sobre a implementação de estrutura de gerenciamento do risco de crédito**. Rio de Janeiro, 30 abril 2009. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2009/pdf/res_3721_VI_O.pdf. Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL, Cristina. **Ipea analisa impacto de propostas legislativas para mercado de crédito**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-05/ipea-analisa-impactode-propostas-legislativas-para-mercado-de-credito>. Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Planalto, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. Lei 14.113, de 25 de dezembro de 2020. **Regulamenta o fundo de manutenção e desenvolvimento da educação básica e de valorização dos profissionais da educação {...}** Brasília; Presidente da República; {2020}. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/14113.htm. Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei 4.188/2021**. Dispõe sobre o serviço de gestão especializada de garantias, o aprimoramento das regras de garantias, o resgate antecipado de Letra Financeira, a transferência de valores das contas únicas e específicas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, a exclusão do monopólio da Caixa Econômica Federal em relação aos penhores civis, a alteração da composição do Conselho Nacional de Seguros Privados, e altera a Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, a Lei 8.009, de 29 de março de 1990, a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a Lei 13.476, de 28 de agosto de 2017, a Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, a Lei 13.097, de 19 de janeiro de 2015, a Lei 12.249, de 11 de

junho de 2010, e a Lei 14.113, de 25 de dezembro de 2020. Brasília: Câmara dos Deputados, 26 de nov. de 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2309053>. Acesso em: 2 abr. 2023.

CANZIAN, Fernando. **Trouxas' para Guedes, correntistas de bancos seguem em mercado concentrado**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/05/trouxas-para-guedes-correntistas-de-bancos-seguem-em-mercado-concentrado.shtml>. Acesso em: 2 abr. 2023.

CARNEIRO, Nelson. **Lei 8.009, de 29 de março de 1990**. Planalto, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm. Acesso em: 2 abr. 2023.

CARRETE, Liliam S. **Mercado financeiro brasileiro**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597021394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021394/>. Acesso em: 2 abr. 2023.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS SERVIÇOS E TURISMOS (CNC). **Pesquisa de endividamento e inadimplência do consumidor agosto/22**. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://portal-bucket.azureedge.net/wp-content/2022/09/35a637a3f29f0347d11c46fff57031b5.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FEBRABAN. LIVE. Modernização da legislação sobre garantias - **PL 4.188/2021 Marco das Garantias**. Febraban, 2022. 1 vídeo (48:54 min). Disponível em: <https://youtu.be/LzFhwireYRw>. Acesso em: 2 abr. 2023.

FREITAS, Bruno. **Crise financeira de 2008: você sabe o que aconteceu?** Disponível em: <https://www.politize.com.br/crise-financiera-de-2008>. Acesso em: 2 abr. 2023.

GI. **Líder em ranking mundial de juros reais, Brasil tem mais do dobro da taxa do 2º colocado**. Disponível em: <https://gi.globo.com/economia/noticia/2022/08/03/lider-em-ranking-mundial-de-juros-reais-brasil-tem-mais-do-dobro-da-taxa-do-2o-colocado.ghtml>. Acesso em: 2 abr. 2023.

GI. **Dos 10 bancos mais rentáveis do mundo, 4 são brasileiros**. Disponível em: <https://gi.globo.com/economia/noticia/2022/04/18/dos-10-bancos-mais-rentaveis-do-mundo-4-sao-brasileiros.ghtml>. Acesso em: 2 abr. 2023.

GT, Serventias notariais registro e custas forenses – **MPV 1085/21 e PL 4.188/2021**, Câmara dos Deputados, youtube, 16 de dezembro de 2021, 3h 39min 14s. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=mbZ_K6PMtDg. Acesso em: 2 abr. 2023.

LOYOLA, Aislan. **Cresce a demanda por educadores financeiros no mercado brasileiro**. Disponível em: <https://monitormercantil.com.br/cresce-a-demanda-por-educadores-financeiros-no-mercado-brasileiro>. Acesso em: 2 abr. 2023.

PINHEIRO, Regina. **Aprovado na câmara, marco legal das garantias de empréstimos já está no senado**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/06/03/aprovado-na-camara-marco-legal-das-garantias-de-emprestimos-ja-esta-no-senado>. Acesso em: 2 abr. 2023.

PIOVESAN, Eduardo. **Câmara aprova marco legal das garantias de empréstimos**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/882472-camara-aprova-marco-legal-das-garantias-de-emprestimos/#:~:text=A%20partir%20desse%20momento%2C%20o,inten%C3%A7%C3%A3o%20de%20diminuir%20os%20juros>. Acesso em: 2 abr. 2023.

ROCHA, Mauro. **Considerações críticas sobre o PL 4.188/2021 que institui o marco legal das garantias**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/369562/criticas-sobre-o-pl-4188-21-que-institui-o-marco-legal-das-garantias>. Acesso em: 02 abr. 2023.

SIDNEY, Isaac. **A nova regulamentação das instituições de pagamentos**. Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/noticia/3763/pt-br/>. Acesso em: 2 abr. 2023.

SIQUEIRA, Carlos. **Uso do imóvel de família como garantia de empréstimo gera polêmica na votação de projeto**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/882422-uso-do-imovel-de-familia-como-garantia-de-emprestimo-gera-polemica-na-votacao-de-projeto-acompanhe>. Acesso em: 2 abr. 2023.

STUDART, Guilherme. **Por que o crédito é tão caro no Brasil?**. Disponível em: <https://exame.com/colunistas/panorama-economico/por-que-o-credito-e-tao-caro-no-brasil>. Acesso em: 2 abr. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família – Vol. 5**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643578. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643578/>. Acesso em: 2 abr. 2023.

Os Fundamentos da Necessidade de um Amplo Controle Judicial das Sanções Disciplinares Aplicadas aos Servidores Públicos Federais

Felipe Aires Leal Ricardo*

Sandro Lúcio Dezan**

Rícarlos Almagro Vitoriano Cunha***

Introdução. 1 O processo disciplinar como uma das faces do poder punitivo do Estado. 2 As fases do processo administrativo disciplinar e os elementos da decisão de responsabilização administrativa. 3 A necessidade de um controle judicial amplo da decisão administrativa que aplica sanção na esfera disciplinar. 3.1 O controle da suficiência da prova produzida. 3.2 O controle sobre o enquadramento jurídico dos fatos. 3.3 O controle sobre a adequação da penalidade imposta. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a extensão do controle judicial das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais. Ainda que consolidada de forma predominante na jurisprudência e doutrina administrativista a orientação de que não cabe ao Poder Judiciário examinar o mérito da decisão administrativa, ficando o controle judicial na seara disciplinar restrito a aspectos meramente formais, mostra-se necessário revisitar o debate sobre o alcance desse exame, sobretudo a partir da assertiva de que os elementos que compõem a decisão administrativa de responsabilização são questões jurídicas e, em razão disso, não podem estar isentos de controle judicial de legalidade.

Palavras-chaves: Servidor público federal. Regime disciplinar. Processo administrativo disciplinar. Poder punitivo do Estado. Decisão administrativa. Elementos. Controle judicial.

* Mestrando em Direito Público e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Servidor público federal do Ministério Público da União. Palestrante e Instrutor nas áreas de Direito constitucional aplicado a Servidores Públicos, Legislação de Pessoal, Direito Previdenciário Público e Processo Administrativo Disciplinar.

** Professor Titular de Direito Administrativo da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, Portugal. Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília; Mestre Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória. Investigador do Centro de Justiça e Governança (JusGov), Grupo JusCrim – Justiça Penal e Criminologia; e Líder do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas” do PPGD do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília/DF.

*** Doutor em Direito Público (PUC-MG), Doutor em Filosofia (UFRJ), Mestre em Argumentação Jurídica (Universidade de Alicante - Espanha). Professor da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Juiz Federal aposentado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

The foundations of the need for a broad judicial control of disciplinary sanctions applied to federal public servants

Abstract

This article aims to analyze the extent of judicial control of disciplinary sanctions applied to federal public servants. Although it is predominantly consolidated in jurisprudence and administrative doctrine that it is not up to the Judiciary to examine the merits of the administrative decision, with judicial control in the disciplinary area being restricted to merely formal aspects, it is necessary to revisit the debate on the scope this examination, especially from the assertion that the elements that make up the administrative decision of accountability are legal issues and, as a result, cannot be exempt from judicial control of legality.

Keywords: *Federal public servant. Disciplinary regime. Disciplinary administrative process. Punitive power of the state. Administrative decision. Elements. Judicial control.*

Introdução

O cometimento de uma infração administrativa por parte do servidor público federal no exercício de seu cargo faz o poder de punir da Administração, que é abstrato, tornar-se concreto. Neste instante, surge um incontornável conflito entre a pretensão punitiva da Administração Pública e os direitos e garantias individuais do servidor ora investigado, situação que, em um Estado Democrático de Direito, deverá ser mediada, principalmente, por regras, valores e princípios contidos na Constituição Federal.¹

Ao tomar posse em um cargo público, o servidor passa a se sujeitar a um regime jurídico que contém, entre outras normas, as que lhe impõem regras de conduta disciplinar, em dispositivos que visam à preservação da ordem interna administrativa e da eficiência dos serviços prestados pela Administração, e ao estímulo do desempenho regular das atribuições que lhes são outorgadas.

O cumprimento normal e corrente dos deveres corresponde à rotina. A falta de cumprimento de algum desses deveres origina a infração disciplinar pela qual é responsável o agente que cometeu e deve ser reprimida pelos titulares do poder disciplinar, mediante processo adequado para a aplicação da pena.²

Nesse contexto, a notícia de um suposto exercício irregular das atribuições do cargo exige que a autoridade com competência disciplinar do órgão instaure um processo administrativo disciplinar (em sentido amplo), que é o instrumento legal para a apuração de fatos irregulares no âmbito da Administração Pública. Se, ao final do processo disciplinar e com base nas provas produzidas na fase de instrução por uma comissão designada internamente para conduzir os trabalhos de apuração, for reconhecida a responsabilidade administrativa do servidor pela inobservância de deveres funcionais ou pela afronta às proibições contidas na lei, a Administração Pública aplicará a sanção adequada ao acusado.

¹ BRASIL. [Constituição 1988]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

² CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 306.

Assim, a instrução processual é realizada para garantir um conhecimento seguro da autoridade que proferirá a decisão (autoridade julgadora) a partir das provas que são produzidas no processo sob o crivo do contraditório, em atividade que busca reconstituir, de forma aproximada, um fato inadequado que ocorrera no âmbito interno da Administração. Logo, a punição do servidor exige a comprovação da ocorrência de fato que encontra correspondência em um tipo previsto na lei (ilícito funcional) e que seja atribuível a um servidor, legitimando a sanção a ser imposta pela Administração Pública.

Verifica-se, portanto, que o direito disciplinar trabalha, primordialmente, com os conceitos jurídicos de ilícito (conduta proibida pela norma administrativa) e sanção (resposta normativa ao comportamento inadequado), situação que o coloca como um dos ramos do poder punitivo do Estado, ao lado, por exemplo, do Direito Penal e da seara da Improbidade Administrativa. O ilícito, como conduta contrária a um enunciado normativo, é uma categoria jurídica aplicável aos diversos ramos do Direito.

Registre-se, por oportuno, que a análise do regime disciplinar dos servidores federais, microsistema dentro do regime jurídico previsto pela Lei 8.112/1990 e cuja “estrutura abarca uma face material (deveres e proibições) e uma face processual (ritos de apuração)”³ ganha importância em razão do aumento gradativo da ação administrativa do Estado, da diversidade dos serviços prestados e da complexidade das relações dentro dessa estrutura, preservando a persecução do interesse público no desenvolvimento das atividades estatais. Essa disciplina interna, ao fim e ao cabo, busca proteger a regularidade da atuação estatal, a sua organização e funcionamento, a prestação de suas políticas públicas e o convívio interpessoal no âmbito do órgão público.

Nos termos da legislação aplicável, a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar (em sentido estrito), que são os instrumentos destinados a apurar fatos e investigar a responsabilidade de servidor pela prática de infração de natureza disciplinar.

I O processo disciplinar como uma das faces do poder punitivo do Estado

Com o objetivo de dar os contornos do regime disciplinar, a legislação trouxe um conjunto de normas, procedimentos e atos relacionados à prevenção, à apuração e à repressão de irregularidades administrativas, sendo constituído a partir da previsão, em lei, de um rol de infrações funcionais, de espécies de penalidades administrativas e de instrumentos que viabilizam a apuração formal de fatos no âmbito administrativo.

O processo disciplinar constitui-se em instrumento jurídico dedicado à apuração de infrações e ao oferecimento de fases oportunas ao exercício de direitos e garantias constitucionais fundamentais, a exemplo do contraditório e da ampla defesa. Emprega-se na busca da verdade dos fatos imputados a agentes públicos acusados de cometimento de ilícitos disciplinares e, diante da constatação de uma ou mais condutas contrárias à lei, opera-se a viabilizar a responsabilização de infratores.⁴

³ DEZAN, Sandro Lúcio. *Fundamentos de direito administrativo disciplinar*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 41.

⁴ DEZAN, Sandro Lúcio; MARTINS, Jader Ferreira. *Elementos epistemológicos de processo administrativo disciplinar*. Belo Horizonte: Arraes, 2019, p. 22.

A falta disciplinar é a conduta do servidor público que, no exercício de suas atribuições, descumpra os deveres funcionais previstos no art. 116, afronta as proibições presentes no art. 117 ou adota os comportamentos previstos no art. 132, todos da Lei 8.112/1990.⁵

É no direito administrativo disciplinar que a Administração encontra os fundamentos de seu poder-dever disciplinar, na medida em que se firmam plasmados em textos normativos os deveres e as proibições afetas ao servidor público, assim como os procedimentos investigativos e contraditórios para se levar à concreção a eventual sanção disciplinar decorrente da prática do ilícito. O direito administrativo disciplinar incide exclusivamente sobre uma relação funcional estatutária e, com efeito, de direito público, que envolve a Administração e seus servidores.⁶

A lei, em sintonia com a lógica constitucional da independência das instâncias, afirma que o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições (art. 126). O poder punitivo do Estado se apresenta tanto na via judicial quanto na via administrativa.

Em relação ao arbitramento de responsabilidade administrativa, este se dará necessariamente após o trâmite de um processo administrativo disciplinar, que poderá resultar aplicação de uma sanção de natureza administrativa. Nota-se, portanto, que o processo administrativo disciplinar é um caminho obrigatório para se chegar à aplicação de uma sanção de natureza disciplinar.

Embora tardiamente, vem se reconhecendo a insuficiência da legislação ordinária e um atraso no desenvolvimento de uma dogmática própria para o exercício legítimo do poder sancionador da Administração, no sentido de lhe impor de limites e de fornecer uma definição clara de quais seriam as garantias processuais aplicáveis. “A expansão do Direito administrativo sancionador positivo não foi acompanhada por um desenvolvimento de uma teoria geral desse fenômeno”.⁷ Soma-se a isso, para reforçar a preocupação, o fato de que o desenvolvimento das práticas administrativas sancionadoras ainda é feito no seio de uma Administração autoritária e composta por servidores que desconhecem os temas e institutos garantistas que possam fornecer aos acusados um processo justo, correto e legítimo.

Logo, a limitação do poder de punir do Estado passa necessariamente pelo reconhecimento do processo disciplinar como uma das faces do poder punitivo do Estado, ante a proximidade entre as diferentes esferas sancionadoras, e pela necessidade de estender direitos e garantias individuais típicas do Direito Penal para o espaço do Direito Administrativo sancionador, diante do reconhecimento da presença de um núcleo comum de proteção contra o poder estatal. Helena Regina Lobo da Costa argumenta que esse núcleo comum “não decorreria de um *jus puniendi* único, que abrangeria o direito penal e o Direito Administrativo sancionador, mas sim do fato de os dois setores trabalharem com a aplicação de sanções aos particulares, atividade que, pela sua natureza, exige legitimação, limitação, garantias e procedimentos próprios”. Ainda sobre o tema, prossegue a autora:

Parece ter razão, assim, Georges Dellis, quando assevera não ser juridicamente exato falar em transposição de regras de proveniência penal em matéria administrativa repressiva. O direito administrativo não toma emprestadas as soluções do direito penal para adaptá-las a seus próprios

5 BRASIL. Lei 8.112/1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Art. 116, 117 e 132. Acesso em: 20 mai. 2024.

6 DEZAN, Sandro Lúcio. *Direito Administrativo Disciplinar: princípios fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 73

7 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada*. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza et al. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 110.

problemas. O autor também nos relata que o Conselho Constitucional francês entendeu que não se trata, neste tema, de transladar as regras do direito penal ao direito administrativo sancionador, mas sim de reconhecer quais são os princípios comuns da repressão jurídica.⁸

Por essa razão, o direito disciplinar deve ser integrado, por intermédio da analogia, com os princípios constitucionais do poder punitivo do Estado, sobretudo os direcionados ao Direito Penal⁹ na medida em que sejam necessários para dar efetividade aos direitos fundamentais dos acusados. A presença de referências expressas apenas à seara penal na Constituição Federal não impede que os direitos e garantias sejam extensíveis aos demais ramos punitivos do Estado.

Não se pode vislumbrar qualquer manifestação do poder sancionador da Administração sem que seja mediada por proteções e garantias que foram historicamente desenvolvidas para o Direito Penal, como: utilização do poder punitivo como *ultima ratio*, tipicidade, retroatividade da norma mais benéfica, imparcialidade da autoridade julgadora, presunção de inocência, atribuição do ônus da prova à acusação, lesividade, respeito ao devido processo legal, responsabilidade subjetiva, contraditório e ampla defesa, motivação das decisões, proibição do *ne bis in idem*, entre outros.

A realidade administrativa, em geral, e o direito sancionador, em particular, eram bem diferentes na época da promulgação da Constituição Federal de 1988, situação que justificava com que a preocupação do constituinte estivesse voltada apenas à apuração e ao sancionamento de ilícitos na seara penal. Como advertiu Alejandro Nieto,¹⁰ a prevalência do Direito Penal se estabeleceu, entre outras questões, por razões cronológicas, já que esse ramo tem seus princípios fundamentais consolidados, e, por uma questão dogmática, até então o poder punitivo do Estado vinha sendo identificado exclusivamente com o Direito Penal.

Portanto, revela-se de extrema importância, nessa seara, o reconhecimento do fenômeno da constitucionalização. O professor Luís Roberto Barroso, em artigo intitulado “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito”,¹¹ apresenta os sentidos possíveis para a expressão **constitucionalização do Direito**: (a) um ordenamento jurídico no qual a Constituição é dotada de supremacia; (b) o fato de a Constituição incorporar em seu texto inúmeros temas relativos aos diversos ramos do direito; (c) um efeito expansivo das normas constitucionais cujo conteúdo, material e valorativo, irradia-se sobre todo o ordenamento jurídico.

Há, portanto, um novo modo de observar a atividade administrativa a exigir uma filtragem constitucional para uma releitura de seus temas e institutos, de modo a reconhecer que os princípios, regras e valores constitucionais, sobretudo os que balizam a atividade jurisdicional do Estado (o poder sancionador como função atípica) e os foram desenhados para o Direito Penal, devem ser estendidos, ainda que com adaptações, para o Direito Administrativo Disciplinar, seja pelo reconhecimento da força normativa da Constituição Federal sobre o ordenamento infralegal seja pelo reconhecimento de que essas esferas normativas são espécies do gênero poder punitivo do Estado, orientando para um tratamento similar.

“Aliás, essa é uma seara em que o grau de impregnação constitucional é dos mais intensos, uma vez que, ao sancionar, a Administração impõe gravame que afeta de forma severa a esfera de direitos fundamentais”,¹² daí a importância de essa atividade contar com um sistema constitucional de

8 COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 176.

9 NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012. p. 132.

10 NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012. p. 135.

11 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 9, 33, 2006, p. 57.

12 BINENBOJM, Gustavo. **Estudos de Direito Público – Artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 621.

proteção, notadamente com a observância aos princípios constitucionais do devido processo legal, legalidade, contraditório e ampla defesa, culpabilidade, individualização da sanção, razoabilidade e proporcionalidade, presunção de inocência, responsabilidade subjetiva, duração razoável do processo.

Registre-se, por oportuno, que os grandes temas relacionados ao processo administrativo que estão sendo debatidos nos Tribunais Superiores dizem respeito à aplicação de princípios constitucionais e à extensão do controle judicial das decisões administrativas na esfera disciplinar.

2 As fases do processo administrativo disciplinar e os elementos da decisão de responsabilização administrativa

O processo administrativo disciplinar é o instrumento destinado a apurar as responsabilidades administrativas (art. 143 da Lei 8.112/1990). Portanto, o exercício do poder disciplinar pela Administração deverá obrigatoriamente ser desenvolvido dentro do modelo processual previsto na norma, por mais simples que seja a irregularidade praticada e por mais evidente que possa parecer a responsabilidade do acusado.

As notícias sobre a ocorrência de supostas irregularidades cometidas por servidores públicos podem chegar de diversas formas ao conhecimento da Administração (representação de servidores do próprio órgão, denúncias feitas por particulares, descoberta incidental em outros procedimentos, notícias veiculadas pela mídia).

A autoridade administrativa – que, em regra, é o chefe máximo da instituição ou autoridade que receber essa competência por delegação –, ao tomar conhecimento dos fatos, instaurará o procedimento para que sejam esclarecidas as suas circunstâncias. Uma primeira garantia processual do acusado é a necessidade de demonstração de justa causa para a instauração do procedimento de apuração, uma vez que o pressuposto para a submissão de um servidor a um processo disciplinar é a presença de indícios mínimos de autoria e materialidade.

A autoridade instauradora deverá então, por intermédio da publicação de um ato administrativo (portaria de instauração), designar a comissão de três servidores que serão os responsáveis pela condução dos trabalhos de apuração dos fatos que, de certa forma, trouxeram problemas para a ordem interna administrativa.

Conforme se verifica na Lei 8.112/1990,¹³ os procedimentos administrativos disciplinares serão desenvolvidos em três fases: instauração, inquérito e julgamento.

A autoridade competente, após identificar nos fatos um possível cometimento de irregularidade disciplinar, instaura o procedimento a partir da publicação do ato que constitui a comissão. Essa mesma autoridade, que sai de cena para que o órgão colegiado realizasse a instrução processual, etapa em que é produzida a prova, retornará para julgar o feito quando o trabalho da comissão estiver finalizado (relatório final).

Durante todo o procedimento, deverá ser assegurado ao servidor que configure como acusado a oportunidade de ampla defesa e de contraditar as acusações que estão sendo formuladas em seu desfavor, devendo ter conhecimento do integral do conteúdo do processo e ser citado para acompanhar e participar ativamente da inquérito, que é o momento da coleta de provas (documental, testemunhal e pericial) e da possibilidade de apresentação da sua versão para os fatos, permitindo ao interessado desfazer as suspeitas iniciais que recaem sobre si em relação à sua responsabilidade.

¹³ BRASIL. Lei 8.112/1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 20 mai. 2024.

A fase do inquérito administrativo é a mais longa dentro do processo e se divide em três momentos distintos: a instrução, a defesa e o relatório final. Inicialmente, a comissão, sempre oportunizando ao acusado a ampla defesa e o contraditório, promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações, diligências, perícias e o que mais for necessário, dentro do conjunto de provas lícitas, para esclarecimentos dos fatos, facultando ao servidor o direito de acompanhar o processo, pessoalmente ou por meio de advogado, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas, e contraprovas, formular quesitos. Por fim, como último ato da instrução, deverá ser realizado o interrogatório do acusado.

Instruir significa colher os elementos necessários para esclarecer os fatos em torno dos quais circunscreve a questão da prática da falta disciplinar, sua materialidade e autoria e mais circunstâncias pertinentes, de maneira a permitir que a autoridade ou órgão julgador disponham dos meios de informação para formar sua convicção sobre a inocência ou culpabilidade do acusado, a fim de com isso decidir o processo administrativo disciplinar ou a sindicância punitiva diante das provas seguras, de acervo fático cujo conteúdo tenha sido perfeitamente elucidado mediante as atividades instrutórias desenvolvidas.¹⁴

A última fase do processo, que é a fase de julgamento, dar-se-á em um ato único que se consubstancia na decisão administrativa proferida pela autoridade julgadora, a quem compete afirmar ou negar a existência da responsabilidade administrativa do servidor investigado. Importante ressaltar, ainda, que no julgamento a autoridade irá decidir não só a questão de mérito do processo administrativo disciplinar – reconhecer a inocência ou a responsabilidade do acusado – mas também verificará a regularidade do processo, sendo o papel da autoridade julgadora ser a garantidora do respeito às regras do jogo (devido processo legal). Como visto, instrução processual é realizada para garantir um conhecimento seguro da autoridade que proferirá a decisão, a partir das provas que são produzidas no processo sob o crivo do contraditório.

Consigne-se que a verdade processual, também no contexto disciplinar, é decomposta em duas proposições: uma verdade fática e uma verdade jurídica. Assim, além da confirmação de que a comissão respeitou o rito legal estabelecido pela legislação (devido processo legal disciplinar), duas perguntas precisam ser respondidas afirmativamente para o reconhecimento da responsabilidade e para a imputação da sanção disciplinar: (i) o servidor cometeu tal fato (verdade fática)?; (ii) esse fato provado, está previsto na lei como irregularidade administrativa (verdade jurídica)? “Precisamente, a verdade da primeira é uma verdade fática, enquanto seja comprovável pela prova da ocorrência do fato e de sua imputação ao sujeito; a verdade da segunda é uma verdade jurídica, enquanto seja comprovada por meio da interpretação do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato”¹⁵ como ilícito.

Em razão disso, podemos extrair os elementos que devem compor a decisão administrativa de responsabilização administrativa: (1) o exame da regularidade formal do processo; e (2) aspectos relacionados ao mérito, como a suficiência da prova produzida, a legalidade do enquadramento jurídico, a adequação da penalidade a ser aplicada.

14 CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 525.

15 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

3 A necessidade de um controle judicial amplo da decisão administrativa que aplica sanção na esfera disciplinar

O tema do controle judicial dos atos administrativos revela-se importante para garantir uma efetiva proteção do servidor em face das decisões da Administração, viabilizando a verificação da legitimidade da sanção disciplinar e a constatação de que o ato punitivo fora efetivado em harmonia com as finalidades legais do regime disciplinar.

Ainda que, de certa forma, esteja consolidada na jurisprudência e doutrina administrativista a orientação de que não cabe ao Poder Judiciário examinar o mérito da decisão administrativa, ficando o controle judicial na seara disciplinar restrito a aspectos meramente formais, mostra-se necessário revisitar o debate sobre o alcance desse exame, sobretudo a partir da assertiva de que os elementos que compõem a decisão administrativa de responsabilização são questões eminentemente jurídicas e, em razão disso, não podem estar isentas de controle judicial de legalidade.

Em pesquisa realizada, por exemplo, no *site* do Superior Tribunal de Justiça, é possível verificar decisões cujas ementas enunciam que:

A jurisprudência pacífica desta Corte é de que o controle judicial no processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo¹⁶ ou “segundo a jurisprudência desta Corte, o controle jurisdicional do PAD restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e à legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a impedir a análise e valoração das provas constantes no processo disciplinar.”¹⁷

No entanto, a afirmação peremptória extraída das ementas em que se restringe o controle judicial aos aspectos formais do processo administrativo disciplinar acaba cedendo, na prática, ao próprio teor das decisões do tribunal que, em contradição com a alegada “pacífica jurisprudência da Corte”, acabam no caso concreto avaliando questões como a suficiência da prova produzida pela comissão, a correção do enquadramento jurídico realizado no julgamento e a proporcionalidade da sanção aplicada pela autoridade julgadora.

Abre-se um parêntese apenas para registrar que talvez ocorra, na presente situação, o que alertou o professor Alejandro Nieto,¹⁸ quando discorreu sobre o tema da aplicação dos princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador: “em suma, aqui encontramos uma amostra típica da atividade jurisprudencial: primeiro faz uma declaração enfática e depois é obrigada a introduzir reservas um pouco assustada com as consequências ao qual pode levar”. Fecha-se o parêntese afirmando que, como veremos, sobretudo à luz do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, em que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direto pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, não se pode deixar nas mãos dos Juízes e Tribunais, em cada caso concreto, verificar se vão avaliar integralmente os elementos da decisão administrativa que imputa responsabilidade em processo administrativo disciplinar, criando insegurança jurídica, quebra de isonomia, decisionismos e arbítrios. É nesse contexto que algumas decisões irão invocar

16 AgInt nos EDcl no MS 25.473/DF, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 8/3/2023, DJe de 13/3/2023

17 AgInt nos EDcl no MS 25.473/DF, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 8/3/2023, DJe de 13/3/2023

18 NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012. p. 137.

a jurisprudência da restrição do controle judicial aos aspectos formais do processo administrativo disciplinar e outras entrarão na análise do mérito para verificar, por completo, a legitimidade e juridicidade da decisão administrativa.

A título de conclusão do presente artigo, retomemos a análise dos elementos que compõem a decisão de responsabilização na seara disciplinar para verificar qual a adequada extensão do controle judicial desses atos. Como vimos, o julgamento do processo administrativo disciplinar engloba o (1) o exame da regularidade formal do processo; e (2) aspectos relacionados ao mérito, como a suficiência da prova produzida, a legalidade do enquadramento jurídico, a adequação da penalidade a ser aplicada e motivação idônea da decisão.

Sobre o primeiro aspecto, cumpre consignar inicialmente que a instauração de um processo disciplinar gera ao acusado a expectativa de que a Administração Pública cumprirá todo o percurso previsto na lei, caminho que se inicia para a apuração de um fato irregular e é dirigido ao pronunciamento final acerca da responsabilidade ou inocência do servidor, em um conjunto de atos que pode ser denominado de devido processo legal disciplinar.

Instauração por autoridade competente, adequação do procedimento aberto, atendimento dos requisitos legais para a formação da comissão, citação para que o acusado tome conhecimento do processo e notificação para que participe de todos os atos de instrução que visem a produção probatória, cumprimento dos prazos legais, a observância do contraditório e da ampla defesa, regularidade da introdução da prova no processo, interrogatório como o último ato da instrução, indiciamento regular, a apresentação de defesa escrita e do relatório final pela comissão e julgamento por autoridade competente, são fases, atos administrativos disciplinares que, nessa exata sequência, devem compor o processo, sob pena de violação ao devido processo legal procedimental, resultando em nulidade total ou parcial do processo a depender do ato em que o vício se instalar. Punir é necessário, mas, para se chegar à responsabilidade administrativa e à aplicação de uma sanção, não há como a Administração renunciar à estrita observância do rito estabelecido pela legislação, rito que é um direito público subjetivo do acusado.

Portanto, os aspectos relacionados ao exame da regularidade formal do processo administrativo disciplinar são, por excelência, o objeto de controle de legalidade por parte do Poder Judiciário, não sendo essa questão objeto de controvérsia jurídica.

Passemos, então, à análise dos aspectos relacionados ao mérito. Inicialmente é importante assentar, a título de alinhamento conceitual, que a questão de mérito ao qual mencionamos nesse ponto refere-se ao mérito do processo administrativo disciplinar, isto é, no objeto daquele processo específico, que se consubstancia no reconhecimento da responsabilidade administrativa do servidor investigado. Não se trata aqui do mérito administrativo enquanto espaços de discricionariedade – análise de conveniência e oportunidade – da autoridade administrativa na decisão, embora também tratemos desse ponto em momento oportuno.

No que concerne à primeira perspectiva (mérito como o objeto do processo), o trabalho defende que o Poder Judiciário pode avaliar a suficiência da prova produzida, a legalidade do enquadramento jurídico realizado e a adequação da penalidade imposta, que são exatamente os elementos de uma decisão que imputa responsabilidade na seara administrativa. Isso porque esses elementos são capazes de demonstrar, em termos de legalidade, o acerto ou o desacerto da decisão proferida pela Administração Pública após o trâmite do processo disciplinar.

3.1 O controle da suficiência da prova produzida

A instauração do processo administrativo disciplinar tem por objetivo esclarecer os fatos supostamente irregulares que ocorreram no âmbito da Administração e que estão sendo imputados a determinado servidor. Busca-se sair do estado de incerteza, que resulta da precariedade das informações que se tem no início do processo, para um estado de certeza aproximada, que se apresenta após o término das investigações.

O processo é o ambiente em que a prova é produzida. Os elementos de informação obtidos pela Administração passaram a ter o *status* de prova quando são submetidos ao contraditório no curso no processo. A comissão designada para conduzir os trabalhos de apuração realizará a instrução processual, fase em que, oportunizando ao acusado a ampla defesa e o contraditório, promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações, diligências, perícias e o que mais for necessário, dentro do conjunto de provas lícitas, para esclarecimentos dos fatos, facultando ao servidor o direito de acompanhar o processo, pessoalmente ou por meio de advogado, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas, e contraprovas e formular quesitos.

A autoridade julgadora, destinatária da prova, apresentará os motivos que levaram a reconhecer a ocorrência dos fatos na sua decisão, uma vez que o sistema vigente nessa seara é o de livre apreciação das provas.

Nunca é demais advertir que o livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas.

A liberdade na apreciação da prova não é ilimitada nem discricionária. Pelo contrário, está subordinada ao princípio da legitimidade das fontes de prova. É inerente ao sistema da ampla defesa a constituição de provas, com o direito, reconhecido ao imputado, não só de contribuir para promovê-las, como de debatê-las e contestá-las.

A prova, em sentido completo, abrange todos os meios razoáveis e honestos de demonstrar a existência da falta e as circunstâncias em que terá incorrido, de forma a possibilitar, em caso afirmativo, a graduação de penas em termos justos.¹⁹

No âmbito do poder punitivo do Estado, o encargo de provar a ocorrência dos fatos ilícitos é da Administração Pública, em razão da presunção de inocência. Uma das acepções desse princípio (presunção de inocência como regra de julgamento) é a de que, se, ao final do processo, ainda restarem dúvidas razoáveis sobre a autoria ou materialidade da infração, a questão deverá ser resolvida em benefício do acusado.

Embora seja inegável a importância da prova para o resultado do processo, é interessante notar que a legislação administrativa não trata com profundidade a matéria, limitando-se a apresentar alguns meios de prova (testemunhal, documental e pericial), o que dificulta o entendimento de como se deve produzir e valorar a provas dentro do processo. Na prática, esse déficit normativo se agrava em razão de as autoridades instrutoras (membros de comissão), que realizam o trabalho de produção probatória, e as autoridades julgadoras, que precisam valorar a prova para proferir a decisão, comumente não possuírem formação jurídica ou conhecimento específico sobre atividade probatória.

¹⁹ MENEGALE, José Guimarães. *O estatuto dos funcionários públicos*. v. II. São Paulo: Forense, 1962, p. 650

A prova é produzida para que a autoridade julgadora tenha um conhecimento seguro a respeito dos fatos controversos que se apresentam como o objeto da apuração disciplinar. Visa, portanto, dar qualidade à decisão administrativa punitiva. No contexto do fato a ser provado, é necessário responder à seguinte pergunta: o servidor cometeu o fato do qual está sendo acusado? A prova é para influenciar no convencimento da autoridade julgadora, que apresentará uma resposta para esse enunciado a partir de conhecimentos científicos ou empíricos.

Nesse cenário, o Poder Judiciário poderá verificar não só se a prova foi obtida por meios lícitos (como se deu o acesso aos meios de prova), se foi introduzida corretamente no processo e se a culpabilidade do servidor foi reconhecida a partir de provas que se encontram no processo, mas sobretudo constatar se a quantidade de prova colhida é suficiente para gerar certeza sobre o ocorrido.

A insuficiência da prova em termos de qualidade e quantidade não podem embasar uma decisão condenatória e, para essa averiguação, alguns padrões probatórios²⁰ (*standards*) podem ser utilizados: o da prova clara e convincente, o da preponderância da prova da acusação sobre o da defesa e, principalmente, o da prova além da dúvida razoável.

O conjunto probatório precisa passar pelo teste da credibilidade individual de cada prova, mostrar coerência entre elas e superar qualquer resquício de dúvida real sobre a situação, levando-se em consideração a natureza da infração administrativa e as dificuldades de obtenção de prova em cada caso.

No julgamento do processo administrativo, não se fala mais em meros indícios da ocorrência do fato e de sua autoria. A decisão deve alcançar um grau de certeza suficiente, sob pena de o acusado ter de se beneficiar da presunção de inocência (*in dubio pro servidor*). A motivação da decisão condenatória é que permitirá o controle do Poder Judiciário sobre a suficiência da prova produzida e se foi adequada a valoração das provas realizada pela autoridade julgadora.

Assim, após manifestar-se sobre a ocorrência do fato, a decisão precisa reconhecer que esse fato é qualificado juridicamente como uma infração funcional, isto é, que possui relevância disciplinar.

3.2 O controle sobre o enquadramento jurídico dos fatos

Também se trata de questão de legalidade analisar a perfeita subsunção dos fatos que foram provados a algumas das infrações administrativas previstas na legislação de regência. A lista das infrações administrativas que podem ser imputadas ao servidor encontra sua sede normativa no art. 116, art. 117 e art. 132 da Lei 8.112/1990.²¹ Os ilícitos administrativos englobam a inobservância de deveres funcionais, afrontam as proibições e o cometimento de condutas previstas na lei. Nesse contexto, o reconhecimento da relevância disciplinar de um fato passa, necessariamente, pela determinação *a priori* e em abstrato no texto normativo, daquelas condutas que a Administração entende ser puníveis administrativamente.

Entretanto, um detalhe deve ser observado quando analisamos a forma pela qual a lei descreve os enunciados destinados a prever as infrações administrativas. Isso porque, na esfera administrativa, em regra, a descrição da infração não é precisa e se utiliza de tipos vagos, indeterminados ou plurissignificativos (zelo e dedicação no exercício das atribuições do cargo, moralidade administrativa, lealdade com a Administração, improbidade administrativa, conduta

20 Os padrões são definidos dogmaticamente, sobretudo para o processo penal, já que não há, na legislação penal nem na legislação aplicável para o direito administrativo sancionador, menção sobre quais seriam os padrões de prova a serem adotados.

21 Brasil. Lei 8.112/1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Art. 116, 117 e 132. Acesso em: 20 maio 2024.

escandalosa), cujas configurações, inevitavelmente, remeterão a processos de interpretação muito mais intensos por parte do aplicador da norma administrativa. Essa técnica legislativa é justificada na impossibilidade de se prever em lei todos os possíveis aspectos comportamentais desejáveis ou reprováveis. “A multiplicidade de possíveis situações, não são passíveis de serem detalhadas pelo legislador, é que justifica o uso de conceitos indeterminados”.²²

Nesse contexto, o enquadramento jurídico das infrações disciplinares carrega uma maior dificuldade de concretização em razão de um amplo raio de hipóteses fáticas que alguns tipos disciplinares podem aparentemente abarcar. “A indeterminação das disposições gerais possibilita que se adotem decisões de conteúdo diferente, embora assentadas no mesmo fundamento normativo”.²³

Essa dificuldade de qualificação jurídica de fatos acaba se traduzindo em uma maior dificuldade de controle das decisões em processo administrativo disciplinar, isto é, no controle da imputação, e do reconhecimento, no momento do julgamento do feito, da relevância disciplinar ou do grau de reprovação dos fatos provados no processo. A motivação é que permitirá a análise dos fundamentos para a aplicação da lei (tipo disciplinar) ao caso concreto.

Como visto, as infrações disciplinares utilizam, em sua grande maioria, conceitos jurídicos indeterminados para suas previsões, especialmente na tipificação dos deveres funcionais. Conforme ensina o professor Flávio Unes:

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados viabiliza ao operador do direito o exercício de seu dever de adotar a decisão que atenda a finalidade legal. A multiplicidade de possíveis situações, não passíveis de serem detalhadas pelo legislador, é que justifica o uso de conceitos indeterminados, os quais, como visto, diante das circunstâncias fáticas, conduzem a um resultado único para o caso concreto.

É importante mencionar que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados não significa que o juízo de tipicidade é uma atividade discricionária da Administração, em que se avalia conveniência e oportunidade, razão pela qual é possível o pleno exercício do controle jurisdicional. O enquadramento dos fatos é uma atividade eminentemente jurídica de interpretação de norma jurídica, e não margem de liberdade de atuação ou de apreciação meramente subjetiva do administrador.

Os atos fundados em conceitos jurídicos indeterminados não são fruto de uma opção do administrador. A aplicação dos conceitos indeterminados resolve-se com a interpretação de seu sentido. A aplicação do conceito jurídico indeterminado passa por duas operações lógicas: interpretação abstrata do conceito e a sua sobreposição ao caso concreto por via da subsunção desta à hipótese da norma. Assim, o juiz deve controlar se o processo da tomada de decisão foi devidamente motivado e justificado.²⁴

Diante da constatação da utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou mesmo de elementos normativos nos tipos disciplinares, parece-nos válido assinalar viabilidade de o Poder Judiciário reconhecer, a partir de um reenquadramento jurídico dos fatos apurados no processo administrativo, a ilegalidade do ato sancionador, diante do erro na qualificação jurídica dos

22 PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 105.

23 COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 155.

24 ALVIM, Arruda. Limites ao controle judicial da Administração: a discricionariedade administrativa e o controle judicial. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). **Direito processual público: a fazenda pública em juízo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 233.

atos. A questão a ser respondida judicialmente é se ocorreu ou não a hipótese de incidência de um determinado enunciado jurídico que traz a previsão dos elementos que compõem a infração funcional, em um nítido juízo de tipicidade da conduta que foi apurada nos autos do processo administrativo disciplinar.

3.3 O controle sobre a adequação da penalidade imposta

A sanção disciplinar é a resposta do Estado para a prática de uma infração de natureza administrativa. Quando, ao final do processo disciplinar, restar provada a responsabilidade administrativa do servidor pela inobservância de deveres funcionais ou pela afronta às proibições contidas na lei, a Administração Pública aplicará a sanção adequada ao acusado.

A adequação da sanção ao caso concreto só pode ser reconhecida quando já ultrapassados os momentos da valoração da prova e realização do enquadramento jurídico dos fatos (juízo de tipicidade). Isso porque há uma correlação, em abstrato, entre infração cometida e sanção a ser aplicada (juízo de dosimetria), embora essa vinculação não seja, por força da própria legislação, tão rígida.

As sanções administrativas previstas no regime jurídico dos servidores públicos federais são advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria e destituição do cargo em comissão (art. 127). Cabe ressaltar, desde logo, que é inadmissível a aplicação de penalidade que não esteja nesse rol de sanções.

Conforme veremos, a correlação entre sanção e infração disciplinar foi feita na legislação a partir de mecanismo que leva em consideração as três principais penalidades, quais sejam, advertência, suspensão e demissão. Isso porque a cassação da aposentadoria é a penalidade aplicada ao servidor que, apesar de se encontrar em inatividade no momento do encerramento do processo (aplicação da sanção), cometeu infração punível com demissão quando ainda estava no exercício do cargo (art. 134). Por outro lado, a destituição é aplicada aos servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão que pratiquem faltas puníveis com demissão ou suspensão.

A demissão, como modalidade de sanção mais grave, é aplicável para condutas em que a permanência do servidor nos quadros do órgão torna-se intolerável, fazendo romper o vínculo jurídico do servidor com a Administração Pública. Possui suas hipóteses exaustivamente listadas no art. 132 da Lei 8.112/1990.²⁵ Nos termos da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, a Administração Pública, deparando-se com situações nas quais a conduta do investigado se amolda às hipóteses de demissão previstas na lei, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa, por tratar-se de ato vinculado.²⁶

Nesse ponto, a correlação entre infração praticada e sanção a ser aplicada torna-se mais simples, pois se, por um lado, uma vez configurada a prática de conduta prevista no art. 132, a penalidade de demissão torna-se compulsória por ser a única reprimenda possível, por outro não se pode aplicar a penalidade de demissão fora dessas hipóteses, sob pena de ilegalidade. É importante lembrar que, na maioria das vezes que se pretende invocar a desproporcionalidade da pena de demissão, deve-se ao fato de o enquadramento jurídico ter sido equivocado, tendo em vista que as infrações administrativas, além de apresentarem uma tipicidade mais aberta, possuem espécies de natureza

²⁵ Brasil. Lei nº 8.112/1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Art. 132. Acesso em 20 mai. 2024.

²⁶ MS 17054/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 13/12/2019.

parecida que se diferenciam apenas em seu grau de reprovabilidade, circunstância capaz de gerar maiores dificuldades no momento da subsunção dos fatos.

Por outro lado, para a aplicação da penalidade de advertência, a legislação previu, em abstrato, a inobservância de deveres funcionais previstos em lei, regulamentação ou norma interna, o que faz com que o rol de deveres funcionais previstos no art. 116 se torne meramente exemplificativo. As outras hipóteses de aplicação de advertência se encontram em incisos do art. 117, conforme se verifica no art. 129 da Lei 8.112/1990, que estabelece que a “advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave”.

Nota-se que a parte final do artigo citado permite ainda afastar a sanção de advertência abstratamente prevista para a aplicação de penalidade de suspensão. E, para motivar esse agravamento da sanção, utilizam-se os elementos de dosimetria previstos na própria lei (art. 128) que manda considerar a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provieram para o serviço público, as circunstâncias agravantes e os antecedentes funcionais, de modo a possibilitar, naqueles casos que em princípio eram passíveis de advertência, a aplicação da penalidade de suspensão.

A penalidade de suspensão será aplicada, portanto, em casos de reincidência das faltas puníveis com advertência, em casos em que a proporcionalidade da sanção exige penalidade mais severa que a advertência e nas hipóteses previstas nos incisos do art. 117 que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão (incisos XVII e XVIII do art. 117). A referida penalidade consiste no afastamento temporário do servidor pelo prazo de até noventa dias, com o conseqüente desconto proporcional da parcela da remuneração no período da sanção.

Gustavo Binebojm, ao tratar do tema, afirma que “durante muito tempo – sem que isso provocasse grandes problemas – a discricionariedade era definida como margem de liberdade decisória dos gestores públicos, serem qualquer remissão ou alusão aos princípios e regras constitucionais”. No entanto, afirma o autor, o dogma da discricionariedade como espaço livre de decisão do gestor foi superado, passando a ser “preenchida por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa”.^{27,28}

Portanto, a avaliação da sanção não é uma escolha subjetiva e aleatória da autoridade julgadora, mas deve estar balizada pela sanção prevista abstratamente em lei com a possibilidade de, nos casos permitidos pela legislação, promover-se a adequação da sanção a partir de alguns elementos de dosimetria a serem obrigatoriamente levados em consideração no momento da decisão de mérito do processo. Segundo a Lei 8.112/1990, na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais (art. 128).

Adentrando nas peculiaridades de cada caso, incluídas as circunstâncias objetivas relacionadas ao fato e às condições pessoais do servidor, mostra-se possível medir o grau de responsabilidade subjetiva do agente e determinar a medida de sua culpabilidade a partir da concreção dos referidos

27 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 25.

28 No livro, o autor enumera as etapas em que foram sendo criados parâmetros jurídicos para o controle de atos discricionários: (1) teoria dos elementos do ato administrativo, com a possibilidade de sindicância dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência, finalidade e forma); (2) desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei (desvio de poder, excesso de poder, motivos determinantes); (3) desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos determinados; (4) desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade.

elementos de dosimetria, de modo a determinar a sanção mais adequada ao caso concreto, buscando o ato administrativo ótimo.

Portanto, a possibilidade de dosimetria de algumas espécies de sanção não é capaz de atribuir discricionariedade para as autoridades julgadoras, permitindo valorações pessoais e afastando a possibilidade de controle do ato administrativo.

Conclusão

Conclui-se, portanto, que, independentemente de qual acepção de adote em relação a expressão mérito administrativo, revela-se necessário a defesa de um amplo controle judicial do ato punitivo sancionador, para além dos aspectos puramente procedimentais, sobretudo a partir do reconhecimento de que apenas a decisão justa e correta seja capaz de garantir a legitimidade do exercício do poder de punir da Administração Pública. A motivação idônea (exposição da fundamentação de fato e de direito) da decisão é o elemento que permite o efetivo controle por parte do Poder Judiciário.

O tema do controle judicial do ato administrativo, em especial do ato sancionador, tem importante significado em um Estado Constitucional de Direito, que possui os princípios, valores e regras constitucionais como elementos centrais do ordenamento jurídico e que sujeita a Administração Pública a observância da lei e do Direito (princípio da juridicidade administrativa).

A regularidade da aplicação de penalidade disciplinar deve estar vinculada a elementos de convicção capazes de conferir certeza quanto à autoria e quanto à materialidade da infração funcional, o que pressupõe um correto enquadramento jurídico dos fatos. Avalia-se judicialmente a adequação, no sentido de verificar a motivação utilizada para a correlação entre a conduta praticada e as sanções previstas, bem como a proporcionalidade/razoabilidade da sanção imposta.

Como visto, os três elementos que compõem a decisão administrativa que imputa sanção (suficiência da prova, enquadramento jurídico dos fatos e adequação da sanção), por serem aspectos relacionados à legalidade, tornam-se passíveis de controle por parte do Poder Judiciário.

Por fim, quanto à acepção do mérito do ato administrativo como espaço de discricionariedade da autoridade administrativa na decisão, cumpre consignar que se encontra superada a doutrina tradicional que reconhecia na expressão discricionariedade um espaço de atuação que estaria integralmente imune ao controle judicial. As decisões judiciais também sinalizam nesse sentido.

O poder punitivo do Estado-Administração não deve admitir espaços de subjetivismo e discricionariedade em sentido estrito, ante a natural restrição de direitos dos servidores investigados no curso do processo. Para cada fato irregular provado, só pode haver um enquadramento jurídico correto e uma única reprimenda adequada.

Referências

- ALVIM, Arruda. Limites ao controle judicial da Administração: a discricionariedade administrativa e o controle judicial. *In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). **Direito processual público: a fazenda pública em juízo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2000.*
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.** O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Rio de Janeiro: Revista da Emerj, v. 9, 33, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** 3. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo.** Coimbra: Almedina, 1996.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos.** São Paulo: Saraiva, 2010.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada *In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza et al. **Direito administrativo sancionador.** São Paulo: Quartier Latin, 2014.*
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada.** 2013. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- DEZAN, Sandro Lucio. **Direito Administrativo Disciplinar: direito material.** Curitiba: Juruá, 2013.
- DEZAN, Sandro Lucio. **Fundamentos de direito administrativo disciplinar.** Curitiba: Juruá, 2010.
- DEZAN, Sandro Lucio. **Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo,** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- DEZAN, Sandro Lucio. MARTINS, Jader Ferreira. **Elementos epistemológicos de processo administrativo disciplinar.** Belo Horizonte: Arraes, 2019.
- DEZAN, Sandro Lucio. **Direito Administrativo Disciplinar: princípios fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2013, p. 73.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli.** 4 ed. rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MENEGALE, José Guimarães. **O estatuto dos funcionários públicos.** v. II. São Paulo: Forense, 1962.
- NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador.** 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012.
- PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

Direito Fundamental a um Processo Administrativo Justo

Ivon Jorge da Silva*
Sandro Lúcio Dezan**

Introdução. 1 Direitos do homem. 1.1 Gerações dos direitos fundamentais. 1.2 O caráter jurídico dos direitos fundamentais. 2 Declaração Universal dos Direitos Humanos. 2.1 Convenção americana de direitos humanos (1969) – Pacto de San José de Costa Rica. 2.2. Convenção europeia dos direitos do homem. 3 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 4 O papel da administração pública na concretização dos direitos fundamentais. 5 Direito fundamental a um processo administrativo justo. Considerações finais. Referências

Resumo

O presente artigo investiga a existência de um processo justo, bem como do direito fundamental a um processo administrativo justo, suas origens e fontes, internacionais e nacionais, e visita normas e doutrinas rumo ao conhecimento dos meios de se concretizar esse direito fundamental. No caminho, depara-se com a Administração Pública e perscruta-lhe o papel de concretizadora de direitos fundamentais, sobretudo aquele aqui em questão. Feito todo esse caminho, conclui-se pela existência do direito, bem como de sua implementação paulatina nas normas e procedimentos administrativos.

Palavras-chave: Direitos do homem. Direitos fundamentais. Processo justo. Constitucionalização do direito administrativo. Gerações dos direitos fundamentais. Administração Pública.

* Graduação em Direito pela Faculdades Integradas do Planalto Central (2003) e em História pela Faculdade do Noroeste de Minas (1995). Pós-graduação *latu sensu* em História da educação (1996) e Pós-graduação *latu sensu* em Inteligência Policial (2014). Atualmente é Aluno Regular do Mestrado em Direito da Faculdade UniCEUB. Ocupa o cargo de Delegado de Polícia Federal - Diretoria de Polícia Administrativa da Polícia Federal.

** Professor Titular de Direito Administrativo da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, Portugal. Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília; Mestre Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória. Investigador do Centro de Justiça e Governança (JusGov), Grupo JusCrim – Justiça Penal e Criminologia; e Líder do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas” do PPGD do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília/DF.

Fundamental right to a fair administrative process

Abstract

This article investigates the existence of a fair process, as well as the fundamental right to a fair administrative process, its origins and sources, international and national. It visits norms and doctrines towards the knowledge of the means of realizing this fundamental right. Along the way, he came across the Public Administration and scrutinized its role as the materializer of fundamental rights, especially the one in question here. After all this path, it is concluded that the law exists, as well as its gradual implementation in administrative rules and procedures.

Keywords: *Human rights. Fundamental rights. Fair process. Constitutionalization of administrative law. Generations of fundamental rights. Public administration.*

Introdução

Há muito que habita nos ordenamentos jurídicos dos países e nas normas supranacionais a figura dos direitos fundamentais, muitos com raízes nos direitos naturais, outros construídos conforme se avança na organização das nações.

Outra batalha que se trava, a par do reconhecimento dos direitos fundamentais, é o estudo e instituição de meios jurídicos que assegurem a realização desses direitos, a criação de ferramentas eficazes na limitação do arbítrio, manejáveis em tempos e lugares diversos.

Novamente o embate. O Estado, sua *longa manus*, seja administrativa, judicial ou legislativa, os seus cidadãos, individualmente considerados ou mesmo em coletividade, como as diversas formas de ler e se interessar pela realidade cotidiana.

Surgem e evoluem os conceitos de interesse público, discricionariedade, atos vinculados, em tempos sombrios, o cidadão parece ter sido colocado em lado oposto ao Estado que ele se uniu para criar.

Algo precisa ser feito para que as decisões reflitam os direitos fundamentais e as normas, que a segurança jurídica impere e impeça alterações de rotas ao gosto dos ocupantes atuais dos postos públicos.

É nesse momento que emerge a figura do direito fundamental ao processo. Rareiam as decisões orais ou não dotadas de fundamentação. Parece que as forças começam a se equilibrar no jogo social. Constituições inscrevem em seus corpos o direito ao devido processo legal, e tudo parece estar caminhando para a solução.

Imperialismos disfarçados, tiranias, crimes contra a humanidade, arbitrariedades, escravidões modernas, sorratamente ocultam-se na roupagem do “devido processo legal”, deixando claro que não basta a existência de um processo perfeitamente encadeado em seus atos, para que os mais caros direitos fundamentais sejam assegurados.

Eis que o pensamento filosófico se põe a analisar e constatar a existência de uma ligação íntima entre justiça e processo, sendo que este tem o nobre papel de ser um limitador do poder.¹

1 Cf. PEREIRA, Eliomar da Silva. **Saber e Poder: o processo (de investigação) penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 265.

Cabe-nos agora perscrutar o que vem a ser um processo justo. Uma primeira impressão indica o rumo a tomar, tal processo precisa conceder a todos os vinculados a oportunidade de exporem suas teses e argumentos, em uma paridade de forças, a fim de que, da análise fundamentada dos pontos de vista jurídicos, emergja a decisão – lembrando-se que a justiça do processo não se confunde com a justiça da decisão.²

Essa justiça processual precisa remeter a um “renascimento de um jusnaturalismo processual”, para fazer frente a um “juspositivismo processual” reducionista. Assim, dentro de uma justiça processual, haveria espaço para o questionamento acerca do que é correto fazer ao sujeito passivo ou o que é correto exigir-lhe, limitar-lhe³ – sempre com os olhos postos na ideia de tolher-lhe, ao mínimo possível, as suas liberdades.

Outra questão que pode nos ocorrer ao tentar corporificar, com as limitações que temos, o devido processo justo, seria nos questionar acerca de “que direitos tem o homem num processo”, buscando identificar o que é injusto em um processo – esse um exercício mais possível de obtenção de resposta satisfatória. Tal exercício precisa, por fim, calcar-se na consciência do indivíduo, guiada pela razão.⁴

Ganha força, portanto, a ideia de que o devido processo, em sua busca por ser justo, precisa ser compreendido como “uma síntese de vários princípios”, os quais atuariam, nos problemas processuais, pretendendo a menor redução possível dos direitos fundamentais por eles protegidos.⁵

Uma vez construída a coluna vertebral do processo justo, na qual se insere o processo administrativo, lançaremos olhos, sob seu prumo, nos tratados internacionais, na constituição federal do Brasil e na lei federal do processo administrativo brasileiro, na busca por traços de atendimento ao direito fundamental a um processo administrativo justo, bem como de lacunas, que possam ser preenchidas pelo correto entendimento e aplicação do *quantum* aqui debatido.

I Direitos do homem

Uma vez que se busca, nesta obra, dar contornos ao direito fundamental a um processo administrativo justo, contextualizaremos, em breves linhas, o caminhar desses direitos na história moderna dos ditos países civilizados.

Outro não é o objetivo maior senão trazer à memória os quão preciosos são e com que esforço devem ser protegidos e assegurados esses direitos, que se confundem com a própria história da humanidade.

Sendo tão caros a todos nós os direitos fundamentais, e, como joias sendo garimpados no conviver social de cada nação, época, impregnados dos valores maiores das sociedades, valem todos os esforços para insculpi-los nas cartas magnas. Todavia, a preocupação supera a simples inscrição na lei maior, senão a criação de formas e estruturas que permitam protegê-los contra toda forma de arbítrio.

Assim, tomamos a lição de Guy Haarcher, para quem os direitos do homem:

2 Id. *Ibid.*, p. 265.

3 Id. *Ibid.*, p. 266-268.

4 Id. *Ibid.*, p. 139-143.

5 Id. *Ibid.*, p.147.

se trata de prerrogativas concedidas ao indivíduo, tidas por de tal modo essenciais que toda a autoridade política (e todo o poder em geral) teria a obrigação de garantir o seu respeito; os direitos do homem constituem as proteções mínimas que permitem ao indivíduo viver uma vida digna desse nome, defendido das usurpações do arbítrio estatal (ou outro); são por conseguinte uma espécie de espaço <<sagrado>>, intransponível, traçam à volta do indivíduo uma esfera privada e inviolável.⁶

No atual Estado de direito, pautado pelo constitucionalismo moderno, que, nas palavras de J.J. Gomes Canotilho, legitimou o aparecimento da chamada constituição moderna, pela qual “entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política por meio de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”,⁷ os direitos do homem, aqui entendidos como os direitos fundamentais, devem ser mais que justificados, e sim protegidos, conforme advertência de Norberto Bobbio de que o “problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”.⁸

1.1 Gerações dos direitos fundamentais⁹

Corroborando o entendimento exposto acima, da conquista histórica dos direitos fundamentais, a sua classificação didática em gerações.

Chamamos didática porque não há uma linearidade na conquista desses direitos, porque acompanham a complexidade de cada sociedade, seus valores, seus momentos, suas forças.

Também, os ditos direitos fundamentais se misturam em um amálgama em que os direitos, independentemente de geração, influenciam e são influenciados, recebendo uma roupagem peculiar em cada rincão onde são erigidos.

Doutrinariamente, em uma perspectiva histórica, os direitos fundamentais podem ser classificados em três gerações, de acordo com o seu momento de positivação.

Direitos Fundamentais de Primeira Geração: foram os primeiros a serem positivados, referidos nas revoluções americana e francesa.

Tais direitos traduzem-se em postulados de abstenção dos governantes, criam para esses obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, por isso, uma pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de reunião. Nessa geração de direitos, não há preocupação com as desigualdades sociais.

Direitos Fundamentais de Segunda Geração: o agravamento das disparidades sociais, o impacto do crescimento demográfico, as pressões decorrentes da industrialização e o descaso do Estado com os problemas sociais levaram a reivindicações que imporiam ao Estado um papel ativo na realização da justiça social e a implementação dos direitos fundamentais de segunda geração.

Uma nova compreensão do relacionamento Estado/Sociedade levou a uma intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social.

6 HAARSCHER, Guy. *A Filosofia dos Direitos do Homem*: Instituto Piaget, 1993, p. 13.

7 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

8 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, São Paulo. Campos. 1992. p.24. *apud* DELGADO, José Augusto. *A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a Democracia*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v.12. n2. p.177. Jul./Dez. 2000.

9 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155-156.

Surgem, então, direitos que não mais correspondem a uma pretensão absenteísta do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas, os direitos de segunda geração.

São esses os direitos a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, direito a sindicalização, direito de greve, são os direitos sociais, por se ligarem a reivindicações de justiça social.

Direitos Fundamentais de Terceira Geração: são aqueles direitos de titularidade difusa ou coletiva, que visam à proteção da coletividade e de grupos, não do homem tido isoladamente.

Neste grupo está o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural, entre outros.

Ainda, conforme leciona J.J. Gomes Canotilho,¹⁰ como desdobramento dos direitos fundamentais de terceira geração, surgiram os direitos dos povos, também chamados de direitos de quarta geração.

Notemos que há outras classificações das gerações dos direitos fundamentais, todavia, para os propósitos que aqui nos dispusemos, apresenta-se como adequada a classificação acima.

Um aspecto relevante da classificação dos direitos fundamentais em gerações é que os direitos de geração anterior não são suplantados pelos direitos da nova geração, somam-se a esses e interagem entre si. Mas podem ter o seu sentido adaptado à nova realidade.

1.2 O caráter jurídico dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais surgidos historicamente precisam encontrar efetivação na estrutura do Estado. Para tanto, há que existir uma “conexão entre norma jurídica, obrigação objetiva e direito subjetivo, na lei fundamental”.¹¹ Assim, para que o direito fundamental subjetivo seja assegurado, deverá antes estar “afiançado jurídico-objetivamente”.¹²

Essa conexão leva os direitos fundamentais a terem também um caráter vinculativo-jurídico, obrigando todos os poderes do Estado.

Por outro lado, os direitos fundamentais não se exaurem na relação imediata entre cidadão e o estado, nas palavras de Maurer, “nos direitos fundamentais chegam à expressão decisões de valores objetivas que, como linhas diretivas determinantes, são vinculativas para o ordenamento jurídico todo e, por isso, têm de ser observadas na dação da lei e na interpretação e aplicação das prescrições legais.”¹³

Na esteira do pensamento do Dr. Harmut Maurer e das constatações no ordenamento jurídico brasileiro, podemos afirmar que os direitos fundamentais emanam da Constituição, de onde tiram também a sua força de efetividade ao cidadão enquanto indivíduo, bem como espraiam sua influência para a elaboração futura de leis, obrigando o Poder Legislativo a enquadrar as novas proposições legais nos limites dos direitos fundamentais explícitos e implícitos na carta magna.

Passaremos, então, a verificar o tratamento dado ao direito fundamental a um processo justo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) – Pacto de San José da Costa Rica, na convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), Constituição da República Federativa do Brasil (1988) e na Lei 9.784/1999 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal).

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 386.

¹¹ MAURER, Hartmut. **Direito do estado: fundamentos, órgãos constitucionais. Funções estatais**. 6. ed. alemã revisada e complementada. Tradução e controle Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2018, p. 329-333.

¹² Idem, p. 332.

¹³ Id.Ibd., p.331.

2 Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos do Homem reconhece o que aqui nesta obra já foi abordado, acerca das barbáries causadas pelo desconhecimento e/ ou o desprezo dos direitos do homem, pois não basta o conhecimento dos direitos, é necessária a implementação de meios para que esses possam ser usufruídos por cada cidadão, tomado individualmente.

Quanto ao processo justo, cristalina é a lição do art. 10:

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.¹⁴

2.1 Convenção americana de direitos humanos (1969) – Pacto de San José de Costa Rica

A Convenção, já em seu preâmbulo, reafirma o propósito de consolidar, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, tendo como seu fundamento, o respeito aos direitos humanos essenciais.¹⁵

Reitera a necessidade de criação de condições que permitam a cada pessoa gozar dos direitos econômicos, sociais e culturais, direitos civis e políticos, como forma de realização do ideal de ser humano livre.¹⁶

Avança a referida convenção, na busca por tornar efetiva a fruição dos direitos fundamentais, apontando o dever de criação de normas e medidas de outra natureza, entre as quais apontamos o processo administrativo justo, como se vê:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.¹⁷

Nota-se o esforço das nações americanas na cristalização dos direitos fundamentais, inclusive a busca pela efetivação desses direitos por todos os instrumentos possíveis, no âmbito das nações, esforço que corrobora o entendimento aqui esposado, do direito fundamental de cada cidadão a um processo administrativo justo.

¹⁴ “Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Assembleia Geral da ONU. (1948). Disponível em: <https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitoshumanos>.

¹⁵ Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Sage Publications, inc. 2008. Disponível em: <http://pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

¹⁶ Id. Ibd, preâmbulo.

¹⁷ Id. Ibd., artigo 2º.

2.2 Convenção europeia dos direitos do homem

A convenção Europeia dos Direitos do Homem prega a proteção e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Assim, como forma de materializar esses direitos e liberdades, afirma a convenção, em seu art. 6º, inciso I:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.¹⁸

É importante ressaltar que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao produzir o art. 6º acima citado, o faz com o título de “Direito a um processo equitativo”, portanto o processo ali insculpido não é qualquer processo, mas um processo revestido de equidade. Nas palavras de Eliomar Pereira da Silva, o equitativo pertence ao justo, sendo-lhe melhor, algo que o corrige.¹⁹

Constata-se a presença do processo justo, ou, mais que justo, equitativo, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o que nos leva pensar que estamos no caminho certo, ao exigir do Estado brasileiro a implementação de um processo administrativo justo.

3 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição brasileira, conhecida como “constituição cidadã”, não olvidou dos direitos fundamentais ao “reger-se”, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.²⁰

Dessa forma, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, registrou, em seu art. 5º, inciso LIV, para citar apenas um local, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem do devido processo legal”.

Já o inciso LV do mesmo art. 5º da Constituição Federal de 1988 estende ao processo administrativo o princípio do devido processo legal, ao asseverar: “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”.²¹

Aqui, o “devido processo legal”, considerando a raiz democrática brasileira, sua submissão à Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como à Convenção Americana de Direitos Humanos, não pode ter outra leitura, senão aquela na qual o esse devido processo é, também, um processo justo.

Já em seu artigo primeiro, a Lei 9.9784/1999 estabelece normas básicas sobre processo administrativo, que visam à proteção aos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.²²

18 Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950. Com as modificações introduzidas pelos Protocolos 11, 14, e 15. Acompanhada do protocolo adicional e dos Protocolos 4, 6, 7, 12, 13 e 16. Disponível em: https://echr.coe.int/documents/convention_port.pdf.

19 Id. *Ibid.*, p. 146.

20 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Senado Federal: Centro gráfico, 1988, art. 4º, inciso. II. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

21 *Ibid.* Art. 5º, inciso LV.

22 Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 1º Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.html.

Ao tratar especificamente do processo administrativo, a Lei 9.784/1999, em seu art. 2º, parágrafo único, inciso VIII, impõe a observação de formalidades que garantam os direitos dos administrados. Estamos aí diante de um processo administrativo que caminha para ser considerado justo.

Aponta Carlos Ari Sunfeld que se trata de uma lei geral que visa limitar os poderes dos administradores e proteger os cidadãos e entidades do arbítrio das autoridades. Assevera, ainda, que as leis de processo administrativo são consideradas instrumentos fundamentais do Estado de direito e da cidadania.²³

Ainda segundo Sunfeld, para a presente lei, no âmbito da Administração Pública brasileira, decidir é fazer processo, portanto toda atividade decisória deve se submeter aos princípios e regras processuais²⁴. Daí que, com o advento da Lei 9.784/1999, ganha força a tese da existência no Brasil de um processo administrativo justo, ao qual todo cidadão tem direito.

O mesmo autor assevera ainda que a Lei teve como objetivo eliminar as decisões díspares em casos semelhantes, em uma clara intenção de limitar os poderes das autoridades e respeitar os direitos dos cidadãos. Ainda, buscou-se a sujeição do Estado a preceitos fundamentais da ordem jurídico-administrativa, sobretudo aos princípios e regras constitucionais.²⁵

Há ainda muito o que caminhar, pois a Lei 9.784/1999, em seu art. 69, diz que os processos específicos continuarão a ser regidos por lei própria. Aí, então, poderemos ter alguma dificuldade para aplicação da lei geral em detrimento da lei especial, exigindo um maior esforço de interpretação. Todavia, não há que restar dúvidas que, em caso de alguma lei especial prever processo que não respeite os princípios constitucionais, ou que se afaste do processo administrativo justo, a lei geral deverá prevalecer, vez que especialidade não pode ser confundida com inconstitucionalidade ou mesmo contrariar os princípios que regem a matéria.

Outra jornada que aguarda a conquista é a da positivação de um Direito Processual Administrativo, a qual, a se observar a edição de leis gerais, avizinha-se cada vez mais.

Odete Medauar aponta a progressiva aproximação entre Administração e administrado como um dos motivos para maior atenção à processualidade administrativa, o que deu azo ao maior conhecimento dos modos de agir da Administração, bem como de oportunizar mais voz ao cidadão.²⁶

Medauar continua em sua obra a apresentar a evolução da doutrina internacional e pátria, rumo a uma processualidade ampla, que acolha também o processo administrativo²⁷. Cita, entre muitos outros, Manuel Oliveira Franco Sobrinho, para quem: “Não há como negar o fenômeno do procedimento como processo é comum a todas as funções estatais, não se limitando apenas às implicações jurisdicionais-judiciárias; o processo administrativo é espécie de processo em geral”.²⁸

Sandro Lúcio Dezan dá um passo adiante ao expor que a noção do processo administrativo disciplinar como espécie de processo jurídico e sua consequente submissão à teoria geral do processo já se deu por disposições do atual Código de Processo Civil brasileiro, o que veio à existência mesmo sem a necessidade de um processo administrativo positivado.²⁹

23 SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* As Leis de Processo Administrativo (Lei federal 9.784/1999 e Lei Paulista 10.177/1998), 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 18.

24 *Id.* *Ibid.*, p.19.

25 *Id.* *Ibid.*, p.25.

26 MEDAUAR, ODETE. **A Processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed., rev., atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 19 e 20.

27 *Id.* *Ibid.*, p.19.

28 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Introdução ao Direito Processual Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 97 e 107, *apud*, MEDAUAR, *op. cit.*, p. 25.

29 DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **A processualidade ampla e o processo disciplinar, à luz do Novo Código de Processo Civil**. Um aporte à teoria processual administrativa. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 17, 68, p. 95 e 96.

Dezan, a par de definir processo como “a relação jurídica em contraditório, em que as partes se vinculam por meio de direitos, deveres, poderes, faculdades, sujeições e ônus”, reconhece o processo administrativo disciplinar como espécie de processo jurídico.³⁰

Contemporizando com a doutrina acima citada, constatamos a existência de um processo administrativo justo no direito pátrio, o qual todo cidadão tem direito de buscar, por se tratar de um direito fundamental assentado na nossa Constituição.

Uma vez que o direito é obra em construção, pode o administrado se deparar com lei especial ou situação na qual não esteja positivado um direito administrativo justo. Todavia, as bases principiológicas, constitucionais e até mesmo legais estão assentadas, para socorrer ao cidadão sempre que se ache na iminência de ser injustiçado ou subjugado por qualquer autoridade pública que ainda não tenha se atualizado acerca da nova roupagem do interesse público, qual seja a defesa e garantia dos direitos fundamentais.

4 O papel da administração pública na concretização dos direitos fundamentais

No atual Estado Democrático de Direito brasileiro, instituidor e garantidor dos direitos fundamentais, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana,³¹ a Administração Pública deve assumir o papel de elo entre o Estado e a Sociedade. Nas palavras de Gustavo Justino de Oliveira, “No âmbito da efetivação dos direitos individuais e coletivos, espera-se da administração pública uma postura *pró-ativa*”.³²

Essa Administração Pública Democrática, porque exercente do papel de concretizadora das vontades do Estado Democrático,³³ deve assumir uma postura cada vez mais democrática, a qual, nas palavras do mestre José Joaquim Gomes Canotilho (*apud* Oliveira, p. 86), torna-se possível: i) na substituição das estruturas hierárquico-autoritárias por formas de deliberação colegial; ii) na introdução do voto para seleção das pessoas a quem foram confiados cargos de direção individual; iii) na participação paritária de todos os elementos que exercem sua atividade em determinados setores da administração; iv) na transparência ou na publicidade do processo administrativo; e v) na gestão participada, que consiste na participação dos cidadãos, por meio de organizações populares de base e de outras formas de representação, na gestão da administração pública.³⁴

Nesse sentido, importantíssima a lição de José Dias Ortiz:^{35/36}

A clássica, indeterminada e universalista função dos fins estatais como o bem comum, o “interesse público”, as necessidades públicas, concretizam-se na atualidade (em sua grande maioria) na satisfação dos direitos humanos e nas liberdades positivas da pessoa. Objetivo primordial das Administrações Públicas em nosso tempo deve ser precisamente a satisfação dos direitos e liberdades fundamentais, sendo missão do Direito Administrativo garantir efetivamente essa satisfação.

30 Id. *Ibid.*, p. 96 e 97.

31 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, art. 1º. Inciso III. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

32 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial**. Brasília, V.5, n1, 2020, p. 84.

33 FREITAS, Juaez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

34 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial**. Brasília, V.5, n1, 2020, p. 86.

35 ORTIZ DIAS, José. **El horizonte de las administraciones públicas en el cambio de siglo: algunas consideraciones de cal al año 2000**. Ins SOSA WAGNER, Francisco (coord.) **El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo**, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, t. I. P. 70.

36 Id. *Ibid.*, p. 98.

Gustavo Justino de Oliveira³⁷ arremata de forma clara o pensamento aqui exposto, sobre o papel da Administração Pública:

Assim, cristaliza-se a noção de que a administração pública se encontra a serviço do cidadão, da coletividade. À administração pública cabe o papel de principal agente da realização do interesse público, no sentido acima referido [ser desempenhada no sentido que de as decisões tomadas pelos agentes, órgãos e entidades administrativas estejam o mais próximo possível dos anseios do indivíduo e da sociedade]. Isso significa que a efetivação dos direitos sociais, econômicos, culturais e de todos os demais direitos consagrados constitucionalmente depende, rigorosamente, de uma ação administrativa.

Entendemos demonstrado o papel que administração pública deve desempenhar a fim de ser uma concretizadora dos direitos fundamentais albergados pela constituição. Uma administração aliançada com a sociedade e que busca o interesse público em seus processos e ações, mesmo aqueles que não tenham um vínculo imediato com o cidadão.

Estamos a falar de um filtro que deve pautar os atos administrativos, tal qual aquele que deve pautar o trabalho do legislador ao editar novas leis, o qual se nomeia definitivamente como direitos fundamentais.

Poder-se-ia argumentar, como possível entrave à concretização dos direitos fundamentais, que a administração deve pautar-se pelo interesse público. Ao que nos aliaremos a Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem: “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”.³⁸

Restaria ainda o argumento de que a Administração se rege pela legalidade estrita, podendo fazer apenas aquilo que a lei autoriza, conforme assentado na doutrina pátria ao longo do século XX.

Neste ponto, a Lei 9.784/1999, ao prescrever em seu art. 2º, inciso I, que a Administração deverá observar nos processos administrativos, entre outros, os critérios de atuação conforme a lei e o Direito,³⁹ trouxe um avanço no sentido de cancelar a atuação da Administração rumo a uma processualidade ampla, conforme assentou Sandro Lúcio Dezan, que “essa imposição legal de procedimento hermenêutico representa um dos mais relevantes efeitos da aceitação da processualidade ampla”, de modo a “libertar o processo administrativo de seu inicial confinamento em um ambiente somente formal”.⁴⁰

Para que não permeie qualquer dúvida quanto ao papel da Administração Pública de concretizadora dos direitos fundamentais, Dezan assim assevera: “A processualidade ampla insere a Administração Pública na sena da justiça constitucional, ao lado da jurisdição e, sob esse aspecto, legitima o Estado-administração à concreção de direitos fundamentais”.⁴¹

37 Id. *Ibid.*, p. 99.

38 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 2ª tiragem. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2009, p.183.

39 Op. Cit. Ar. 2º, inciso I.

40 DEZAN, Sandro Lúcio; CUNHA, Ricardo Almagro Vitoriano. *O substancialismo jurídico na administração pública concretista de direitos fundamentais*: a juridicidade administrativa como instrumento de justiça constitucional. *Justiça do Direito*, V. 321, n 2, 2017, p. 316.

41 Id. *Ibid.*, p. 316.

5 Direito fundamental a um processo administrativo justo

No âmbito da Administração pública democrática, o processo administrativo deve ser um instrumento por meio do qual se realizam os direitos fundamentais. Tal somente será possível se for um processo administrativo justo.

Outra não é a lição apresentada por José J. J. Gomes Canotilho, para quem: “o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça. Mais do que isso: o “processo devido” começa por ser um processo justo logo no momento da criação normativo-legislativa”.⁴²

Um grande passo para que a administração democrática entabule processos administrativos justos é a colaboração entre a Administração e os particulares, como bem observou Diogo Freitas do Amaral:

Durante o Estado liberal, era grande o fosso que separava o Estado da sociedade civil, pelo que a Administração e os particulares raramente colaboravam entre si: podiam contactar, mas não cooperavam nas atividades de cada um.

Diversamente, hoje, aceita-se pacificamente que a melhor prossecução das tarefas assumidas pela Administração de um Estado democrático impõe a colaboração permanente daquela com os particulares.⁴³

A participação do cidadão nos atos administrativos, realidade florescente no estado brasileiro, tem o condão de diminuir a ocorrência de atos arbitrários e o avanço na discussão de ideias, oriundas dos diversos grupos sociais, assim leciona Odete Medauar:

Na Administração inserida em sociedade e Estado caracterizados pela complexidade sócio-política-econômica e pela multiplicidade de interesses, o processo administrativo também é meio para que os diversos interesses aflorem antes da tomada de decisões; permite o confronto objetivo e mesmo a coexistência de interesses. Com isso propicia, ainda, o controle dos indivíduos e grupos sobre a atividade administrativa.⁴⁴

Arremata a autora dizendo que: “com a participação forma-se “ponte entre um mundo administrativo muito fechado e cidadãos muito esquecidos”, ocorrendo, portanto, ruptura da imagem clássica de uma dualidade radical entre Administração e administrado e decréscimo da oposição entre autoridade e liberdade.”⁴⁵

Nota-se, nesse contexto, a existência de uma verdadeira “relação jurídica administrativa”,⁴⁶ entre a administração e o cidadão, seja individualmente considerado ou coletivamente. Relação que, para Moncada, tem como ponto de partida a titularidade de verdadeiros direitos pelos cidadãos.

Moncada aprofunda o raciocínio apresentando uma Administração titular de direitos e deveres: “A configuração da posição da Administração como titular de direitos, mas, também e principalmente, para os efeitos que agora nos interessam, de deveres, resulta diretamente do

42 Id.Ibd., p. 494.

43 AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2016, p.279.

44 MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 289.

45 Id. Ibd., p. 295.

46 Cf. MONCADA, Luís S. Cabral de. *A Relação Jurídica Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

regime jurídico aplicável à atividade administrativa. Este regime insere a atividade administrativa num quadro material de natureza ‘relacional’.⁴⁷

Arremata o autor dizendo que: “Pode assim afirmar-se, sem margem para dúvidas, que a relação jurídica administrativa é o coroar do Estado de Direito”.⁴⁸

Com a evolução dos direitos fundamentais, a administração pública também passou por diversos estágios, até desaguar no atual momento em que se busca cada vez mais um agir por meio de um processo administrativo caracterizado por ser garantidor desses direitos e por mirar a justiça em suas decisões.

Esse momento histórico foi muito bem capturado Sérgio André Rocha, ao afirmar:

Atualmente, não bastando os atos administrativos como instrumento de garantia dos administrados, demanda o Estado democrático não só que o agir da Administração se dê por intermédio de atos administrativos conformes com os ditames legais, mas que, em diversas situações, tais atos sejam precedidos ou passíveis de controle por intermédio de um processo administrativo.

Assim, outra função da procedimentalização da atuação administrativa é a tutela e garantia dos direitos das pessoas, a partir da exigência de que todo e qualquer ato administrativo do qual emanem efeitos sobre relações jurídicas “individuais”, limitando o exercício de direitos, contem, ou, ao menos, possam contar, uma vez que voluntária, com a participação dos administrados, que terão o direito de se manifestar acerca da pretensão estatal (corolário do princípio do devido processo legal), exigindo sua conformidade com as disposições legais.

Essa função da procedimentalização do agir da Administração Pública corresponde a uma visão substancial do processo administrativo, sendo este encarado como uma forma de garantia dos direitos fundamentais dos administrados, os quais poderiam ser afetados por atos praticados de forma abusiva pelas autoridades administrativas.⁴⁹

O direito individual a um processo administrativo justo é uma realidade. Não há mais que ficar adstrito a decisões carentes de fundamentação, arbitrárias no conteúdo e na forma.⁵⁰ A transparência, o devido processo legal, a ampla defesa, a moralidade, a eficiência e todas as demais armas capazes de fazer com que o administrado exponha, sem medo de retaliações o seu ponto de vista jurídico, aliados ao olhar de uma Administração Pública democrática, dotada de instrumentos capazes de torná-la concretizadora de direitos fundamentais, conduzem a essa certeza.

Considerações finais

O direito fundamental a um processo administrativo justo, teoricamente considerado, parece ter encontrado guarida nos diversos posicionamentos doutrinários e estatutos legais mencionados, bem como em decisões judiciais que serviram de base a obras aqui analisadas.

47 Id. *Ibid.*, p. 18.

48 Id. *Ibid.*, p. 23.

49 ROCHA, Sérgio André. *Processo administrativo fiscal: controle administrativo do lançamento tributário*. 4. ed. Belo Horizonte: Lumem Juris, 2010, p. 45.

50 Cf. FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Do exposto, pode-se concluir que, diante de uma violação desse direito fundamental, cabe ao cidadão ou grupo prejudicado lançar mãos dos remédios existentes na constituição e no ordenamento jurídico como um todo para fazer valer o seu direito subjetivo.

Assim também ao Poder Judiciário compete conhecer tais reclamações de lesão ou ameaça a direito, sempre que for provocado.

Isso porque, nas palavras de Robert Alexy, “as normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais”.⁵¹

As roupagens que a questão apresenta, todavia, exigem um esforço maior para o trato das soluções. Por exemplo, uma é a solução no caso do direito a criação de uma norma procedimental, outra, porém, no caso do direito se dirigir a uma “interpretação e aplicação concreta” de normas procedimentais, conforme Alexy,⁵² vez que, em um caso, compete ao Poder Legislativo a solução, ao passo que, no outro, ao Poder Judiciário.

As vertentes que envolvem o direito fundamental a um procedimento justo são tema para um estudo muito mais aprofundado que o aqui proposto.

Para o caso em tela, contenta-nos o fato de que o “direito procedimental”, na acepção de Alexy, deva servir a produção de decisões conforme à lei, bem como que essas decisões sejam justas.⁵³

Questão que ficou patente na leitura de Alexy é que o direito fundamental a um processo justo é de tal monta que, se a lei processual for falha, o cidadão terá o direito a uma ação positiva do Estado para corrigi-la. Também, em caso da não existência do procedimento, pode o interessado reclamar ao mesmo Estado para que produza a lei ou que institua o procedimento que fará com que o direito fundamental seja concretizado.

Caminho longo já foi trilhado pela legislação brasileira, doutrina e jurisprudência, no sentido de se transformar os velhos atos arbitrários do Estado em devidos processos legais e justos. Por outro lado, o papel da Administração Pública também foi revisitado, descortinando-lhe a verdade, de que não mais se pode tolerar, no atual Estado democrático de direito, que seus órgãos apenas cumpram cegamente a lei positivada, sem cotejá-la com os princípios fundamentais e sobretudo com o atendimento aos direitos fundamentais reclamados, aqui representados pelo direito fundamental a um processo administrativo justo.

Muito há que se fazer, desde o abandono de procedimentos eivados de vícios da velha Administração burocrática, bem como a formação de recursos humanos, com a visão de que a Administração existe para servir ao cidadão, verdadeiro titular dos direitos, e não o contrário.

Para tal mister, o trazer a lume a questão de direito fundamental tão importante para a consolidação da democracia brasileira do século XXI, ainda que de forma rudimentar, mostra-se como um caminho viável a fomentar ainda mais o debate, que esperamos transpor os muros da Academia e ganhar as conversas nas praças, entabuladas por cidadãos que, por vezes, sequer saibam ou acreditam que são os verdadeiros titulares do poder.

⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. alemã. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 473.

⁵² Id. *Ibid.*, p. 474.

⁵³ Id. *Ibid.*, p. 473, 488.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. alemã. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Volume II. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. São Paulo. Campos. 1992. P.24. *apud* DELGADO, José Augusto. **A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a Democracia**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v.12. n2.p.177., jul./dez. 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado Federal: Centro gráfico, 1988, art. 4º, inciso. II. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- BRASIL. **Lei 9.784, de 29 de Janeiro de 1999**. Art. 1º. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.html.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950. Com as modificações introduzidas pelos Protocolos 11, 14, e 15. Acompanhada do protocolo adicional e dos Protocolos 4, 6, 7, 12, 13 e 16. Disponível em: https://echr.coe.int/documents/convention_port.pdf.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral da ONU**. (1948). Disponível em: <https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitoshumanos>.
- DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **A processualidade ampla e o processo disciplinar, à luz do Novo Código de Processo Civil. Um aporte à teoria processual administrativa**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 17, nº 68, p. 95, 96 e 97, 2017.
- DEZAN, Sandro Lúcio; CUNHA, Ricardo Almagro Vitoriano. **O substancialismo jurídico na administração pública concretista de direitos fundamentais: a juridicidade administrativa como instrumento de justiça constitucional**. Justiça do Direito, V. 321, n 2, 2017.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Introdução ao Direito Processual Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HAARSCHER, Guy. **A Filosofia dos Direitos do Homem**: Instituto Piaget, 1993.
- MAURER, Hartmut. **Direito do estado: fundamentos, órgãos constitucionais. Funções estatais**. 6. ed. alemã rev. e compl. Tradução e controle Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2018.

- MEDAUAR, ODETE. **A Processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. 2. tir. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. **A Relação Jurídica Administrativa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial**. Brasília, V.5, n1, p. 84-86, 2020.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969. Sage Publications, inc, 2008. Disponível em: <http://pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.
- ORTIZ DIAS, José. **El horizonte de las administraciones públicas en el cambio de siglo: algunas consideraciones de cal al año 2000**. In; SOSA WAGNER, Francisco (coord.) *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, t. I.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. **Saber e poder o processo (de investigação) penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.
- ROCHA, Sérgio André. **Processo administrativo fiscal: controle administrativo do lançamento tributário**. 4. ed. Belo Horizonte: Lumem Juris, 2010.
- SUNDFELD, Carlos Ari, MUÑOZ, Guillermo Andrés (coordenadores). **As Leis de Processo Administrativo (Lei federal 9.784/1999 e Lei Paulista 10.177/1998)**. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

Competência do Mandado de Segurança Contra Ato de Autoridade Federal

Sergio Torres Teixeira*
Pedro Franklin Teixeira**

*Introdução. 1 Peculiaridades do mandado de segurança; 2 Natureza jurídica do mandado de segurança.
3 Legitimados. 4 Competência. Conclusão. Referências.*

Resumo

O presente artigo tem por objetivo o estudo da competência do mandado de segurança quando for impetrado contra autoridade coatora federal. De modo geral, o mandado de segurança é uma ação com o objetivo de garantir o direito líquido e certo do cidadão contra ato ilegal ou que praticado com abuso de poder por parte do Poder Público. Essa exposição engloba a posição constitucional, infraconstitucional e jurisprudencial do instituto, bem como seu avanço histórico no ordenamento jurídico brasileiro e o estudo de suas peculiaridades, sua natureza jurídica, seus legitimados e, principalmente, a sua competência. Quanto à competência do remédio constitucional em se tratando de autoridade coatora federal, deve o *mandamus* ser impetrado no domicílio funcional da autoridade coatora, uma vez que a não observância a esse posicionamento desnatura as características do instituto, principalmente quanto à celeridade com que os atos processuais devam ser praticados.

Palavras-chave: Mandado de Segurança. Competência. Autoridade Federal. Peculiaridades.

* Professor Associado IV da FDR/UFPE e Professor Adjunto IV da Universidade Católica de Pernambuco, doutor em direito pela UFPE e desembargador do TRT6.

** Advogado, Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e Pós-graduado em Processo Civil e Processo do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 6ª Região - Esmatra VI.

Brazilian Courts Jurisdiction to Adjudicate the Writ of Mandamus against Act of Federal Authorities

Abstract

This article aims to study the competence of the writ of mandamus when it is filed against a federal coercive authority. In general, the writ of mandamus is an action with the objective of guaranteeing the clear and certain right of the citizen against an illegal act or one that is practiced with abuse of power by the Public Power. This exposition encompasses the constitutional, infraconstitutional and jurisprudential position of the institute, as well as its historical advance in the Brazilian legal system and the study of its peculiarities, its legal nature, its legitimacy and, mainly, its competence. As for the competence of the constitutional remedy in the case of a federal coercive authority, the mandamus must be filed at the functional domicile of the coercive authority, since non-compliance with this position distorts the characteristics of the institute, mainly regarding the speed with which procedural acts must be practiced.

Keywords: Security Warrant. Competence. Federal Authority. Peculiarities.

Introdução

O mandado de segurança é uma ação de suma importância no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que tem por escopo tutelar direito líquido e certo do cidadão contra ato do Poder Público. Ao longo de toda a sua evolução, o referido instituto passou por diversas alterações legislativas até que surgisse a Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que disciplinou o mandado de segurança e fora revogada pela Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, atualmente em vigência. No âmbito constitucional, o instituto está previsto no art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição Federal.

O presente trabalho terá enfoque maior no que concerne à competência do mandado de segurança, em se tratando de autoridade coatora federal.

Atualmente, há uma grande quantidade de jurisprudência, inclusive nas Cortes Superiores, no sentido de que o *mandamus* pode ser impetrado no domicílio do impetrante, por força do art. 109, § 2º, da Constituição Federal. Ainda, inúmeras dessas decisões têm por fundamento o princípio do acesso à justiça, que será abordado mais adiante.

Ademais, considerando-se as várias decisões que vêm permitindo a sua impetração no domicílio do impetrante, tem-se uma afronta à doutrina clássica quanto a temática, que determina, por sua vez, que o mandado de segurança deve ser impetrado no domicílio funcional da autoridade coatora.

Nesse diapasão, o presente estudo tem por finalidade precípua a análise das decisões, confrontando-as à doutrina clássica no tocante a competência do *mandamus* e, conseqüentemente, propor uma solução para a celeuma criada no entorno da temática. Ainda, será feita uma análise jurisprudencial quanto ao tema e serão trazidas, de forma breve, as peculiaridades mais relevantes do instituto.

I Peculiaridades do mandado de segurança

O mandado de segurança é uma ação utilizada para tutelar direito não abrangido por *habeas corpus* e *habeas data* e que tenha sido ilegalmente violado ou ameaçado de violação por autoridades ou pessoas a ela equiparadas. Tal instituto possui rito especial, caracterizado pela celeridade e pela impossibilidade de dilação probatória. Está previsto no art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição Federal (Brasil, 1988) e tem sua disciplina legislativa complementar na Lei 12.016/2009 (Brasil, 2009), Lei do Mandado de Segurança, doravante denominada LMS.

O art. 1º da LMS (Brasil, 2009) estabelece que o mandado de segurança será concedido para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, com ilegalidade ou abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja qual for a categoria ou a função que exerça.

Dessa forma, do *caput* do art. 1º da LMS (Brasil, 2009), tem-se que o objeto questionável do *mandamus* é o ato de autoridade que seja ilegal ou praticado com abuso de poder que, conseqüentemente, venha ferir o direito líquido e certo de determinado sujeito.

Por ato de autoridade, depreende-se da lição de Hely Lopes Meirelles (Meirelles, 2010, p. 33): “toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las”.

A expressão “ato de autoridade” deve ser interpretada como ato de autoridades públicas, que são todos aqueles agentes que têm poder decisório, o que incluem os representantes de órgãos da Administração direta e de entidades da Administração indireta (autarquias, fundações e sociedades de economia mista, por exemplo).

Ato de autoridade, portanto, é aquele que emana de uma manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus agentes delegados. Com isso, sempre que houver ato praticado por agente público (ou a ele equiparado), seja ele comissivo ou omissivo, desde que esse ato viole direito líquido e certo, caberá a impetração do mandado de segurança.

A expressão “direito líquido e certo”, por sua vez, surgiu com a Constituição Federal de 1946 (Brasil, 1946), substituindo expressão até então usada “direito certo e incontestável” e se tornou a característica mais importante do mandado de segurança até hoje, tanto nas constituições posteriores quanto na legislação infraconstitucional.

Quando o legislador pátrio faz referência a “direito líquido e certo”, exige-se que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu conhecimento e exercício no momento da impetração. Em último caso, é aquele comprovado de plano, de imediato e, caso dependa de comprovação posterior, não é líquido, nem certo, para fins de mandado de segurança.

Assim, não há outra interpretação quanto à natureza processual do direito líquido e certo, considerando-se que não se tem nenhuma relação com o direito material do impetrante, mas tão somente com a forma com que esse direito será provado nos autos do mandado de segurança; melhor, a exigência é no sentido de que a prova seja pré-constituída das situações e dos fatos que embasem o direito do autor, sem qualquer menção ao direito material, que será devidamente analisado pelo juiz em sede de liminar ou de sentença.

No entanto, vale uma ressalva acerca da prova pré-constituída. O art. 6º, § 1º, da LMS estabelece que:

No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição (Brasil, 2009).

A ressalva aqui cabível é no sentido de que, caso o documento que será necessário para provar tal direito não esteja na posse do impetrante, mas se encontre em repartição ou estabelecimento público ou em poder da autoridade que se recuse a fornecê-lo, o impetrante deverá informar essa questão em sua petição inicial e o magistrado, por meio de ofício, ordenará a exibição de tal documento que seja essencial para a configuração do direito líquido e certo.

Diferentemente do que ocorre no procedimento comum, a autoridade impetrada não é citada para contestar o feito, mas notificada para prestar informações no prazo de dez dias, conforme o disposto no art. 7º, I, da LMS (Brasil, 2009), ou seja, não há citação da autoridade coatora, mas, sim, sua notificação para prestar as informações que julgue necessárias.

Como consequência da ausência de citação, não há que se falar em revelia. O Código de Processo Civil (Brasil, 2015) é categórico ao disciplinar que apenas haverá à revelia quando o réu, citado, deixar de apresentar contestação. No mandado de segurança, portanto, não se tem a figura da citação nem da contestação, afastando por completo os efeitos da revelia caso a autoridade coatora não preste as referidas informações.

Entretanto, há divergência doutrinária acerca da ausência de informações por parte da autoridade coatora. Para Hely Lopes Meirelles (Meirelles, 2010), a ausência de informações pode implicar a confissão ficta dos fatos arguidos na inicial, desde que as provas trazidas pelo impetrante permitam tal procedimento. Por outro lado, Celso Agrícola Barbi (Barbi, 2009) argumenta no sentido de que a ausência de informações não deve ser considerada como confissão ficta, uma vez que a estrutura processual do mandado de segurança não admite a confissão ficta quando haja dificuldade na apuração dos fatos.

Com relação ao prazo para a impetração do mandado de segurança, de acordo com o art. 23 da LMS (Brasil, 2009): “o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”. Tal dispositivo repetiu a redação dada ao art. 18 da Lei 1.533/1951 (Brasil, 1951).

No entanto, surgiram algumas discussões nos tribunais brasileiros acerca da constitucionalidade da fixação do prazo decadencial, pois a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXIX (Brasil, 1988), não fixa nenhum prazo para a impetração do mandado de segurança. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 632, que possui a seguinte redação: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança”. Frise-se que o aludido prazo é decadencial, isto é, transcorridos os 120 dias, opera-se a extinção do direito à impetração do mandado de segurança.

Superada, pois, a controvérsia acerca da constitucionalidade da fixação do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança, passa-se à análise de quando esse prazo começará a fluir.

Como dito anteriormente, o mandado de segurança possui prazo decadencial de 120 dias, contados a partir do momento em que o ato impugnado se torne capaz de produzir lesão ao direito do impetrante, uma vez que, enquanto o ato não estiver apto a produzir seus efeitos, não poderá ser impugnado judicialmente.

Com relação ao parecer do Ministério Público, o art. 12 da LMS (BRASIL, 2009) estabelece que, findo o prazo de dez dias para que a autoridade coatora preste as suas informações, o juiz ouvirá

o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de dez dias. Por sua vez, a Lei 1.533/1951 (BRASIL, 1951) estabelecia prazo menor para manifestação do *parquet*, sendo este de cinco dias (art. 10 da Lei 1.533/1951).

Pois bem, quanto ao parecer do *parquet*, algumas considerações merecem ser feitas. Primeiro, cumpre registrar que o Ministério Público é oficiante necessário no processo do mandado de segurança, todavia não intervirá como parte do processo, mas sim como *custos legis*, incumbido de verificar a correta aplicação da lei e a regularidade do processo, podendo opinar pelo cabimento ou descabimento, pela sua carência e, no mérito, pela concessão ou denegação da segurança, bem como sobre a regularidade ou não do processo.

O parágrafo único do art. 12 da LMS (Brasil, 2009) estabelece que: “com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias”. Isto é, a falta de manifestação do Ministério Público nos autos do mandado de segurança não impedirá o prosseguimento do feito, concluindo-se, portanto, que a falta de manifestação não ensejará a nulidade do processo. Tal nulidade apenas ocorrerá, no entanto, quando o Ministério Público não for regularmente intimado para intervir no feito.

Em sede de ação ordinária, em sentença o magistrado condenará a parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios da parte vencedora, por força do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015 (Brasil, 2015). Por sua vez, em se tratando de mandado de segurança, na sentença não cabe a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé, de acordo com o que preceitua o art. 25 da LMS (Brasil, 2009).

Em se tratando de mandado de segurança, tendo em vista o disposto no art. 14, *caput*, da LMS (Brasil, 2009), percebe-se que, da sentença que denegue ou conceda a segurança, caberá apelação.

Todavia, da sentença que conceda a segurança, estará obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição, conforme dispõe o art. 14, § 1º, da LMS (Brasil, 2009):

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita **obrigatoriamente** ao duplo grau de jurisdição.

(...). (grifo nosso).

Assim, de maneira diversa do rito ordinário, a sentença que conceda a segurança, em sede de mandado de segurança, está obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição, independentemente de haver ou não proveito econômico da parte vencedora.

2 Natureza jurídica do mandado de segurança

A natureza jurídica do mandado de segurança, apesar de ser tema pacífico na doutrina atualmente, já foi alvo de diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, tendo em vista o fato de que tal instituto possui diversas peculiaridades, conforme discutido no tópico anterior. Dessa forma, ao longo da evolução do *mandamus*, diversas foram as interpretações acerca de sua natureza jurídica.

Todavia, sob a égide da Lei 1.533/1951 (Brasil, 1951), disciplina legislativa complementar pretérita do mandado de segurança, a doutrina preponderante era no sentido de que o referido instituto é “ação”. No entanto, existiram outras tantas divergências quanto à espécie de ação a que pertence o mandado de segurança. Para Sebastião de Sousa (Souza, 1957, p. 52), trata-se de ação constitutiva;

Lopes da Costa (Costa, 1959, p. 431) e Pontes de Miranda (Miranda, 1939, p. 206) afirmam ser ação mandamental; já Temístocles Cavalcanti (Cavalcanti, 1957, p. 22) considera-o executório.

Apesar das divergências doutrinárias acima elencadas, tem-se que, desde os primórdios do mandado de segurança no ordenamento jurídico nacional até os dias atuais, ele possui natureza jurídica de ação.

Outrossim, vale salientar que o mandado de segurança se distingue das demais ações tão somente pela especificidade de seu objeto questionável e pela sumariedade de seu procedimento, que lhe é próprio, aplicando-se, subsidiariamente, as regras do Código de Processo Civil.

Ou seja, diante de tudo que fora exposto, e apesar das divergências doutrinárias já superadas, atualmente, o mandado de segurança é considerado como ação (civil) e possui características peculiares, dentre elas a sumariedade, a especificidade do objeto questionável, qual seja: ato de autoridade, e a condição da ação: direito líquido e certo. Ademais, ainda que considerado como ação, o *mandamus* tem prioridade de julgamento sobre todos os demais processos, exceto *habeas corpus*, devendo a sentença ser proferida em até trinta dias, conforme o parágrafo único do art. 12 da LMS (BRASIL, 2009).

3 Legitimados

Antes de adentrar no tema de quem são os legitimados ativos e passivos do mandado de segurança, faz-se necessário trazer a lição de Cássio Scarpinella Bueno (2017, p. 145) acerca da “capacidade de ser parte” e da “capacidade de estar em juízo”:

“Capacidade de ser parte” corresponde à capacidade de ter direitos e obrigações na ordem civil, como dispõe o art. 1º do CC. Só aquele que, por força da lei civil, pode contrair obrigações (assumir direitos e ter deveres), isto é, ser sujeito de direitos, pode ser considerado titular de uma relação jurídica a ser levada ao Estado-juiz. É o objeto do art. 70 [do CPC]. A “capacidade de estar em juízo”, por seu turno, corresponde à capacidade de exercício do direito civil, vale dizer, à verificação sobre em que condições o titular de direitos no plano material pode, validamente, exercê-los.

Portanto, a “capacidade de ser parte” diz respeito à capacidade do impetrante de contrair direitos e obrigações no mundo civil, enquanto a “capacidade de estar em juízo” diz respeito à capacidade da pessoa natural de exercer esses direitos civis em juízo.

O sujeito ativo em sede de mandado de segurança pode ser qualquer pessoa física ou jurídica que tenha seu direito líquido e certo violado ou houver justo receio de sê-lo pelo ato coator. É imperioso destacar que não apenas as pessoas físicas ou jurídicas podem valer-se do *mandamus*, visto que ele também pode ser manejado por entes despersonalizados, tanto públicos quanto privados.

O art. 1º, § 3º, da LMS (BRASIL, 2009) estabelece que: “Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”. Isto é, quando o ato coator vier a atingir a esfera jurídica de diversas pessoas, qualquer uma delas poderá requerer a correção do ato por meio do mandado de segurança, independentemente das demais.

Ainda em relação ao sujeito ativo do mandado de segurança, situação curiosa é trazida no art. 3º da LMS:

Art. 3º O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente (Brasil, 2009).

No caso do artigo acima transcrito, trata-se de exceção à regra de que ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio. Tal redação já estava presente no art. 3º da Lei 1.533/1951 (Brasil, 1951). Sobre ela, vale menção as lições dos processualistas Marinoni e Arenhart (Marinoni; Arenhart, 2010, p. 244):

Tem-se aqui caso particular de **substituição processual, em que se admite que alguém possa defender interesse de outra pessoa, desde que esta permaneça inerte, embora notificada para incoar ação**. A ideia é permitir que mesmo direitos decorrentes (de direitos de outrem) – que são, portanto, de certa forma, “condicionais” – possam ser protegidos (ainda que de forma indireta) pela via do mandado de segurança, extravasando, assim, as estreitas regras de limitação postas no Código de Processo Civil. (grifos nossos).

Trata-se, portanto, da hipótese de substituição processual.

Finalmente, importante ressalva deve ser feita em relação ao sujeito ativo do mandado de segurança coletivo, visto que o art. 5º, LXX, da Constituição Federal (Brasil, 1988) estabelece que pode impetrar o *mandamus* coletivo: “partido político com representação no Congresso Nacional” e “organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.” Isto é, as entidades de classes e partidos políticos podem impetrar mandado de segurança pleiteando seus direitos ou de seus filiados.

O tema referente ao polo passivo do mandado de segurança nem sempre foi pacífico, considerando-se, também, as inúmeras alterações legislativas que disciplinaram de forma diversa o polo passivo no instituto. Adiante, será feita uma análise cronológica das alterações legislativas e das posições doutrinárias à época acerca do polo passivo do mandado de segurança.

A Constituição Federal de 1934, em seu art. 113, 33 (Brasil, 1934), disciplinava que o procedimento do mandado de segurança seria o mesmo utilizado para o *habeas corpus*, considerando-se o fato de que não havia lei própria que regulamentasse o instituto do mandado de segurança. Dessa forma, a referida Constituição determinava que fosse ouvida a pessoa de direito público interessada (leia-se, a pessoa jurídica interessada), e não havia a intimação da autoridade coatora (pessoa física que praticou o ato) para prestar informações.

No sistema da Lei 191/1937, mais especificamente no art. 8º, § 1º, *a* (Brasil, 1937), fora instituído que, conhecendo o pedido, o magistrado imediatamente mandaria citar o coator (pessoa física), por meio de “oficial do juízo”, ou por precatória, a fim de lhe ser entregue a segunda via da petição inicial, com a respectiva cópia dos documentos. No mesmo art. 8º, em seu § 2º, *b* (Brasil, 1937), o juiz também encaminhava ao representante legal da pessoa jurídica de direito público interno, interessada no caso, a terceira via da petição inicial com os respectivos documentos. Por fim, o § 3º do art. 8º (Brasil, 1937) preceituava que a apresentação de informações por parte do coator e a apresentação de defesa por parte da pessoa jurídica interessada devia ocorrer no prazo de dez dias.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 322 (Brasil, 1939), mais adequadamente, mandava notificar o coator para prestar informações, no prazo de dez dias, e citar o representante legal ou judicial da pessoa jurídica de direito público, marcando prazo de dez dias para a contestação.

A Lei 1.533/51 (Brasil, 1951), criada no escopo de regular o procedimento do mandado de segurança, vigorou por mais de meio século, tendo que só veio a ser revogada pela LMS (Brasil, 2009). A lei pretérita, no que concerne ao polo passivo do mandado de segurança, em seu art. 7º, I (Brasil, 1951), disciplinava que se devia notificar a autoridade coatora (pessoa física) para prestar informações no prazo de cinco dias. Todavia, o referido e revogado diploma legal não fazia menção à intimação da pessoa jurídica interessada, bastando que o magistrado notificasse a autoridade coatora.

Por fim, a LMS (Brasil, 2009), que disciplina o processamento do mandado de segurança até a presente data, trouxe algumas inovações no tocante ao polo passivo do mandado de segurança. O referido diploma legal, disciplina, ao longo dos seus artigos, que o mandado de segurança deve ser impetrado contra a autoridade coatora. Em seu art. 1º, a lei estabelece que “a violação ou justo receio de sofrê-la” será por parte da autoridade. O termo “autoridade”, utilizado pelo legislador, deve ser entendido pela pessoa física, subordinado à Administração Pública, que praticou o ato impugnado (ou esteja na iminência de praticá-lo) ou da qual emane a ordem para a sua prática, nos termos do art. 6º, § 3º, da LMS (Brasil, 2009).

O art. 7º da LMS (Brasil, 2009), em seus incisos I e II, preceitua que, ao receber a petição inicial do mandado de segurança, o magistrado deve notificar o coator (pessoa física) para prestar esclarecimentos no prazo de dez dias. Ainda, deve-se dar ciência ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada para, querendo, ingressar no feito.

A partir do art. 7º da LMS (Brasil, 2009), tiram-se algumas importantes conclusões: no mandado de segurança não há que se falar em “contestação”, ou seja, a autoridade coatora não é notificada para apresentar “defesa”, e sim para prestar esclarecimentos acerca do fato trazido à baila pelo impetrante. Uma segunda conclusão que pode se chegar é a de que a pessoa jurídica interessada não é obrigada a ingressar no mandado de segurança e, muito menos, é cientificada para apresentar contestação, razão pela qual se tem que o que há no polo passivo do mandado de segurança é um litisconsórcio passivo facultativo (autoridade coatora e pessoa jurídica).

Com o advento da LMS, ficou estabelecido em seu art. 14, § 2º (Brasil, 2009), que se estende à autoridade coatora o direito de recorrer. Não poderia ser outra a opção do legislador pátrio, pois seria uma contradição, *aperratio legis*, facultar a entrada da pessoa jurídica interessada no mandado de segurança e restringir a ela a possibilidade de recorrer da decisão proferida, enquanto a autoridade coatora, obrigatoriamente presente na lide, não teria tal legitimidade.

Impende destacar, pois, que a regra é de que o mandado de segurança seja impetrado contra a autoridade coatora uma vez que o mandado de segurança tem sua origem no *habeas corpus* e no “juízo de amparo” mexicano, além dos *writs* do direito norte-americano. Desse modo, tendo em vista que todos esses institutos derivam do direito inglês que, tradicionalmente, nas lesões de direito por ato de funcionário público, a ação é ajuizada contra ele e não contra o Estado, com o mandado de segurança não poderia ser diferente, razão pela qual deverá ser impetrado contra a autoridade coatora.

Todavia, o posicionamento que parece mais viável e acertado é o de que o mandado de segurança deve ser interposto, obrigatoriamente, contra a autoridade coatora (funcionário público que praticou o ato ou que dele veio a ordem de sua execução do ato) e contra a entidade pública, ou seja, a pessoa jurídica de direito público. A LMS (Brasil, 2009) concedeu legitimidade passiva tanto para a autoridade coatora tanto para a pessoa jurídica de direito público a partir do momento que a autoridade coatora deverá ser citada para que preste seus esclarecimentos, inclusive para que junte os documentos que comprovem tais alegações, e a pessoa jurídica de direito público será intimada para, querendo, ingressar no feito.

Deve-se considerar o ingresso da pessoa jurídica de direito público como obrigatória, haja vista que o legislador concedeu, expressamente, a legitimidade recursal para a entidade pública e não parece coerente conceder-se legitimidade recursal e facultar a entrada da entidade pública no mandado de segurança.

Convém ressaltar que, em havendo condenação de ordem pecuniária, não será a autoridade coatora que arcará com tais custos, e sim a entidade pública, esteja ou não representada no processo, a qual o funcionário figura em seus quadros, levando-se em consideração o direito de regresso da entidade pública em face da autoridade coatora.

4 Competência

A fixação da competência do mandado de segurança leva em consideração o domicílio funcional da autoridade coatora e não propriamente a natureza da discussão levada a juízo por meio do *mandamus*. Nas palavras de Celso Agrícola Barbi (BARBI, 1984, p. 178): “é a autoridade coatora que determina o juiz natural do mandado de segurança”. Dito de outra forma, no mandado de segurança, o critério é, sobretudo, firmado *ratione muneris*, isto é, tendo em conta a “função” ou o “cargo” da autoridade coatora. Portanto, deve ser considerada, para fins de competência, a função da autoridade coatora e não as características do ato impugnado.

A competência originária para processamento e julgamento do mandado de segurança está prevista na Constituição Federal de 1988.

De acordo com o art. 102, I, *d*, da Constituição Federal (Brasil, 1988), tem-se que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.

Ao Superior Tribunal de Justiça, consoante o art. 105, I, *b*, da Constituição Federal (Brasil, 1988), compete processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança contra atos dos Ministros de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal.

Aos Tribunais Regionais Federais compete processar e julgar, originariamente, “os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal”, com fulcro na disciplina do art. 108, I, *c*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Por sua vez, aos juízes federais compete processar e julgar “os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais”, com base no art. 109, VIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), com exclusão dos casos de competência dos tribunais.

Quanto à competência dos Tribunais Regionais Federais para processar e julgar mandados de segurança, houve, nos autos do Recurso Extraordinário 176.881-9 – RS, controvérsia para se decidir se o TRF da 4ª Região ou o TJRS seria competente para julgar o mandado de segurança em questão. Abaixo, a transcrição da ementa do referido Recurso Extraordinário (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 1997):

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR AUTARQUIA FEDERAL CONTRA ATO DE JUIZ DE DIREITO. COMPETÊNCIA. Em princípio, qualquer ação proposta pelos entes relacionados no inc. I do art. 109 da Constituição é de competência da Justiça Federal. Tratando-se, entretanto, de mandado de segurança, que, em nosso sistema jurídico-processual, se rege também pelo princípio da hierarquia, prevê o inc. VIII do mesmo

dispositivo a competência dos tribunais federais, obviamente, em razão do respectivo grau hierárquico. Em relação aos juízes federais, a competência é dos tribunais regionais federais (art. 108, I, c, da Carta da República), regra que, por simetria, é de aplicar-se aos juízes de direito. Acórdão que, por encontrar-se orientado no sentido exposto, não merece reparo.

Pois bem, no processo supracitado, a celeuma se deu em torno de qual seria o tribunal competente para julgar o mandado de segurança impetrado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, doravante denominado BNDES, contra ato do juiz de direito da comarca de Triunfo/RS, se seria o TRF da 4ª Região ou o TJRS.

Levando-se em consideração que a competência para julgar decorre da “função” ou do “cargo” da autoridade coatora, verifica-se, no caso em tela, que o *mandamus* deveria ter sido julgado pelo TJRS, visto que a autoridade coatora era um juiz de direito.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, decidiu no sentido de que o TRF da 4ª Região seria o tribunal competente para julgar o mandado de segurança em face do ato praticado pelo juiz de direito, pois a impetrante fora o BNDES e, por isso, por força do inciso I do art. 109, da Constituição Federal (Brasil, 1988), obrigatoriamente a competência para julgar o *mandamus* seria da Justiça Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Todavia, críticas merecem ser feitas quanto a essa decisão, uma vez que o mandado de segurança, mesmo que considerado como ação, possui peculiaridades, inclusive quanto a sua competência, e tais peculiaridades devem ser respeitadas. Assim, de acordo com o caso acima exposto, tem-se que a regra de competência do mandado de segurança não fora respeitada pelo Supremo Tribunal Federal, pois a autoridade coatora foi um juiz de direito e, conseqüentemente, o respectivo TJ é quem teria competência para julgar o *mandamus*.

Ainda, é ilógico que o TRF da 4ª Região julgue um mandado de segurança contra um juiz de direito: primeiro, a Justiça Federal não possui jurisdição sobre a jurisdição comum estadual e, segundo que a autoridade coatora (juiz de direito) não se encontra vinculada ao TRF da 4ª Região.

Em suma, verifica-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal vai de encontro à regra de competência do mandado de segurança estabelecida pela própria Constituição Federal, pois não tem cabimento um determinado tribunal julgar mandado de segurança contra um juiz que não está vinculado a ele.

No que concerne à competência da Justiça Federal, o art. 2º da LMS (BRASIL, 2009) possui uma regra específica: “Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as conseqüências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada”. Trata-se, pois, de uma exceção à regra da competência com base na categoria da autoridade coatora e não na natureza do ato.

Com relação à competência dos Tribunais de Justiça dos Estados, a Constituição Federal não estabeleceu nenhuma regra específica de competência, remetendo, em seu art. 125, § 1º (Brasil, 1988), a regulamentação da questão às constituições estaduais. Dessa forma, de acordo com a disciplina constitucional, as constituições estaduais deverão definir as competências dos seus respectivos Tribunais de Justiça e dos juízes de direito a eles vinculados.

Entretanto, pode-se afirmar que sempre será de a competência dos Tribunais de Justiça julgar os mandados de segurança contra os juízes de direito e contra os seus próprios atos.

Finalmente, a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral possuem competência para julgar mandados de segurança em matéria trabalhista e eleitoral, respectivamente.

O juízo competente para julgar mandado de segurança contra ato de autoridade federal, apesar de ser tema pacífico na jurisprudência atual, merece críticas, pois, conforme se demonstrará a seguir, a posição pretoriana atual vai de encontro à posição doutrinária construída durante toda a evolução do instituto.

A doutrina brasileira, liderada por Hely Lopes Meirelles (Meirelles, 2010, p. 87), acerca da competência do mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade federal é no sentido de que “para a fixação do juízo competente em mandado de segurança não interessa a natureza do ato impugnado; o que importa é a sede da autoridade coatora e sua categoria funcional”. Nesse sentido, diversos doutrinadores defendem a ideia de que o juízo competente para processar e julgar mandado de segurança contra ato de autoridade federal é o juízo federal do domicílio funcional da autoridade coatora, conforme entendimento de José Cretella Júnior (Cretella Júnior, 1980, p. 218) e de Castro Nunes (Nunes, 1980, p. 207).

O fato de o mandado de segurança dever ser impetrado no domicílio funcional da autoridade coatora traz consigo a ideia de que os atos processuais serão praticados com maior rapidez. Por exemplo, sabe-se que, a partir da impetração do *mandamus*, a autoridade coatora é notificada para prestar informações no prazo de dez dias. Questiona-se: caso o mandado de segurança fosse impetrado no domicílio do impetrante, por exemplo, quanto tempo levaria para que a autoridade fosse devidamente notificada e, ainda, quanto tempo levaria para que as informações fossem juntadas aos autos?

Obviamente que as respostas para os questionamentos anteriores são de que seria necessário um tempo considerável, até porque, em se tratando de um país com dimensões continentais como o Brasil, parece inviável que um mandado de segurança interposto no Estado do Pará contra ato de autoridade federal com domicílio funcional no Estado do Rio Grande do Sul tramite com a celeridade peculiar do instituto, devendo-se prevalecer como critérios de fixação da competência o de *autoritatis* e o de *muneris*.

A jurisprudência das Cortes Superiores, em se tratando de autoridade federal, tem apontado para a prevalência da possibilidade prevista no art. 109, § 2º, da Constituição Federal (Brasil, 1988): “As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal”, admitida a propositura da ação mandamental na Subseção Judiciária do domicílio do impetrante.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2019) no tocante ao tema:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME DA OAB. AUTORIDADE FEDERAL IMPETRADA. IMPETRANTE OPTA PELO FORO DE SEU DOMICÍLIO. PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA. NOVO POSICIONAMENTO DO STF E DO STJ. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DO DOMICÍLIO DA PARTE IMPETRANTE. 1. Trata-se de Conflito Negativo de Competência cujo suscitante é a 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro e suscitada é a Vara Federal Cível e Criminal da SSJ de Aparecida de Goiânia-GO. O Conflito refere-se, em suma, a Mandado de Segurança, com pedido liminar, acerca de Exame de Ordem da OAB-GO.

2. O Juízo suscitante declarou-se incompetente para o processo e julgamento do feito, **sob o fundamento de que, conforme o entendimento atual do STJ, perfilhando a orientação do STF sobre o tema, pode o Autor impetrar o Mandado de Segurança no foro de seu domicílio, nos termos do disposto no § 2.º do art. 109 da Constituição Federal.** 3. O Juízo suscitado, por sua vez, reconheceu sua incompetência para processar e julgar o feito, sob o fundamento de que “é pacífico na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a competência para processar e julgar mandado de segurança é de natureza absoluta e improrrogável, sendo fixada pela autoridade impetrada e sua categoria funcional”. 4. Na origem, cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por particular perante o Juízo Federal da Vara Cível e Criminal de Aparecida de Goiânia, contra ato imputado à Fundação Getúlio Vargas e ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, objetivando que lhe seja atribuída pontuação no XXVI Exame da Ordem e reconhecida a sua aprovação. 5. Considerando que figura no polo passivo do Mandado de Segurança, como impetrado, o Conselho Federal da OAB, com sede funcional em Brasília, em regra, haveria a competência da Seção Judiciária desta Capital para o processamento do feito. 6. **Nada obstante, consoante o entendimento do STJ, “tratando-se de mandado de segurança impetrado contra autoridade pública federal, o que abrange a União e respectivas autarquias, o Superior Tribunal de Justiça realinhou a sua jurisprudência para adequar-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, admitindo que seja aplicada a regra contida no art. 109, § 2º, da CF, a fim de permitir o ajuizamento da demanda no domicílio do autor, tendo em vista o objetivo de facilitar o acesso à Justiça”.** (AgInt no CC 154.470/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 18/4/2018). No mesmo sentido, o seguinte julgado em situação semelhante: AgInt no CC 150.269/AL, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Seção, DJe 22/6/2017; CC 164.354/DF, Ministro Og Fernandes, 29/4/2019). 7. Dessa feita, uma vez que a parte autora optou pela propositura da ação mandamental perante o Juízo do local de seu domicílio, este é o competente para o julgamento da causa. Nesse diapasão, deve ser declarado competente o Juízo Federal da Vara Cível e Criminal de Aparecida de Goiânia, o Suscitado. 8. Conflito de Competência conhecido para declarar competente o Juízo suscitado. (grifos nossos).

A grande maioria das decisões, sejam acórdãos ou decisões monocráticas, são no sentido de que o mandado de segurança pode ser impetrado no domicílio do autor por força do art. 109, § 2º, da Constituição Federal (Brasil, 1988). Todavia, ao se fazer a leitura do texto constitucional, depreende-se que o constituinte fez uso da palavra “causas” como sinônimo de “ação”, e sabe-se, ainda, que o mandado de segurança possui natureza jurídica de ação, conforme tema já abortado no presente trabalho.

Nesse aspecto, acredita-se que, diante de tantas peculiaridades, inclusive pelo fato de haver a LMS para disciplinar especificamente o instituto ora estudado, o *mandamus* deve ser impetrado no domicílio funcional da autoridade coatora, conforme preceitua a doutrina tradicional já estudada.

Doutra banda, existem decisões que permitem que o mandado de segurança venha a ser impetrado no domicílio do autor sob o argumento de preservar o princípio do acesso à justiça assegurado pela Constituição Federal¹. O argumento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, realinhando sua jurisprudência ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, sustenta que a aplicação do art. 109, § 2º, da Constituição Federal (Brasil, 1988) permite o ajuizamento do mandado de segurança no domicílio do autor tendo em vista o objetivo de facilitar o acesso à justiça.

¹ BRASIL, 1988.

O § 2º do art. 109 da Constituição Federal (Brasil, 1988) traz uma opção, uma alternativa ao autor que intentará uma causa em desfavor da União de que ele possa ajuizá-la em seu domicílio, mas não exclui a possibilidade de a ação ser ajuizada no local onde ocorreu o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou no Distrito Federal. Da interpretação do texto constitucional é incontroverso que o constituinte trouxe uma faculdade ao autor de ajuizar a ação em uma das três possibilidades acima explicitadas.

Admitir o foro do domicílio da parte impetrante como determinador da competência do mandado de segurança implica notificar a autoridade coatora por carta precatória para cumprimento da liminar que vier a ser deferida, bem como da execução da segurança eventualmente concedida, expedientes que demandarão muito mais tempo, afrontando a ontológica tramitação célere do mandado de segurança e, com isso, restringindo, em essência, o acesso à justiça de quem o maneja, diversamente do que ocorre quando o feito é ajuizado no foro do domicílio funcional da autoridade demandada, regra não decorrente de dogma, mas da própria natureza especialíssima de tal remédio processual e do senso jurídico comum, como consagrado pela tradição doutrinária e forense.

Em suma, o autor pode optar por ajuizar ação contra a União e as suas Autarquias Federais em seu domicílio, por força do § 2º do art. 109 da Constituição Federal (Brasil, 1988), todavia há de se levar em consideração as peculiaridades do mandado de segurança e, ainda, a posição doutrinária tradicional no sentido de que o Juízo competente para processar e julgar o *mandamus* é o do domicílio funcional da autoridade coatora.

Conclusão

É inegável a importância do mandado de segurança no ordenamento jurídico brasileiro, considerando-se que ele pode ser utilizado quando qualquer pessoa física ou jurídica tiver seu direito líquido e certo violado, ou ameaçado de sê-lo, por parte de alguma autoridade do Poder Público.

O mandado de segurança, ao longo de toda a sua evolução histórica no ordenamento jurídico pátrio, passou por diversas alterações legislativas até que surgiu a Lei 1.533/1951, que disciplinou o referido instituto por mais de meia década e fora revogada pela Lei 12.016/2009 que disciplina o *mandamus* atualmente.

Após sua inserção no ordenamento legal pátrio, o mandado de segurança assumiu diversas peculiaridades que, apesar de ter natureza jurídica de ação, diferem-no da ação ordinária. Dentre essas características específicas, pode-se destacar: o seu objeto questionável (ato de autoridade), a condição especial de ação (direito líquido e certo), a ausência de revelia, o prazo decadencial, o parecer do Ministério Público, a remessa obrigatória e a ausência de honorários advocatícios.

Quanto à sua competência, objeto central do presente trabalho, tem-se que a doutrina clássica defende que a competência para processar e julgar o mandado de segurança, contra ato de autoridade federal, deve ser do Juízo Federal do domicílio funcional da autoridade coatora, devendo-se prevalecer como critérios de fixação da competência o de *autoritatis* e o de *muneris*. Porém, mesmo que a presente doutrina seja aplicável até a atualidade, a jurisprudência das Cortes Superiores, como visto, vem sofrendo alteração à tal posicionamento.

Atualmente, as Cortes Superiores vêm adotando o entendimento de que o mandado de segurança poderá ser impetrado no domicílio do autor, com fundamento no art. 109, § 2º, da Constituição Federal. No entanto, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal não levaram em consideração o fato de que o mandado de segurança possui peculiaridades que o diferem

da ação ordinária e, portanto, a regra de competência não pode ser a mesma para ambos os casos. Em síntese, a grande maioria das decisões no sentido de que o *mandamus* poderá ser impetrado no domicílio do autor argumentam no sentido de que é uma forma de garantir o princípio do acesso à justiça.

Em suma, há de se entender que a doutrina clássica (Meirelles, 2010; Marinoni; Arenhart, 2010) quanto à competência do mandado de segurança em se tratando de autoridade coatora federal deve ser mantida, isto é, que o *mandamus* seja impetrado no domicílio funcional da autoridade coatora, uma vez que a não observância a esse posicionamento desnatura as características do instituto, principalmente quanto à celeridade com que os atos processuais devam ser praticados.

Referências

AFFONSO, Flávia Martins. **A pessoa de direito público no mandado de segurança sob o enfoque do princípio da ampla defesa**. 91 folhas. Trabalho de pós-graduação *lato sensu* em direito processual civil – Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2009.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 4. ed. revista, aumentada e atualizada de acordo com o Código de Processo Civil de 1973 e legislação posterior. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.

BRASIL. Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

BRASIL. Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência 169.221 – RJ. Suscitante: Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Suscitado: Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco. Interessada: Maria de Lourdes da Silva. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 18 de novembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência 166116 – RJ. Suscitante: Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Suscitado: Juízo Federal da Vara Cível e Criminal de Aparecida de Goiânia – SJ/GO. Interessada: Jéssica Pertence Vidal. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 14 de agosto de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 176.881-9 – RS. Recorrente: Petroquímica Triunfo S/A. Recorridos: Copesul – Companhia Petroquímica do Sul e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 13 de março de 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 509.442 – PE. Agravante: União. Agravado: Município de São José da Coroa Grande. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 03 de agosto de 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Conflito de competência nº 5008490-44.2018.4.04.000/PR. Suscitante: Juízo Federal da 11ª Vara Federal de Curitiba. Suscitado: Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Caçador. Relatora: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 10 de maio de 2018.

CAVALCANTI, Temístocles. **Do mandado de segurança**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. **Direito processual civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: procedimentos especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 5.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil de 1939**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.

NUNES, José de Castro. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ROCHA, José de Moura. **Do mandado de segurança: a defesa dos direitos individuais**. Rio de Janeiro: Aide Editora e Comércio de Livros LTDA, 1982.

SOUSA, Sebastião de. **Dos processos especiais**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

STURARI, Rafael William Ribeirinho. **Mandado de segurança: avanços e retrocessos trazidos pela Lei 12.016/09**. 224 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

TREVISAN, Leonardo Simchen. **O mandado de segurança à luz da Lei 12.016/2009**. 100 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

Da Proteção do Consumidor de Produtos e Serviços Financeiros: a criação do *Consumer Financial Protection Bureau* nos EUA

Davi Monteiro Diniz*

Introdução. 1 Disciplina antecedente ao Consumer Financial Protection Bureau. 2 Criação do CFPB. 3 Principais atribuições do CFPB. 4 CFPB e a proibição de condutas injustas, enganadoras ou abusivas. 4.1 Condutas injustas (unfairness). 4.2 Condutas enganadoras (deceptive). 4.3 Condutas abusivas (abusive). 5 Mudanças advindas com a criação do CFPB. 6 A novel regulação trazida ao Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Conclusão. Referências.

Resumo

Este estudo investiga, sob ângulo jurídico, a criação de um órgão regulador voltado especificamente para a proteção financeira do consumidor, o *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB), nos Estados Unidos da América (EUA). Para tanto, revisa a literatura acadêmica sobre o tema e a partir dela apresenta a anterior proteção do consumidor de produtos e serviços financeiros naquele país, os motivos apresentados para a criação do CFPB, sua estrutura institucional e os poderes que lhe foram atribuídos, exemplificando sua aplicação a partir dos *standards* regulatórios que orientam ações voltadas para combater atos e práticas injustas, enganadoras ou abusivas. Ao final, sintetiza as mudanças implementadas, apresenta as semelhanças observadas entre o Direito dos EUA e as recentes mudanças ocorridas na legislação consumerista brasileira e conclui sugerindo a necessidade de órgão similar para proteger o consumidor brasileiro.

Palavras-chaves: Consumidor. Mercado Financeiro. Regulação. *Consumer Financial Protection Bureau*. Estados Unidos da América.

* Professor Adjunto - UFMG, Procurador federal - AGU e Doutor em Direito - UFMG.

Consumer Protection for Financial Products and Services: the creation of the USA Consumer Financial Protection Bureau

Abstract

This study investigates, from a legal perspective, the Consumer Financial Protection Bureau (CFPB), a regulatory body focused on consumer financial protection in the United States of America. It reviews the academic literature on the subject to present the previous legal protection of consumers of financial products and services, the given reasons for the creation of the CFPB, its institutional structure, powers, and the regulatory standards that guide its administrative actions against unfair, misleading, or abusive acts and practices. Finally, the article summarizes the changes implemented by the CFPB, outlines the observed similarities between the USA law and the recent changes in the Brazilian financial consumer legislation, and concludes by suggesting the need for an equivalent body to protect Brazilian consumers.

Keywords: *Consumer. Financial Market. Regulation. Consumer Financial Protection Bureau. United States of America.*

Introdução

Provavelmente mais antigo do que o advento da moeda, o crédito revelou-se força motriz econômica de importância inequívoca para o desenvolvimento, pois sua oferta contribuiu decisivamente para a melhora das condições sociais e econômicas da população, como constatado em numerosos estudos econômicos. Entretanto, a sua contrapartida, o débito, compartilha história igualmente impressionante, mas não tão positiva. Inicialmente capaz de levar à morte, à escravidão ou, até em nossos dias, o devedor e a sua família à miséria, famosas são as revoltas sociais advindas do elevado endividamento das pessoas expostas a tais efeitos, levando à edição de normas voltadas para compor tais conflitos.

Sem embargo desse caminho histórico, ao longo do século XX universalizou-se a prática de a aquisição de serviços e bens de consumo pessoal ou familiar ser apoiada por instrumentos de concessão de crédito, tornando-se um aspecto central de nossos dias. Empréstimo de dinheiro para as pessoas em geral passou a ser constante, com os consumidores utilizando a oferta de crédito para uma larga gama de possibilidades, que vão de compras cotidianas até a obtenção de bens ou serviços de valor bem superior aos seus ganhos mensais.

A ampliação desses negócios, porém, foi acompanhada pelo enfraquecimento de um freio jurídico central aos ganhos desproporcionais por empréstimos, principalmente consubstanciado no combate à usura. Tal ausência de limites colaborou para que as taxas e os juros pactuados se multiplicassem ao longo do tempo, particularmente em face do inadimplemento dos devedores. Para empréstimos acoplados a contratos de compra e venda, ou de serviços, assim compondo financiamentos, essa estrutura de penalização hoje permite acumularem-se débitos cujos valores ultrapassam com facilidade os dos bens e serviços desse modo obtidos.

Mesmo diante de penalidades tão altas, pelas quais a mora ou o parcelamento proporcionam ao mutuante retorno substancialmente superior à regular quitação do negócio original, o não pagamento do inicialmente acordado cada vez mais ocorre, principalmente em face de adimplementos parciais,

estimulando a que o prolongamento do contrato inadimplido ou novado se torne um mediato objetivo econômico perseguido pelo prestador do crédito. Essa persecução, que se insere naquelas condutas abarcadas pela genérica expressão “empréstimo predatório” (*predatory lending*), atinge de modo pungente os consumidores mais vulneráveis, que acabam endividados progressivamente, demandando sua proteção jurídica.

Paralelamente, o recente alargamento do mercado de crédito, de modo a envolver outros prestadores além de bancos, permite a esses novos atores não se submeterem à estrutura regulatória respectiva, em face de não oferecerem risco relevante à integridade sistêmica do sistema financeiro, também por essa via podendo se agravar as dificuldades dos consumidores atingidos.

Nesse contexto, esse estudo investiga, sob ângulo jurídico, a criação, nos EUA, de um órgão administrativo voltado especificamente para a proteção financeira do consumidor, o *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB). Para tanto, revisa a literatura acadêmica sobre o tema e a partir dela apresenta a anterior proteção do consumidor de produtos e serviços financeiros naquele país, os motivos oferecidos para a criação do CFPB, sua estrutura institucional, os poderes que lhe foram atribuídos, bem como os *standards* regulatórios a partir dos quais ele combate atos e práticas injustas, enganadoras ou abusivas. Em seguida, sintetiza as mudanças implementadas, bem como apresenta as semelhanças observadas entre o Direito dos EUA e as recentes mudanças sobre a proteção contra o superendividamento, recentemente ocorridas na legislação consumerista brasileira.

Objetiva, ao final, colaborar para a atual regulação brasileira, trazendo elementos que auxiliem a lidar com a reconhecida complexidade de se proteger o consumidor no âmbito do mercado financeiro.

1 Disciplina antecedente ao *Consumer Financial Protection Bureau*

Embora a criação do CFPB decorra diretamente do impacto da crise financeira de 2008 nos consumidores, antes de abordá-la mostra-se importante apresentar as linhas gerais da proteção financeira do consumidor nos EUA anteriores ao surgimento desse órgão administrativo, em 2011, bem como as questões que determinaram os seus principais traços institucionais. Sobre elas, tratar-se-á, aqui, apenas da legislação federal, ressaltando-se que a proteção jurídica ao consumidor também se insere na competência dos estados (O’neil, 1975).

Em plano mais geral, além das ações oferecidas pelo *common law* contra condutas fraudulentas ou ilicitamente imorais e a responsabilização por produtos e serviços defeituosos, cabe inicialmente registrar a ampliação, em 1938, dos poderes da *Federal Trade Commission* (FTC) para também reprimir atos ou práticas injustas ou enganadoras, comumente referidas pelo acrônimo UDAP (*Unfair or Deceptive Acts or Practices*). Essa adição permitiu ao órgão regulador ir além de sua missão inicial de zelar pela competição, passando a proteger diretamente aqueles atingidos pelas referidas transgressões, pois autorizado a agir sem ser necessário que tais atos ou práticas prejudicassem a competição ou competidores (Kirkpatrick, 1971; Ohlhausen, 2015).

Já de modo mais próximo ao mercado financeiro, veja-se adicionalmente que, a partir do *new deal* e com maior intensidade após a segunda guerra mundial, os EUA, utilizando-se de vários instrumentos de intervenção estatal, desenvolveram um substancial mercado de hipotecas (*mortgages*) para viabilizar a aquisição ou reforma de imóveis residenciais por empréstimos (*home loan*), ocasionando o uso intenso deste instrumento por significativa parcela da população, em especial a classe média. A estruturação desse mercado foi acompanhada pela criação de diversas instituições de caráter regulatório e operacional, tais como o *Federal Home Loan Bank Board* (FHLBB), nos moldes do *Federal Reserve*, e a *Federal National Mortgage Association*, mais conhecida como *Fannie*

Mae, assim se estabelecendo um debate jurídico específico sobre a proteção dos consumidores neste subsistema financeiro (Levitin; Wachter, 2013).

Relativamente aos demais setores de consumo, o emprego crescente de empréstimos para a aquisição de bens e serviços de uso pessoal ocasionou pressões para se intervir nos conflitos decorrentes, promulgando-se leis com esse objetivo. Nesse passo, editou-se, em 1968, o *Federal Consumer Credit Protection Act* (CCPA),¹ nele se destacando as provisões do capítulo primeiro, intitulado de *Consumer Credit Cost Disclosure* e referenciado pela expressão *Truth in Lending Act* (TILA), ali se atribuindo ao *Board of Governors of the Federal Reserve System* (FED) a missão de regulamentar suas disposições, o que foi feito em normativo conhecido como “Regulação Z” (Fleming, 2018). Voltado principalmente para exigir maior transparência nos contratos de empréstimo ao consumidor, o Tila e suas normas regulamentares receberam numerosas reformas posteriores, ampliando as espécies negociais sob suas disposições, inclusive cartões de crédito e hipotecas (Pridgen, 2012).

Os pressupostos desse modo de proteger o consumidor consideram que ele, devidamente informado das condições do empréstimo, poderá tomar a melhor decisão possível para atender aos seus interesses, além do que essa abordagem incrementará a competição entre os prestadores, já que, em razão da divulgação de informações essenciais, o consumidor poderá comparar as ofertas no mercado. Assim, além do Tila, outros estatutos foram promulgados,² no mais das vezes procurando melhorar a qualidade da informação prestada aos consumidores a respeito de juros, taxas e demais custos envolvidos nas operações de empréstimo. Somaram-se a essas iniciativas algumas regulações periféricas, tais como a edição de normas sobre cobrança e limites de responsabilidade pelo uso não autorizado de cartões de crédito e a proibição de discriminação entre consumidores ao se prestar crédito. Cabe registrar, também, uma de caráter efetivamente substantivo, pela qual se limitaram os juros de empréstimos feitos a militares da ativa ao teto de 36% ao ano.

Outra importante ação regulatória capaz de interferir no crédito ao consumidor decorre de se disciplinar instituições financeiras,³ em especial a atividade bancária. Nos EUA, tal regulação é conduzida por diferentes órgãos, pois é feita: em parte pelo *Office of the Comptroller of the Currency* (OCC), ligado ao Departamento do Tesouro, com a atribuição de autorizar, regular e supervisionar os bancos nacionais, as associações federais de poupança e as agências de bancos estrangeiros; em parte pelo FED, para os bancos ligados ao *Federal Reserve System* (FRS); e em parte pela *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), a qual, além de garantir depósitos bancários, supervisiona os bancos de âmbito estadual que não estão vinculados ao FRS (Levitin, 2013).

Nesse passo, até o advento da crise de 2008, o progressivo enfraquecimento das leis federais contra usura nos EUA, primeiro em razão de o legislador se recusar a estabelecer tetos às taxas de juros e, em seguida, por ele ampliar os casos em que a legislação federal mais permissiva prevaleceria quando em confronto com a dos estados⁴ (White, 2000), foi acompanhada por uma política de proteção ao consumidor essencialmente baseada na exigência de transparência dos prestadores de crédito a respeito de seus produtos e serviços, sob o pressuposto de que tal permitiria aos consumidores melhor compará-los e assumir conscientemente suas obrigações, assim também estimulando a competição.

1 UNITED STATES OF AMERICA. **Public Law 90-312**. AN ACT To safeguard the consumer in connection with the utilization of credit by requiring full disclosure of the terms and conditions of finance charges in credit transactions or in offers to extend credit; by restricting the garnishment of wages; and by creating the National Commission on Consumer Finance to study and make recommendations on the need for further regulation of the consumer finance industry; and for other purposes.

2 Cf., por exemplo, *the Fair Credit Reporting Act of 1970* (FCRA); *the Equal Credit Opportunity Act of 1974* (ECOA); *the Fair Debt Collection Practices Act of 1977* (FDCPA); *the Electronic Fund Transfer Act of 1978* (EFTA); *The Military Lending Act of 2006* (MLA) e *the Credit Card Accountability Responsibility and Disclosure Act of 2009* (CARD).

3 Cf., por exemplo, *The National Credit Union Administration* (NCUA), que regula e supervisiona as instituições (*Credit Unions*) de formato próximo (*member-owned nonprofit cooperative financial institution*) às cooperativas de crédito brasileiras.

4 Cf. incidentalmente, sobre essa preempção, a decisão da Suprema Corte dos EUA em *Marquette National Bank v. First of Omaha Service Corporation* e a legislação federal subsequente, permitindo às instituições financeiras se submeterem à lei de usura do estado no qual localizarem sua sede.

Foram observados, porém, evidentes limites nessa abordagem federal, uma vez que, ao final do século XX, já se notava incremento significativo de empréstimos com desequilibrada comutatividade, acentuando-se o número de contratos com enorme disparidade entre o valor emprestado e o retorno devido pelo consumidor, assim formando obrigações cada vez menos razoáveis quando sopesados o custo da operação e o risco assumido. Nesse quadro, foram estudados os assim chamados empréstimos predatórios, de modo a melhor entender esse desequilíbrio.

Sobre essa classe de negócios, percebeu-se que a compreensão das circunstâncias nas quais essas relações desiguais são permitidas e construídas afigura-se tão importante quanto a identificação das ilegais cláusulas postas nos contratos decorrentes, como se depreende dos questionamentos sugeridos pela doutrina, a seguir transcritos (Goldstein, 2000):

- a) O devedor tinha pleno conhecimento e compreensão dos termos do empréstimo e do direito de cancelar a transação do empréstimo?
- b) O credor divulgou afirmativamente ao consumidor todas as informações relevantes relativas aos termos do empréstimo e aos seus direitos?
- c) O credor ocultou ou tentou ocultar informações significativas sobre os termos do empréstimo?
- d) O credor levou o devedor a acreditar que o empréstimo em negociação não poderia ser cancelado?
- e) O credor pressionou o devedor para induzi-lo a celebrar o contrato de empréstimo?
- f) O credor sabia, ou deveria saber, que a renda do devedor era insuficiente para cumprir os termos do empréstimo?
- g) O credor selecionou o devedor com referência a um ativo que este possuía, sem levar em conta a sua capacidade de pagamento?
- h) O credor apresentou um padrão de direcionamento às populações vulneráveis com o objetivo de conceder empréstimos de alto custo? (Goldstein, 2000, p. 232)

Por essa via, não se identifica a conduta predatória do prestador do crédito apenas nos termos do instrumento negocial celebrado, devendo também serem consideradas as fases pré-contratual e pós-contratual, pois nelas o credor pode atuar abusivamente, tanto para levar o consumidor a celebrar empréstimos claramente desproporcionais e danosos, como para posteriormente expandir esses danos na maior extensão possível, em sucessão de novações, penalidades e cobranças com custo crescente.

O aprofundamento de pesquisas dessa natureza permitiu a formulação de melhores argumentos apontando a necessidade de supervisão, fiscalização e normatização atualizada da conduta dos prestadores de crédito no mercado, lugar em que ocorre marcada assimetria de informações entre empresários e consumidores⁵ (Bar-Gill; Warren, 2008).

Ao se debater os efeitos da crise de 2008, a plêiade de instituições reguladoras acima referida foi questionada a respeito de ela não se concentrar de modo efetivo em proteger consumidores contra falhas em produtos e serviços financeiros, mas desenvolver essa missão de modo secundário e subordinado a outras tarefas a elas atribuídas. Com efeito, a presença de múltiplos órgãos reguladores e supervisores atuando a respeito de proteções legislativas de modo esparso foi apontada como motivo

5 Cf. SCHONBERG, 2012, p. 1.427. No original: *As the former General Counsel of Citigroup's North American and European credit card business explained: "No other industry in the world knows consumers and their transaction behavior better than the bank card industry. ... The mathematics of virtually everything consumers do is stored, updated, categorized, churned, scored, tested, valued, and compared from every possible angle in hundreds of the most powerful computers and by among the most creative minds anywhere."*

relevante para a inconsistência da defesa do consumidor, arguindo-se que reguladores com a tarefa de promover, simultaneamente, segurança no mercado financeiro e proteção do consumidor, acabavam por negligenciar a questão consumerista em detrimento de suas outras funções (Peterson, 2016).

2 Criação do CFPB

Na primeira década do século XXI, já se mostrava evidente que o exponencial aumento da oferta de produtos e serviços financeiros foi acompanhado de maior exposição dos consumidores a prejuízos correlatos, causando-lhes, por vezes, impactos extremamente danosos. Ganhou corpo, pois, a proposta de que, nesse mercado, os consumidores precisavam de proteção similar a já oferecida para aquisição de outros objetos de consumo, por exemplo, automóveis e passagens aéreas. Além disso, percebeu-se que esses danos financeiros atingiam de forma desproporcional as parcelas mais pobres da população, com indícios de que os prestadores de crédito alinhavam seus produtos para alcançar máxima exploração de tais vulnerabilidades (Bar-Gill; Warren, 2008).

No campo jurídico, essa insuficiência revelou-se pela incapacidade de se deter ou minorar tais perigos e prejuízos apenas pelo uso de ações judiciais de ressarcimento, mostrando-se necessário maior regulação e supervisão deste mercado, de modo a não apenas se ressarcir danos, mas, na medida do possível, reduzir-se os riscos a que são submetidos os consumidores. Para tanto, o Departamento do Tesouro do EUA, então sob o mandato presidencial de Barack Obama, elaborou proposta de ampla reforma de regulação financeira, na qual incluiu a formação de uma nova agência, chamada de *Consumer Financial Protection Agency*, que adotaria o tradicional formato de comissão independente,⁶ dotada de direção colegiada e poderes de normatizar, fiscalizar, supervisionar e punir administrativamente as violações contra consumidores (Dept. of Treasury, 2009).

Entretanto, levada a proposta ao Congresso dos EUA, entre os pontos questionados⁷ ganharam relevância os temores a respeito de as ações dessa agência conflitarem com as demais medidas de regulação financeira de outros órgãos, seja por eventualmente tais ações não cederem diante da necessidade de se alcançar estabilidade e segurança financeira, seja por inadvertidamente atuarem contra esses objetivos, assim fragilizando os bancos mediante exigências relativas à concessão de crédito, o que atingiria particularmente as instituições financeiras de menor tamanho.⁸ Além disso, os empresários ligados ao varejo de produtos de consumo também manifestaram sua contrariedade ao projeto, alegando possíveis impactos nas respectivas estruturas de financiamento.

A solução aceita para superar tais objeções foi a de estruturar o ente proposto não como uma nova agência, mas como um *bureau* inserido no FED, sendo assim denominado CFPB, a ser comandado por diretor singular, escolhido pelo Presidente da República e confirmado pelo Senado dos EUA, com mandato de cinco anos. Entretanto, para fortalecer o órgão administrativo, um conjunto de prerrogativas lhe foi outorgado, com a intenção de protegê-lo contra eventuais tentativas de captura pelos agentes regulados (Barkow, 2010).

6 Cf. sobre o conceito de agência no APA e seus níveis de independência, DINIZ, 2023.

7 Cf. LEVITIN, 2013, p. 336. No original: *The financial services industry fought vigorously against the creation of the CFPB, aided by ideologically anti-regulatory allies. The CFPB's opponents argued that the new agency would herald a new age of the "nanny state" that would impose enormous regulatory costs on consumer financial transactions resulting in less consumer choice, higher costs of financial products, and less product availability, particularly for consumers of lesser means.*

8 *Ibidem*, p. 337. No original: *CFPB's opponents also argued that it was a mistake to separate consumer protection from bank safety-and-soundness because the two concerns needed to be balanced. Another argument raised by CFPB opponents was that consumer protection (or at least fair lending policies) could actually compromise bank safety-and soundness by forcing banks to imprudently extend credit.*

Nesse sentido, concedeu-se ao *bureau* o *status* de agência independente, dotada de poderes normativos (*rulemaking*), fiscalizatórios (*supervision*) e sancionatórios (*enforcement*) estabelecidos por lei específica, bem como determinou-se ao FED o repasse anual do equivalente a 12% de suas despesas operacionais para o CFPB, assim se afastando a necessidade de aprovação periódica de seu orçamento pelo Congresso. Ademais, evitou-se a submissão de suas propostas regulatórias às análises de custo-benefício do *Office of Management and Budget* (OMB) da presidência da república, embora se deva ter em conta que as normas editadas pelo CFPB podem ser suspensas por órgão de supervisão, o *Financial Stability Oversight Council* (FSOC), por maioria qualificada (2/3 dos votos), se este entender que elas prejudicam a segurança do sistema financeiro; ou, ainda, pelo poder geral do Congresso sobre a regulação feita pelas agências administrativas. Por fim, observe-se que o CFPB recebeu, nos moldes dos citados OCC, FDIC e FTC, autonomia para atuar em litígios judiciais (Levitin, 2013; Harvey, 2019).

O CFPB foi, então, instituído pela reforma da legislação financeira consubstanciada no *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010* (*Dodd-Frank Act*),⁹ a partir do qual é possível identificar as suas principais atribuições administrativas. Ressalte-se, porém, que as referidas inovações estruturais vêm sofrendo questionamentos jurídicos (Zywicki, 2013), postos em várias lides, com a Suprema Corte já se pronunciando pela inconstitucionalidade de um órgão administrativo independente, como é o CFPB, ser dirigido por diretor singular,¹⁰ considerando que essa estrutura se afastaria do modelo de direção colegiada (*multimember commissions*), presente nas principais agências independentes reguladoras de atividade econômica, como as já citadas FED e FTC.¹¹

3 Principais atribuições do CFPB

A partir da noção de consumidor como a pessoa que adquire produtos e serviços para fins pessoais, familiares ou domésticos (*personal, family, or household purposes*), as atribuições do CFPB foram estabelecidas em torno de negócios financeiros celebrados com essas características, objetivando garantir que os consumidores tenham pleno acesso a tais mercados e que estes sejam transparentes, justos e competitivos, também devendo investigar as reclamações pertinentes e respondê-las aos consumidores. Para tanto, foi-lhe repassada a tarefa de supervisionar o já abordado por várias leis antes promulgadas sobre a matéria, além de ser instituída competência específica para regular o tema em sede federal (...*issuing rules, orders, and guidance implementing Federal consumer financial law*).¹²

9 UNITED STATES OF AMERICA. Public Law 111-203. AN ACT To promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end “too big to fail”, to protect the American taxpayer by ending bailouts, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purposes.

10 Cf. a decisão da Suprema Corte dos EUA em *Seila Law LLC vs. Consumer Fin. Prot. Bureau*.

11 O que pode atingir outras agências independentes com diretor singular, como a *Social Security Administration-SSA*, órgão de previdência social dos EUA.

12 U.S. Code § 5511. No original: (a) *PURPOSE*: The Bureau shall seek to implement and, where applicable, enforce Federal consumer financial law consistently for the purpose of ensuring that all consumers have access to markets for consumer financial products and services and that markets for consumer financial products and services are fair, transparent, and competitive. (b) *OBJECTIVES*: The Bureau is authorized to exercise its authorities under Federal consumer financial law for the purposes of ensuring that, with respect to consumer financial products and services — (1) consumers are provided with timely and understandable information to make responsible decisions about financial transactions; (2) consumers are protected from unfair, deceptive, or abusive acts and practices and from discrimination; (3) outdated, unnecessary, or unduly burdensome regulations are regularly identified and addressed in order to reduce unwarranted regulatory burdens; (4) Federal consumer financial law is enforced consistently, without regard to the status of a person as a depository institution, in order to promote fair competition; and (5) markets for consumer financial products and services operate transparently and efficiently to facilitate access and innovation. (c) *FUNCTIONS*: The primary functions of the Bureau are—(1) conducting financial education programs; (2) collecting, investigating, and responding to consumer complaints; (3) collecting, researching, monitoring, and publishing information relevant to the functioning of markets for consumer financial products and services to identify risks to consumers and the proper functioning of such markets; (4) subject to sections 5514 through 5516 of this title, supervising covered persons for compliance with Federal consumer financial law, and taking appropriate enforcement action to address violations of Federal consumer financial law; (5) issuing rules, orders, and guidance implementing Federal consumer financial law; and (6) performing such support activities as may be necessary or useful to facilitate the other functions of the Bureau.

Nesse quadro, hoje se submetem aos seus poderes regulatórios aqueles (*covered persons*) que ofereçam, em nome próprio ou como afiliados, produtos e serviços financeiros a consumidores, tais como: serviços principais e auxiliares, corretagem e alienações de crédito; arrendamentos financeiros; serviços de liquidação imobiliária, exceto avaliações e seguros; captação de depósitos; transmissão e troca de valores; fornecimento de valores e instrumentos de pagamento; serviços de desconto, cobrança e garantia de cheques; fornecimento de pagamentos ou produtos de processamento de dados financeiros por meios tecnológicos; serviços de consultoria financeira; coleta, análise, manutenção ou fornecimento de relatórios de consumidores ou informações de contas para uso na oferta ou fornecimento de outros produtos ou serviços financeiros ao consumidor, exceto os usados internamente ou por afiliado; e cobrança de dívidas. Também podem ser disciplinados aqueles identificados como provedores de serviços (*service provider*) auxiliares aos primeiros (*covered persons*) (Levitin, 2013).

Do conjunto de tarefas atribuídas ao CFPB, ressalte-se, inicialmente, a de proporcionar aos consumidores informações atualizadas e claras o suficiente para que possam tomar decisões responsáveis a respeito de produtos e serviços financeiros. Para tanto, o órgão deve coletar, acompanhar, pesquisar e publicar informações relevantes a esses fins, proporcionando a permanente identificação de riscos aos consumidores. Cabe-lhe, também, promover a sua educação financeira, inclusive realizando cursos com essa natureza.¹³

Em par com os objetivos de usar seus poderes para que os bens e serviços financeiros sejam oferecidos de modo transparente e eficiente, bem como promover concorrência justa e afastar discriminações ilegais, chama atenção o *standard* regulatório implementado, estabelecendo-se que os consumidores devem ser protegidos contra práticas injustas, enganadoras ou abusivas por parte dos prestadores de crédito (...*consumers are protected from unfair, deceptive, or abusive acts and practices and from discrimination*).¹⁴ Ocorreu, pois, o aproveitamento e a ampliação do já citado modelo normativo da FTC, aqui diferentemente identificado para o CFPB pela sigla UDAAP (*Unfair, Deceptive or Abusive Acts or Practices*).

Adicionalmente, o CFPB recebeu poderes cuja demarcação pode ser feita tanto em função das instituições reguladas como em razão de matérias específicas, o que decorre em parte de ter recebido poderes, sejam os previstos em estatutos anteriores, como nos já citados EFTA e FDCEPA, sejam os que lhe foram diretamente atribuídos pelo *Dodd-Frank Act* (Mogilnicki; Bartholomew, 2022).

Desse modo, quanto aos poderes instituídos pela lei de sua criação, sublinhe-se a competência exclusiva do *Bureau*, no que concerne à proteção dos consumidores, para supervisionar, disciplinar e sancionar instituições com depósitos de ativos (*assets*) superiores a 10 bilhões de dólares, permanecendo as competências dos demais órgãos reguladores sobre tais instituições nas outras matérias que lhe forem pertinentes. Porém, no caso de instituições depositárias de menor quantia, o CFPB terá competência regulatória, mas a supervisão e a aplicação de sanções permanecerão com as instituições reguladoras tradicionais.

Por tais exemplos, percebe-se que as competências normativas, fiscalizatórias e sancionatórias do CFPB não são perfeitamente congruentes entre si em extensão e objeto, podendo variar de modo relativo conforme a instituição e o tema regulado. Sem embargo desse detalhamento complexo, um eixo central de sua atividade pode ser analisado a partir dos poderes para prevenir e reprimir atos e práticas vedadas pela previsão normativa UDAAP.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

4 CFPB e a proibição de condutas injustas, enganadoras ou abusivas

Como acima referido, a FTC, depois de autorizada a agir contra atos ou práticas comerciais injustas ou enganadoras, consolidou-se como principal agência de proteção ao consumidor no âmbito federal. No que concerne a produtos financeiros, nada obstante sua competência não envolver as instituições bancárias, a FTC buscou exigir, além da repressão às violações ao standard UDAP, o cumprimento da legislação especial (Tila, Ecoa, FCRA) pelos atores sob sua regulação (Fortney, 1986). Uma vez que o CFPB posteriormente recebeu a missão de aplicar norma assemelhada proibindo condutas injustas, enganadoras ou abusivas (UDAAP), ele muito se aproveitou da experiência da FTC, a qual manteve sua competência concorrente de proteção de consumidores para serviços e produtos financeiros quando a matéria não for reservada ao CFPB em razão do tema ou dos sujeitos regulados.

A partir de tais premissas, pode-se, então, estudar como vem sendo conferida densidade normativa a cada categoria desse *standard*.

4.1 Condutas injustas (*unfairness*)

A FTC lida com o combate a condutas injustas desde sua criação em 1914, por lei que lhe estabeleceu tal atribuição especificadamente no âmbito da defesa da concorrência (*unfair methods of competition in or affecting commerce*). A partir da ampliação de suas atribuições, em 1938, para também combater atos ou práticas comerciais injustas ou enganadoras (*unfair or deceptive acts or practices*), ela buscou conferir maior precisão a esses termos, de modo a balizar sua ação regulatória. Nesse sentido, a injustiça se pronuncia em condutas comerciais contrárias à moral protegida juridicamente (*good morals*) no plano da ordem pública (*public policy*), levando a se combater as condutas comerciais percebidas como imorais, antiéticas, opressivas ou inescrupulosas (Keegan; Calli, 2019).

Em 1994, após conflitos a respeito de como a FTC deveria atuar na repressão a práticas injustas em defesa de consumidores, o Congresso dos EUA legislou no sentido de que, para assim proceder, o órgão também deveria demonstrar que: a) os atos ou práticas sob análise causam, ou provavelmente podem causar, dano substancial a consumidores; b) esse dano não se mostra razoavelmente evitável pelos próprios consumidores; e c) os efeitos danosos devem superar os eventuais benefícios que os atos ou práticas sob análise conferem aos consumidores ou à competição (Pomeranz, 2011; Ohlhausen, 2015). Note-se que orientações similares foram adotadas pelo FED, OCC e FDIC (Naimon, 2015).

Esses parâmetros foram recepcionados pelo *Dodd-Frank Act*, nesta lei se adotando similar comando para a atuação do CFPB. Como exemplo de aplicação dessa prescrição, podemos citar o procedimento movido pelo CFPB contra o *Usaa Federal Savings Bank*, no qual foi considerada ilegalmente injusta a prática de aquela instituição unilateralmente reabrir contas de depósitos que já haviam sido encerradas por seus clientes, para assim nelas lançar depósitos ou débitos.¹⁵

15 Cf. UNITED STATES OF AMERICA. CFPB. *Consumer Financial Protection Circular 2023-02*.

4.2 Condutas enganadoras (*deceptive*)

Embora seja conceito não tratado de modo mais específico pelo legislador, a proibição de condutas comerciais enganadoras é bem estabelecida na prática jurídica dos EUA. A FTC formulou parâmetros para combater esses ilícitos, considerando que: a) deve haver uma representação, omissão ou prática que possa induzir o consumidor em erro; b) o engano deve ser considerado do ponto de vista de um consumidor que age razoavelmente em tais circunstâncias; e c) a representação, omissão ou prática deve ser significativa (*material*), desse modo, capaz de afetar as decisões do consumidor (Pomeranz, 2011).

Analogamente, o CFPB também se utiliza dessas formulações, como pode ser exemplificado no procedimento que ele moveu contra as empresas *RAM Payment* e *Account Management Systems (AMS)* e seus diretores, que, além de realizarem outras ilegalidades, concediam crédito para refinanciamento de dívidas, porém falsamente anunciando que não seriam empréstimos e não gerariam novos débitos.¹⁶

4.3 Condutas abusivas (*abusive*)

A percepção de que, ao longo da experiência dos EUA, as proibições a respeito de condutas injustas e enganadoras mostraram-se insuficientes para a efetiva proteção dos consumidores no âmbito financeiro, levou a também serem vedadas condutas comerciais abusivas, com o *Dodd-Frank Act* determinando especificidades para a aplicação dessa proibição.

Por esses termos, para a conduta do ente regulado ser considerada abusiva são normativamente detalhadas as seguintes exigências: 1) ela interferir de modo relevante na compreensão, pelo consumidor, de disposição ou condição de produto ou serviço financeiro; ou, 2) ter o agente obtido vantagens injustificáveis do consumidor aproveitando-se de: a) falta de compreensão do consumidor em relação aos riscos, custos ou condições de produto ou serviço financeiro; ou b) incapacidade de o consumidor proteger os seus próprios interesses na escolha de produto ou serviço financeiro; ou, c) razoável confiança depositada no agente regulado sobre este atuar no interesse do consumidor (Schonberg, 2012).

Dessas condições resultam, consolidadas em dois subgrupos, quatro possibilidades distintas de se reprimir condutas abusivas. Como exemplo, relativamente ao primeiro subgrupo, interferir de modo relevante na compreensão do consumidor, pode-se citar o litígio entre o CFPB e a empresa *NDG Financial Corp.*, ocorrido em reação a esta realizar empréstimos pela internet com taxas de juros superiores aos tetos estabelecidos pelas leis estaduais de usura, mas alegando que, como sua sede era no exterior, tais leis não se aplicariam; e quanto ao segundo, sobre obter vantagem injustificada, tem-se a ação do *Bureau* contra a empresa *Security National Automotive Acceptance Co*, a qual inseria, em anexos a contratos de leasing, cláusula inegociável autorizando-a a contactar o empregador ou o superior militar do consumidor no caso de inadimplemento (FAZ, 2019).

Apresentadas essas noções, percebe-se que as categorias tratadas pelas proibições UDAAP permitem sua aplicação de modo superposto, consideradas a natureza e a extensão dos atos e práticas ilegais realizados pelos agentes regulados em cada caso concreto.

¹⁶ CF. UNITED STATES OF AMERICA. CFPB. *In the Matter of: RAM Payment et al. Stipulation and Consent to the Issuance of a Consent Order*.

5 Mudanças advindas com a criação do CFPB

A mais que centenária experiência dos EUA com órgãos administrativos incumbidos de regular, seja com abrangência geral (concorrência, práticas comerciais) ou setorial (ferrovias, valores mobiliários), aspectos da vida em sociedade, foi plenamente empregada na estruturação jurídica do CFPB, nele se conformando poderes e missões orientados para resolver os problemas identificados com a crise de 2008, no que concerne à proteção aos consumidores de produtos e serviços financeiros.

Um aspecto fundamental reconhecido na criação do CFPB é o respeito à especificidade dos problemas enfrentados pelo consumidor, que demandam tratamento autônomo, o qual dificilmente será mais bem alcançado por meio de abordagens indiretas, voltadas principalmente à segurança do mercado financeiro. Sua formação como *bureau* independente sinaliza que, mesmo ele exercendo tais funções no seio de instituição encarregada de outras atribuições, como é o FED, impõe-se a segregação interna das unidades voltadas a diferentes tarefas, evitando-se potenciais conflitos de interesse, injustificada subordinação a objetivos diferentes da proteção ao consumidor e a captura por agentes regulados (Feinstein; NOU, 2023).

Outro importante ponto estabelecido é o de que a proteção ao consumidor no mercado financeiro constitui tarefa de inegável complexidade, a exigir contínuos estudos e acompanhamento das práticas e atos dos prestadores de crédito, os quais, na medida em que atuam para além das atividades bancárias, paulatinamente escapam dessa respectiva regulação e diversificam seus modos de atuação, o que lhes permite participar do financiamento do consumo de produtos e serviços em geral. Desse modo, mostrou-se necessário conferir ao órgão administrativo regulador capacidade operacional e técnica de grandeza suficiente para acompanhar e entender esses processos, o que também demanda poderes efetivos para obter informações sobre o que ocorre no mercado financeiro.

Compreendidos os problemas cotidianamente enfrentados pelos consumidores, mostra-se indispensável que o órgão administrativo também tenha poderes jurídicos flexíveis o suficiente para combater os ilícitos que emergem da infinita variação de condutas empresariais no mercado. Na tradição dos EUA, o modo de conferir essa flexibilidade se dá pela normatização de standards, ou seja, por normas abertas que, para serem concretizadas, requerem a sua complementação pelo aplicador, como conferido ao CFPB pelas disposições UDAAP. Com essa perspectiva, a novel atribuição, ao CFPB, de poderes para combater atos e práticas abusivas representou avanço pelo qual exige-se mais do que transparência na conduta dos prestadores de crédito, passando a se regular outros aspectos importantes da atuação desses agentes no mercado, mantida a ressalva, porém, de que o órgão não recebeu poderes para determinar aos regulados limites de taxas de juros com o objetivo de prevenir a usura, permanecendo a competência dos estados (Braucher, 2012).

Por fim, ampla gama de instrumentos voltados a prevenir ou reprimir ilícitos foi colocada à disposição do órgão administrativo: ao CFPB foi atribuído o poder de concretizar sua regulação, seja pela edição de normas gerais (*rulemaking*), seja por procedimentos administrativos sancionatórios (*adjudication*),¹⁷ seja ingressando diretamente com ações em juízo para requerer as medidas de proteção ao consumidor (Baker, 2022).¹⁸

¹⁷ Em ambos os casos devendo proceder conforme as disposições do *Administrative Procedure Act* (APA).

¹⁸ Cf. BAKER, 2022, p. 71. No original: *Available remedies include rescission or reformation of contracts; refunds or returns of money or real property; restitution; disgorgement or compensation for unjust enrichment; payment of damages; civil money penalties; and injunctive relief. Simple violations have a maximum civil money penalty of five thousand dollars per day; reckless violations a maximum penalty of twenty-five thousand dollars per day; and knowing violations a maximum penalty of one million dollars per day.*

Passada a primeira década de sua criação, verifica-se que a ampliação do standard regulatório, como consolidado pelas normas UDAAP, aliada à estrutura integral de um órgão regulador nos EUA, assim dotado de poderes de normatização, supervisão, fiscalização e concretização da proteção jurídica ao consumidor, permitiu que até aqui se alcançasse quase 15 bilhões de dólares de receita em favor da população, entre suspensões de cobranças, ressarcimentos e penalidades, sem contar os ainda mais relevantes ganhos decorrentes da supervisão e prevenção de condutas ilegais, bem como do aperfeiçoamento do mercado financeiro (Mogilnicki; Bartholomew, 2022).¹⁹

6 A novel regulação trazida ao Código de Defesa do Consumidor brasileiro

Em 2021, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) brasileiro recebeu adicionais disposições regulando a contratação de crédito,²⁰ dessa vez coordenadas pela prevenção ao superendividamento do consumidor. Algumas dessas normas guardam similaridade com a legislação dos EUA anterior à criação do CFPB, uma vez que voltadas a obrigar o prestador de crédito a melhor informar o consumidor sobre as condições do negócio. Ademais, elas abordaram condutas anteriores e posteriores à obtenção do crédito, disciplinando alguns de seus efeitos.

Principalmente, o CDC estabeleceu ao prestador do crédito deveres de melhor informar os elementos que compõem o respectivo contrato, o que implementou efetiva melhora em face da disciplina legal anterior.²¹ Em abordagem comparada, ele trouxe ao regime jurídico brasileiro deveres similares aos postos no TILA, como o de o prestador informar a taxa de juros em composição anual e mensal, incidentes tanto do débito principal como na hipótese de mora, bem como o de apresentar de forma segregada todos os elementos que compõem o custo da operação²². Adicionou, também, o dever de se informar ao consumidor o direito à liquidação antecipada e não onerosa do débito.²³

Relativamente a condutas anteriores e posteriores ao negócio, ao lado de, em seus artigos, reiterar o dever de bem informar o consumidor, o CDC também denota certa preocupação em limitar a responsabilidade do prestador do crédito, por estabelecer deveres específicos de modo restrito, em oposição às proteções gerais.

Nessa linha, determina ao prestador do crédito avaliar de forma responsável as condições de crédito do consumidor, mas restringe esse dever às análises de informações lançadas em bancos de dados de proteção ao crédito.²⁴ Igualmente, estabelece série de deveres ao prestador de crédito, mas encaminha as consequências de tal descumprimento à revisão judicial das cláusulas pactuadas.²⁵ Por outra via, prevê a conexão entre os contratos de aquisição e bens e serviços e os contratos para o respectivo financiamento, mas restringe essa aplicação para as hipóteses em que se comprovar interveniência formal do fornecedor de produtos ou serviços no contrato de crédito, ou de o crédito ser oferecido no local da atividade empresarial desse fornecedor.²⁶

Vê-se que, ao adotar essa abordagem pontual, as novas disposições fragilizam-se ao argumento de que, dependendo da hermenêutica adotada, mesmo que sejam atendidas as condições postas

19 Ressalve-se que a estrutura do CFPB como órgão independente sofre intensa oposição política e jurídica até o presente, com registro de questionamentos e ações contrárias advindos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

20 BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Tratar-se-á aqui das disposições dos arts. 54-A a 54-G trazidas pela Lei 14.181, de 2021.

21 Id. Art. 54-B; 54-D, I e 54-G, §2º.

22 Id. Art. 52, II e 54-B e §3º.

23 Id. Art. 52, § 2º e 54-B, V.

24 Id. Art. 54-D, II.

25 Id. Art. 54-D, parágrafo único.

26 Id. Art. 54-F.

no CDC, o eventual superendividamento do consumidor, justamente o que visou evitar,²⁷ não será robustamente prevenido por tais normas.

Um ponto importante que foi diretamente tratado pelas novas disposições se refere à conexão entre o crédito ao consumidor e a utilização de consignação em folha de salários ou benefícios previdenciários. Esse aspecto chama atenção porque se determinou ao prestador de crédito que verifique previamente existir margem consignável, mas sem a lei tratar do que está sendo efetivamente pago. Desse modo, o CDC busca evitar o superendividamento, determinando o respeito à referida margem,²⁸ mas silencia sobre empréstimos predatórios, nos quais juros e encargos de valor enorme, incidentes sobre o débito inicial, poderão ampliar o valor devido em progressão, em face de sucessivos refinanciamentos (*persistent debt*), e serão liquidados diretamente no salário ou pensão, bastando aumentar o número de parcelas para diluir o abate de modo a que este não ultrapasse a margem mensal consignável.

Ressalte-se, porém, que a proibição geral posta no CDC quanto a condutas abusivas ou enganadoras²⁹ incide plenamente nas relações consumeristas, o que permite, também por essa via, a aproximação e comparação com o atual modo jurídico adotado nos EUA para proteger os consumidores de produtos e serviços financeiros, como acima abordado.

Conclusão

A crise financeira de 2008 nos EUA atingiu duramente a sua classe média, presa a hipotecas sobre imóveis residenciais feitas com elevada exposição a risco (*subprime*). Já no Brasil, embora se venha progressivamente facilitando a oferta de imóveis para calçar empréstimos, um ativo cada vez mais utilizado para apoiar a concessão de crédito consubstancia-se na principal fonte de renda da subsistência do consumidor, a partir de consignações em salários, pensões e aposentadorias. Em tal contexto, pode-se indagar se o consumidor brasileiro é merecedor da mesma proteção reconhecida nos EUA como necessária, com o advento do CFPB, ou se apenas a regulação administrativa dos aspectos que envolvem risco ao funcionamento do mercado financeiro mostra-se suficiente.

Para além do dever de informar, é assente que a regulação de taxas de juros e demais encargos na concessão de crédito, se for excessiva, pode gerar a supressão da oferta de crédito; porém, se for inexistente, pode ocasionar a proliferação de empréstimos predatórios, o que se acirra em mercados em que a oferta de crédito ainda não recebe, de maneira substancial, os efeitos benéficos da competição. Impasses dessa natureza dificilmente serão solucionados sem ação regulatória, permanecendo os danos ao consumidor até que consiga evitar ou minorar tais empréstimos, por essa via prevalecendo o *caveat emptor* nas relações financeiras de consumo. Perceba-se que essa perspectiva se coloca em franca oposição ao tratamento dispensado à aquisição de demais produtos e serviços no modo regulado pela legislação consumerista brasileira.

Sem embargo da elevada qualidade do CDC, cabe reconhecer os limites do modelo regulatório em que ele se efetiva, no qual os órgãos públicos de defesa do consumidor lidam com enorme variação de questões jurídicas, mas são administrativamente limitados por orçamentos que variam em função das prioridades de cada unidade da federação. Nesse quadro, a defesa do consumidor hoje se concretiza principalmente por meio de iniciativas de particulares, ou, eventualmente, de

27 Id. Art. 54-A.

28 Id. Art. 54-G, § 1º.

29 Id. Art. 6º, IV.

legitimados extraordinários, na medida em que conseguem reunir informações e recursos para buscar a cessação de condutas e ressarcimento e punições por danos já verificados (*ex post*). Restam ausentes, assim, as vantagens substanciais advindas da supervisão e fiscalização prévia (*ex ante*) das atividades potencialmente danosas a consumidores de serviços e produtos financeiros, bem como a possibilidade de edição de normas que acompanhem um ambiente negocial em constante mutação de condutas mercadológicas, como é característico ao campo financeiro.

Nessa abordagem, que inadvertidamente transforma a ação judicial no principal meio para efetivar a regulação, dificulta-se o tratamento sistemático das questões reguladas, pois ausente organização administrativa com condições de congregar e analisar as informações necessárias para se atuar além dos conflitos levados a juízo, ao que se soma o indesejável efeito lateral de sobrecarregar o Poder Judiciário. Note-se que tais aspectos também contribuem para explicar a expansão da administração pública como agente regulador ao longo do século XX.

A experiência dos EUA aconselha a se acompanhar e regular as práticas e atos dos prestadores de crédito a consumidores, em face da indisputável complexidade da atividade financeira, a enorme disparidade de informações entre as partes negociais e a decorrente vulnerabilidade da população que se vincula por esses contratos. Dificilmente se conseguirá, no Brasil, otimizar o acompanhamento e a regulação das relações consumeristas no mercado financeiro utilizando-se principalmente de disputas judiciais.

Ao final, lembre-se que, na história mundial, importantes avanços da regulação a respeito de contratos financeiros ocorreram em sequência a crises profundas com efeitos dolorosos e bem registrados, desde a antiguidade até os nossos dias. Conhecer e implantar as soluções em curso para que esses danosos efeitos não se repitam, principalmente em países nos quais a maioria da população vive em situação econômica ainda mais frágil do que nos EUA, pode resultar em contribuição significativa, simultaneamente protegendo e melhorando as condições dos consumidores, com evidentes benefícios para a sociedade brasileira.

Referências

BAKER, Harrison. Enforcement by the Consumer Financial Protection Bureau: An Empirical Analysis of Director Kraninger's Leadership. **Widener Law Review**, vol. 28, no. 1, 2022.

BAR-GILL, Oren; WARREN, Elizabeth. Making Credit Safer. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 157, no. 1, November 2008.

BARKOW, Rachel. Insulating Agencies: Avoiding Capture through Institutional Design. **Texas Law Review**, vol. 89, no. 1, November 2010.

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990** (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

BRAUCHER, Jean. Form and Substance in Consumer Financial Protection. **Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law**, vol. 7, no. 1, Fall 2012.

DINIZ, Davi. Independência das agências administrativas nos Estados Unidos da América: contraste com a autonomia de entes administrativos no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, 282(2), 2023.

- FAZ, Michael. Scouring Muddied Waters: Towards Clarifying the CFPB's "Abusive" Practices. **Loyola Consumer Law Review**, vol. 32, no. 1, 2019.
- FEINSTEIN, Brian. NOU, Jennifer. Submerged Independent Agencies. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 171, no. 4, April 2023.
- FLEMING, Anne. The Long History of "Truth in Lending (2018). **Journal of Policy History**, Vol. 30, No. 2, 2018.
- FORTNEY, Anne. Consumer Credit Compliance and the Federal Trade Commission: Continuing the Process of Education and Enforcement. **Business Lawyer (ABA)**, vol. 41, no. 3, May 1986.
- GOLDSTEIN, Deborah. Protecting Consumers from Predatory Lenders: Defining the Problem and Moving toward Workable Solutions. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 35, no. 1, Winter 2000.
- HARVEY, Hosea H. Constitutionalizing Consumer Financial Protection: The Case for the Consumer Financial Protection Bureau. **Minnesota Law Review**, vol. 103, no. 6, June 2019.
- KEEGAN, Cobun; CALLI Schroeder. Unpacking Unfairness: The FTC's Evolving Measures of Privacy Harms. **Journal of Law, Economics & Policy**, vol. 15, no. 1, Winter 2019.
- KIRKPATRICK, Miles. The Federal Trade Commission as a Consumer Protection Agency. **Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics**, vol. 3, 2, Fall 1971.
- LEVITIN, Adam. The Consumer Financial Protection Bureau: An Introduction. **Review of Banking and Financial Law**, vol. 32, 2, Spring 2013.
- LEVITIN, Adam; WACHTER, Susan. The Public Option in Housing Finance. **U.C. Davis Law Review**, vol. 46, 4, April 2013.
- MOGILNICKI, Eric; BARTHOLOMEW, Lucy. A Decade at the Consumer Financial Protection Bureau. **Business Lawyer**, vol. 77, 2, Spring 2022.
- NAIMON, Jeffrey, et al. Caveat Emptor or Caveat Vendor: The Evolution of Unfairness in Federal Consumer Protection Law. **Banking Law Journal**, vol. 132, 1, January 2015.
- OHLHAUSEN, Maureen. Weigh the Label, Not the Tractor: What Goes on the Scale in an FTC Unfairness Cost-Benefit Analysis. **George Washington Law Review**, vol. 83, 6, November 2015.
- O'NEIL, Robert. State Consumer Protection in a Federal System. **Arizona State Law Journal**, vol. 1975, 4, 1975.
- PETERSON, Christopher. Consumer Financial Protection Bureau Law Enforcement: An Empirical Review. **Tulane Law Review**, vol. 90, 5, June 2016.
- POMERANZ, Jennifer. Federal Trade Commission's Authority to Regulate Marketing to Children: Deceptive vs. Unfair Rulemaking. **Health Matrix: Journal of Law-Medicine**, vol. 21, 2, 2011.
- PRIDGEN, Dee. Putting Some Teeth in TILA: From Disclosure to Substantive Regulation in the Mortgage Reform and Anti-Predatory Lending Act of 2010. **Loyola Consumer Law Review**, vol. 24, 4, 2012.

SCHONBERG, Rebecca. Introducing Abusive: A New and Improved Standard for Consumer Protection. **California Law Review**, vol. 100, 5, October 2012.

UNITED STATES OF AMERICA. CFPB. **Consumer Financial Protection Circular 2023-02**. Disponível em: <https://www.consumerfinance.gov/compliance/circulars/consumer-financial-protection-circular-2023-02-reopening-deposit-accounts-that-consumers-previously-closed/>. Acesso em: 15 out. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. CFPB. **In the Matter of: RAM Payment et al. Stipulation and Consent to the Issuance of a Consent Order**. Disponível em: <https://www.consumerfinance.gov/enforcement/actions/ram-payment-llc-et-al/>. Acesso em: 15 out. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of the Treasury. **Financial Regulatory Reform: New Foundation (2009)**. Disponível em: <https://fraser.stlouisfed.org/title/financial-regulatory-reform-5123>. Acesso em: 15 out. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. **Public Law 90-312**. Disponível em <https://uscode.house.gov/statviewer.htm?volume=82&page=146>. Acesso em: 15 out. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. **Public Law 111-203**. Disponível em <https://uscode.house.gov/statutes/pl/111/203.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. **United States Code**. Disponível em: <https://uscode.house.gov/>. Acesso em: 15 out. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **Marquette Nat. Bank v. First of Omaha Svc. Corp.**, 439 U.S. 299 (1978). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/439/299/>. Acesso em: 15 out. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **Seila Law LLC vs. Consumer Fin. Prot. Bureau**, 140 S. Ct. 2183, 2192 (2020). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/591/19-7/>. Acesso em: 15 out. 2023.

WHITE, James. The Usury Trompe l'Oeil. **South Carolina Law Review**, vol. 51, no.3, Spring 2000.

ZYWICKI, Todd. The Consumer Financial Protection Bureau: Savior or Menace. **George Washington Law Review**, vol. 81, no. 3, April 2013.

A Sustentabilidade Ambiental, o Direito e a Extrafiscalidade Tributária do Estado Brasileiro: as práticas ecojurídicas da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

David Lazzaretti Vieira*

Adalberto Narciso Hommerding**

Introdução. 1 A integração da questão ambiental no Direito: desafios e possibilidades. 2 Incentivos e desincentivos fiscais: a extrafiscalidade como ferramenta para a sustentabilidade ambiental. Conclusão. Referências.

Resumo

O artigo visa analisar a integração da questão ambiental no Direito, com foco nos desafios e possibilidades que emergem dessa relação, sobretudo em relação ao aspecto extrafiscal. A metodologia utilizada consiste na revisão bibliográfica e documental, bem como na análise de legislações pertinentes na área ambiental e jurídica. Os resultados apontam que o Direito, por meio de sua capacidade normativa e regulatória, pode contribuir significativamente para a integração da questão ambiental, seja através da promoção de práticas sustentáveis, seja por meio do desestímulo de práticas prejudiciais ao meio ambiente. A pesquisa também destaca a necessidade de novos estudos e pesquisas na área, a fim de aprofundar o entendimento sobre o tema e contribuir para a elaboração de políticas públicas e práticas jurídicas que promovam a sustentabilidade ambiental.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Direito. Extrafiscalidade. Tributação.

* Mestrando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo/RS; Departamento de Ciências Sociais Aplicadas; Linha de pesquisa II – políticas de cidadania e resolução de conflitos. Especialista em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) em convênio com a Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul (ESMAFE/RS). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Procurador da Fazenda Nacional.

** Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo/RS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Bacharel em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo. Professor na Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul – AJURIS e na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo/RS, na Graduação, no Mestrado e no Doutorado em Direito. Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul.

Environmental Sustainability, Law, and the Tributary Extrafiscality of the Brazilian State: eco-legal practices of the National Treasury Attorney's Office

Abstract

The article aims to analyze the integration of environmental issues into Law, focusing on the challenges and possibilities that emerge from this relationship, especially in relation to the extra-fiscal aspect. The methodology used consists of a bibliographic and documentary review, as well as the analysis of relevant legislation in the environmental and legal areas. The results indicate that the Law, through its normative and regulatory capacity, can significantly contribute to the integration of environmental issues, either through the promotion of sustainable practices or through the discouragement of practices that are harmful to the environment. The research also highlights the need for new studies and research in the area, in order to deepen understanding of the topic and contribute to the development of public policies and legal practices that promote environmental sustainability.

Keywords: *Sustainability. Law. Extrafiscality. Taxation.*

Introdução

O presente artigo científico tem como objetivo central analisar a integração da questão ambiental no Direito, com foco nos desafios e possibilidades que emergem dessa relação. O tema escolhido é relevante tanto do ponto de vista social quanto do ponto de vista acadêmico, especialmente considerando a ocorrência de eventos climáticos no Brasil no ano de 2023, que trouxeram à tona a urgência de uma abordagem jurídica mais efetiva e integrada às questões ambientais. O ano de 2023 foi marcado por uma série de eventos climáticos extremos no Brasil, refletindo as consequências preocupantes do aquecimento global e as mudanças climáticas. Os recordes dos períodos de seca no Nordeste brasileiro, os impactos catastróficos das altíssimas quantidades de chuva no Sul ocasionadas inclusive por ciclones extratropicais, assim como as ondas de calor sem precedentes nas regiões Norte, Sudeste e Centro-Oeste destacam a urgente necessidade de políticas públicas e ações efetivas no âmbito de todas as esferas do Direito, visando mitigar impactos futuros e adaptar a sociedade a essas novas realidades climáticas.

A justificativa para a escolha do tema se dá, pois, primeiramente, pela necessidade de se compreender e enfrentar os desafios ambientais que se agravam a cada ano, e que têm impactado diretamente a vida das pessoas, especialmente em regiões mais vulneráveis. Além disso, a escolha do tema se justifica pela relevância acadêmica, uma vez que a integração da questão ambiental no Direito é um campo de estudo ainda em desenvolvimento, que demanda pesquisas e reflexões aprofundadas.

O problema que se busca responder neste artigo é: como o Direito pode integrar a questão ambiental de forma efetiva, considerando os desafios e as possibilidades que essa integração apresenta? A hipótese que se propõe é que o Direito, por meio de sua capacidade normativa e regulatória, pode contribuir significativamente para a integração da questão ambiental, seja através da promoção de práticas sustentáveis, seja por meio do desestímulo de práticas danosas ao meio ambiente.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste artigo consiste na revisão bibliográfica e documental, bem como na análise de legislações pertinentes na área ambiental e jurídica.

O artigo é dividido em dois capítulos principais. O primeiro, intitulado “A integração da questão ambiental no Direito: desafios e possibilidades”, busca contextualizar o tema, apresentando o cenário atual e os desafios que se apresentam para a integração da questão ambiental no Direito. O segundo capítulo, “Incentivos e desincentivos fiscais: a extrafiscalidade como ferramenta para a sustentabilidade ambiental”, analisa a utilização de instrumentos fiscais como ferramenta para a promoção da sustentabilidade ambiental, destacando, ao final, algumas práticas da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) nesse sentido.

Espera-se, com este trabalho, contribuir para o debate acadêmico sobre a integração da questão ecológica no Direito, bem como fornecer subsídios para a elaboração de políticas públicas e práticas jurídicas que promovam a sustentabilidade ambiental.

1 A integração da questão ambiental no Direito: desafios e possibilidades

Vivencia-se atualmente uma situação de mudança de paradigma do pensamento cartesiano e mecanicista para o pensamento que erige como de fundamental importância a questão ecológica em todas as áreas da ciência. Essa situação de transição se desenvolve num contexto de crise ambiental, que representa, em essência, um espelho dos valores humanos e da percepção que o homem tem do planeta, bem como de sua postura em relação a ele (Cervi, J.; Cervi, T., 2016, p. 75).

Nesse contexto, as ações humanas e o método produtivo de consenso ora em vigor têm impactado sobremaneira no meio ambiente de forma predatória. A partir disso, o atual paradigma de produção tem se mostrado insustentável e desatualizado para fazer frente à sobrevivência da humanidade e das espécies. Não se buscará, aqui, neste curto espaço, debater sobre as razões que devem guiar essa alteração paradigmática, se fundadas em uma ideia de ecologia profunda ou do ponto de vista antropocêntrico. Certo é que o essencial é evidenciar a necessidade de tal mudança.

A ideia de complexidade e o pensamento sistêmico têm cumprido um papel relevante para a demonstração dessa necessidade de transição de paradigmas. Para Edgar Morin (2015, p. 34-35), a complexidade é um fenômeno quantitativo, isto é, há uma quantidade extrema “de interações e de interferências entre um número muito grande de unidades”, mas a ideia traz consigo também a consideração de “incertezas, indeterminações, fenômenos aleatórios”. Morin (2015, p. 35) explica que:

De fato, todo sistema auto-organizador (vivo), mesmo o mais simples, combina um número muito grande de unidades da ordem de bilhões, seja de moléculas numa célula, seja de células no organismo (mais de 10 bilhões de células para o cérebro humano, mais de 30 bilhões para o organismo).

Por sua vez, na década de 1970, os biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela (1997, p. 71) trouxeram o termo autopoiese para definir a capacidade de autorreprodução dos seres vivos. Identificando um ser vivo como máquina autopoietica, os autores definem tal máquina como aquela:

[...] organizada como um sistema de processos de produção de componentes concatenados de tal maneira que produzem componentes que: I) geram os processos (relações) de produção que os produzem através de suas contínuas interações e transformações, e II) constituem a máquina como uma unidade no espaço físico.

Esclarecendo mais o emprego do termo, Maturana e Varela (1997, p. 75) pontuam que “[...] se são máquinas, os sistemas vivos são máquinas autopoieticas: transformam a matéria neles mesmos, de maneira tal que seu produto é sua própria organização”. Distanciando a lupa da autopoiese do indivíduo para o meio em que ele está inserido, na esteira do pensamento de Maturana e Varela (1995, p. 136-137), verifica-se que a autopoiese de um determinado ser está intrinsecamente ligada e condicionada pela autopoiese do próprio sistema. Nesse sentido, qualquer alteração estrutural em um ser vivo é restringida pela necessidade de preservar sua autopoiese. Conforme colocam os biólogos, as interações que desencadeiam mudanças estruturais sem comprometer a autopoiese são consideradas perturbações, enquanto aquelas que falham em fazer isso são destrutivas. A adaptação contínua dos seres vivos, mantendo sua autopoiese, ocorre a todo momento e de diversas formas, sendo fundamental para a existência da vida.

De maneira similar, o meio ambiente também é influenciado pelas interações com os seres vivos, que atuam como agentes seletivos em sua mudança estrutural. Maturana e Varela exemplificam essa interdependência de forma esclarecedora, indicando o papel do oxigênio, que, inicialmente dissipado pelas células, acabou provocando mudanças significativas na atmosfera terrestre, o que, por sua vez, conduziu a variações estruturais específicas em diversas espécies, levando à evolução de organismos respiradores de oxigênio.

A manutenção dos organismos em seu meio depende da compatibilidade entre eles, conhecida, segundo os pesquisadores, como adaptação. Se as interações de um ser vivo com seu meio se tornam destrutivas a ponto de interromper sua autopoiese, isso indica a perda de adaptação, levando à impossibilidade de prosseguimento da vida.

Essa mesma inter-relação entre os fenômenos biológicos é trabalhada e clarificada por outro pensador sistêmico, Fritjof Capra, que se utilizou da expressão “teia da vida” a partir da percepção de contínuas interações entre os sistemas vivos. A “teia da vida”, conforme descrita por Fritjof Capra (2006, p. 35), ilustra a complexidade e a interconexão de todos os sistemas vivos. Originalmente baseada na ideia de que comunidades ecológicas são formadas por organismos interligados principalmente por meio de relações alimentares, essa concepção evoluiu para o entendimento de que os sistemas vivos, em todos os níveis, são redes interagindo entre si. Capra (2006, p. 35) detalha que um ecossistema pode ser visualizado como uma rede composta por diversos nodos, em que cada nodo representa um organismo. Este, por sua vez, ao ser examinado mais detalhadamente, revela-se também como uma rede. O conceito se expande ainda mais, pois, dentro de cada organismo, cada órgão também é uma rede, e assim sucessivamente, em diferentes escalas.

Para Capra, o entendimento humano tende a agrupar essas redes de forma hierárquica ou separada, o que não existe na natureza. Essa crença fragmentadora do meio natural (a teia da vida) com os seres tem contribuído para um distanciamento da natureza e um afastamento nas relações humanas, resultando em uma diminuição da experiência humana (Capra, 2006, p. 217). Portanto, segundo o autor, para resgatar a humanidade no sentido pleno, é essencial a reconexão com a teia da vida. Essa reconexão, segundo Capra (2006, p. 218), implica a construção, a manutenção e a educação de comunidades sustentáveis, as quais devem ser estruturadas de forma que permitam às pessoas atenderem suas aspirações e necessidades, sem comprometer as oportunidades das futuras gerações. Uma primeira dimensão dessa sustentabilidade deve levar em consideração a dependência mútua dos processos biológicos dos membros das comunidades.

Nessa perspectiva, o pesquisador observa que os processos ecológicos têm padrão cíclico de funcionamento na natureza, permitindo a reciclagem contínua de resíduos, ou seja, o que é gerado como resíduo por um organismo serve de alimento para outro (guardadas as devidas proporções,

é o mesmo que enuncia a lei de Lavoisier: nada se cria, nada se perde, tudo se transforma). Essa compreensão traz implicações significativas para as comunidades humanas, especialmente no contraste entre a natureza cíclica da natureza e a insustentabilidade dos sistemas industriais humanos derivados do modo de produção linear e predominante em vigor. As práticas comerciais e econômicas humanas, caracterizadas pelo extrativismo de recursos, transformação em produtos e geração de resíduos, divergem substancialmente do modelo cíclico natural. Por isso, para alcançar a sustentabilidade, Capra (2006, p. 219) aponta ser necessário que os padrões de produção e consumo humanos devem mimetizar o padrão cíclico da natureza, o que demanda um replanejamento profundo das atividades econômicas e comerciais.

Uma vez visualizada a insuficiência do atual paradigma científico e econômico para dar conta da resolução, ou mesmo da mitigação, dos prejuízos ambientais, é necessário um novo caminho que integre a questão ecológica nos âmbitos ético, social e econômico. Trata-se de uma metamorfose imperativa que está em andamento e que pode ser entendida, hoje, da seguinte forma:

[...] é cada vez menos legítimo que as retribuições financeiras e de prestígio das atividades humanas socialmente reconhecidas sejam reguladas apenas por um mercado fundado no lucro. Outros sistemas de valor deveriam ser levados em conta (a “rentabilidade” social, estética, os valores de desejo etc.). Somente o Estado, até o momento, está em posição de arbitrar em campos de valor não decorrente do lucro capitalista (exemplo: a apreciação do campo do patrimônio). Parece necessário insistir sobre o fato de que novos substitutos sociais, tais como fundações reconhecidas como sendo de utilidade social, deveriam poder flexibilizar e ampliar o financiamento do Terceiro Setor — nem privado, nem público — que será constantemente levado a crescer à medida que o trabalho humano der lugar ao trabalho maquínico (GUATTARI, 2001, p. 50).

Essa constatação, que não é imune a críticas, leva a compreender que o Estado, como principal fonte produtora de Direito, ostenta uma posição privilegiada e, por isso mesmo, um dever crucial na integração da questão ambiental e ecológica na sociedade. Sua influência pode ser exercida por meio de várias estratégias e políticas públicas, buscando harmonizar (ou ressignificar) o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente. Mas como o Direito pode, de fato, incorporar essa tarefa de integração e, pois, de proteção?

Como sugere Ost (1995, p. 111), o Direito tradicionalmente emprega definições claras, critérios estáveis e fronteiras definidas para estabelecer o que é permitido ou proibido, atribuir responsabilidades, identificar partes interessadas e delimitar a aplicação de regras no tempo e no espaço. Por outro lado, a ecologia demanda uma abordagem mais abrangente e adaptável, com conceitos que abracem as condições evolutivas do meio ambiente. Enquanto a ecologia opera com noções de ecossistemas e biosfera, considerando os longos ciclos naturais, o Direito tende a responder com critérios fixos e categorias segmentadas, focando no tempo mais curto das projeções humanas. Esse contraste entre a abordagem da ecologia e a resposta do Direito destaca a necessidade de uma maior integração entre os conceitos ecológicos e as estruturas legais para efetivamente abordar as questões ambientais. É assim que o Direito passa a criar regimes normativos não apenas à proteção da natureza entendida em um viés isolacionista e específico, como a proteção dos cursos de água, a proteção em relação ao ruído, à poluição; mas também à proteção de objetos “infinitamente mais abstratos e mais englobantes, como o clima ou a biodiversidade” (Ost, 1995, p. 112).

Nessa senda, percebe-se uma evolução que parte do âmbito local, como a propriedade e a herança individual, até alcançar uma dimensão global, englobando o patrimônio comum de grupos mais

amplos, como nações e a humanidade. Essa transição também envolve a passagem de conceitos mais simples, como espaços específicos, indivíduos ou fatos físicos isolados, para aspectos mais complexos, como ecossistemas, espécies e ciclos naturais. Além disso, observa-se uma mudança de um regime jurídico focado em direitos e obrigações individuais, relacionados à apropriação privada, para um regime que considera interesses mais amplos e difusos, incluindo os interesses coletivos e das futuras gerações, bem como as responsabilidades coletivas (Ost, 1995, p. 355).

A sustentabilidade exige, dessa forma, um pensamento crítico substancial e o desenvolvimento de uma teoria do direito que seja conceitualmente embasada na ecoalfabetização e em práticas ecojurídicas (Capra; Mattei, 2018, p. 254-255). Dentro de um sistema jurídico assim estruturado, cabe aos profissionais do Direito a tarefa de converter o conhecimento ecológico atual em políticas públicas eficazes e interpretações normativas da área. De acordo com a visão de um direito ecológico, a proteção da propriedade não deve ser garantida quando esta serve a objetivos antissociais, como apenas a acumulação de renda oriunda de investimentos públicos. De forma semelhante, as corporações não devem receber permissão para operar a menos que ofereçam benefícios reais às comunidades nas quais estão inseridas. Nesse contexto, as vantagens concedidas às empresas comerciais devem ser restringidas e condicionadas a determinados critérios, tais como a responsabilidade com o meio ambiente e o respeito pelas comunidades locais. Essa abordagem sugere que se estabeleçam limites claros para o alcance, a duração e o tamanho das empresas, integrando essas limitações em seus estatutos, de forma a garantir que esses limites sejam respeitados também por seus administradores, em consonância às comunidades e ao meio ambiente em que estão inseridas. Conforme defendem Capra e Mattei (2018, p. 260-262): “No sistema jurídico ecológico, alguém defenderá a causa das futuras gerações e do planeta como um todo, assim como hoje o procurador-geral defende os interesses do ‘Estado’ ou o advogado empresarial defende a ‘empresa’”. Uma dessas práticas ecojurídicas para reduzir a poluição se dá por meio da regulamentação governamental. Sandel (2016, p. 83) cita como exemplo a primeira geração de leis ambientais dos Estados Unidos da década de 1970: incluíam a exigência de que os fabricantes de automóveis cumprissem padrões rigorosos de emissão de gases, a proibição do descarte de resíduos tóxicos por empresas químicas e fábricas de papel em cursos de água, e a obrigatoriedade de instalação de filtros nas chaminés das fábricas. No caso de empresas que não atendiam a esses padrões, suportavam a aplicação de multas como forma de garantir a aderência às normas ambientais.

Assim, verificada a insustentabilidade do atual paradigma econômico e científico mecanicista, bem como considerando a posição do Estado na produção de normas e assentado o regime de transição hoje vivenciado também no Direito rumo a uma concepção jurídica de mais ampla proteção ambiental, uma das possibilidades de análise de um direito ecológico está em investigar qual a relação dessa necessidade de mudança sustentável com o Direito Tributário, ramo do Direito que tem íntima ligação com a atividade econômica, o que será visto no capítulo seguinte.

2 Incentivos e desincentivos fiscais: a extrafiscalidade como ferramenta para a sustentabilidade ambiental

A Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88) atribui ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado o caráter de direito fundamental transindividual e difuso (3ª geração ou dimensão), bem como impõe ao Estado e à coletividade o dever de sua proteção para as presentes e futuras gerações, como se colhe do texto do seu art. 225. Com a finalidade de garantir a todos

uma existência digna e socialmente justa, o constituinte listou, no art. 170, inciso VI, da CF/88, como princípio geral da atividade econômica a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. Ainda, segundo prevê o art. 174 da Carta Magna, na condição de agente normativo e regulador da economia, o Estado exerce, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo (o que engloba também o desincentivo) e planejamento.

Dentre as muitas maneiras, o Direito Tributário pode atuar como vetor ecojurídico ao alcance da sustentabilidade, e desse equilíbrio está, como visto, a atribuição de incentivos para práticas sustentáveis e desincentivos para práticas prejudiciais ao meio ambiente. O Estado pode oferecer incentivos fiscais e subsídios para empresas e indivíduos que adotem práticas sustentáveis, incluindo o atendimento a padrões ambientais, investimentos em energia renovável, eficiência energética, agricultura orgânica e tecnologias limpas. Além disso, o Estado pode impor tributação e regulamentações mais rigorosas sobre atividades que causam danos significativos ao meio ambiente, como a emissão de poluentes e o desmatamento.

A esse papel da norma tributária, que exorbita a função arrecadatória de recursos, tem-se atribuído o termo “extrafiscal”; a extrafiscalidade residiria, pois, em uma função secundária da norma tributária, que ora carrega um incentivo para que o seu destinatário adote certo comportamento, ora lhe carrega um desincentivo na hipótese de adoção de determinada conduta ou prática de um ato específico. A esse respeito, embora discordando em parte do termo extrafiscal, Schoueri (2005a, p. 40) explica que:

[...] por meio das normas tributárias indutoras, o legislador vincula a determinado comportamento um consequente, que poderá consistir em vantagem (estímulo) ou agravamento de natureza tributária. A norma tributária indutora representa um desdobramento da norma tributária primária, na qual se faz presente a indução (ordem para que o sujeito passivo adote certo comportamento).

O uso do termo indução em referência a essas normas recebeu, recentemente, esclarecimento doutrinário importante: segundo Pimenta (2020, p. 67), a “origem dessa expressão é a doutrina alemã, na qual as normas em epígrafe são denominadas de *Lenkungsnormen*. Traduzindo-se literalmente a expressão, obtém-se a expressão normas direcionadoras, e não normas indutoras”. Seguindo esse mesmo panorama, Lobo Torres (2014, p. 361) afirma que, para que o desenvolvimento econômico seja considerado legítimo, ele deve ser conduzido de forma justa. Para o jurista, isso implica que não é o desenvolvimento econômico que estabelece um sistema jurídico justo, mas sim um ordenamento jurídico equitativo que cria as condições necessárias para um desenvolvimento saudável, sendo que o crescimento econômico não deve ser usado como justificativa para adiar a redistribuição de renda, violar direitos humanos, causar danos ao meio ambiente ou tolerar a corrupção política.

Em linha com essa ótica, Schoueri (2005b, p. 236-237) indica que os poluidores, ao não arcarem com os custos sociais causados pelos danos que infligem à natureza, conseguem ofertar preços mais baixos e lucrativos, inclusive em concorrência desleal com aqueles que assim não o fazem. Já em relação aos produtores e às empresas que adotam critérios elevados de preservação ambiental, essa adoção não necessariamente gera, por si só, um retorno financeiro adicional para quem as promove. No primeiro caso, se não desestimulados, o repasse dos custos danosos para a sociedade pode levar ao aumento da atividade prejudicial. Na segunda hipótese, a falta de recompensa pode desmotivar ações benéficas ao meio ambiente. Surge, assim, a necessidade de intervenção estatal para corrigir

essas distorções. No contexto ambiental, isso é exemplificado pelo princípio do “poluidor-pagador”, onde quem causa danos ao meio ambiente deve arcar com os custos de recuperação ambiental e compensar as perdas sofridas pela sociedade. O Estado também tem um papel quanto à segunda situação, podendo oferecer vantagens econômicas para incentivar práticas empresariais benéficas do ponto de vista ecológico.

O desenvolvimento sustentável exige, pois, que o Estado empregue sua engenharia jurídica com o fito de desestimular condutas danosas ao meio ambiente, mas também para a premiação de condutas benéficas a ele. Como destaca Antunes (2020, p. 45), “Economia e ecologia têm muita coisa em comum, pois têm origem na palavra *oikos*, casa”. Com efeito, uma das ferramentas para empregar a arquitetura jurídica do Estado na promoção de hábitos e práticas comerciais mais saudáveis e sustentáveis está na análise econômica do Direito (AED), que se constitui em arcabouço teórico para a previsibilidade da conduta humana a partir de elementos da economia e da filosofia. Aqui, mostra-se crucial a conjugação teórica da extrafiscalidade da tributação com a AED analisada pelo pesquisador Miguel Angelo Guilen Lopes Filho (2021, p. 238-239), exemplificada na seguinte passagem:

Defende-se que a extrafiscalidade, mais especificamente, o incentivo fiscal, deva recair no sentido de reduzir a carga tributária sobre empresas que estejam realizando a promoção da sustentabilidade, seja na elaboração de produtos sustentáveis, seja na promoção de atividades sustentáveis. [...] A exoneração tributária iria justamente servir como uma política que superaria os obstáculos dos gastos maiores para a implementação de medidas sustentáveis pelas empresas. Serviria como um elemento de estímulo que anularia o desestímulo econômico natural, formado pelo contraste de gastos entre produtos convencionais e produtos sustentáveis.

Não é, contudo, somente na edição de leis atinentes à mitigação da carga tributária que o Direito tributário pode (e deve) contribuir na direção da preservação ambiental e na premiação de práticas sustentáveis. Consoante propõe Freitas (2016, p. 836): “Tudo recomenda, pois, endereçar providências (interpretativas, legislativas, regulatórias e de controle) à adaptação do sistema tributário às pautas da sustentabilidade, mediante uma reorientação axiológica de vulto”. Vê-se, portanto, ser necessária uma reorientação do mais amplo espectro do Direito Tributário para com a pauta sustentável, tanto na sua gênese quanto na sua aplicação.

Dentro desse contexto, procurar-se-á demonstrar, por fim, a existência de outros exemplos na legislação brasileira que materializam práticas ecojurídicas, assim como essa adaptação de alto vulto de que fala Freitas no que concerne às atribuições da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), órgão de estatura constitucional ao qual incumbe a gestão administrativa, a execução e a representação judicial no tocante aos débitos dos contribuintes inscritos em dívida ativa da União.

O primeiro exemplo abordado é o da recente alteração aditiva dos critérios infralegais que regulam a celebração de transações na cobrança da dívida ativa da União por parte da PGFN. Como se sabe, há não muito tempo, finalmente foi introduzida no ordenamento jurídico a possibilidade efetiva da celebração de transação resolutive dos litígios tributários, regulamentando-se a disposição contida no art. 171 do Código Tributário Nacional (CTN), a qual se constituía em um anseio de longa data dos contribuintes brasileiros. Dessa maneira, a transação veio à lume por meio da edição da Medida Provisória (MPV) 899, de 16 de outubro de 2019, posteriormente convertida na Lei 13.988, de 14 de abril de 2020, cuja arquitetura jurídica também abrangeu a possibilidade da transação em relação a créditos tributários não judicializados e aos demais créditos não tributários inscritos pela PGFN ou gestados e inscritos pelas demais Procuradorias no plano federal. A transação federal rapidamente se consolidou como a maior política pública de conformidade fiscal no Brasil, sendo

orientada por dados e evidências, alcançando números expressivos e crescentes em todos os anos desde a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro. De fato, desde o seu início, o volume do passivo fiscal transacionado já chega a R\$515 bilhões (Angelo, 2023). No âmbito da PGFN, a transação pode ser proposta de forma individual pela Procuradoria ou por adesão a critérios previstos em editais públicos, ou ainda por iniciativa do próprio contribuinte. A Lei da Transação atribuiu um plexo considerável de atribuições normativas à PGFN, característica que evidencia a forte adaptabilidade e flexibilidade desse meio de equacionamento dos passivos fiscais dos contribuintes, o que se harmoniza, inclusive, com a formatação dos padrões naturais de que trata Capra. Por sua vez, cumpre observar que, na última alteração da Portaria que regula a transação na PGFN, a 6.757/2022, houve por bem incluir na transação os padrões de boas práticas mais modernos advindos do *Environmental, Social, and Corporate Governance* (ESG), isto é, governança ambiental, social e corporativa. O movimento mais conhecido que incorpora os padrões ESG são os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) para a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU, 2015). Tais padrões implicam a incorporação da avaliação de conformidade de uma corporação para além da maximização dos seus lucros e incluem a verificação da conformação da empresa em referência a aspectos sociais e coletivos, dos quais se sobressaem os ambientais. Assim, a Portaria PGFN 1.241, de 10 de outubro de 2023, adicionou à Portaria aludida dispositivos que impõem maior transparência e exigem a observância e persecução dos ODS na celebração das transações por parte da PGFN, abrindo no ato normativo a “Seção VIII Dos aspectos Ambientais, Sociais e de Governança nas Transações”.

O segundo exemplo que concretiza uma prática ecojurídica ligada à extrafiscalidade do Estado na busca da sustentabilidade ambiental diz respeito à viabilização da extinção do crédito inscrito em dívida ativa da União por meio da dação em pagamento de bens imóveis aos quais se atribui valor histórico, cultural, artístico, turístico ou paisagístico e que estejam localizados em áreas atingidas por desastre natural ou tecnológico cujos proprietários desenvolvam atividades empresariais nas áreas afetadas pelos desastres. A dação em pagamento de bens imóveis para extinção do crédito tributário inscrito em dívida ativa da União também deriva de previsão contida no CTN, qual seja o inciso XI do seu art. 156, tendo sido inicialmente regulamentada pela Lei 13.259, de 16 de março de 2016. A hipótese específica da dação nos casos de desastre natural ou tecnológico sobreveio com a edição da MPV 915, de 27 de dezembro de 2019, convertida na Lei 14.011, de 10 de junho de 2020, a qual adicionou tais hipóteses à Lei de 2016. A nova previsão está adstrita a estado de calamidade pública reconhecido em ato do Poder Executivo federal e não dispensa o interesse público na dação em pagamento dos imóveis atingidos por desastres, uma vez que prevê a não aceitação daqueles de difícil alienação, inservíveis ou em desconformidade à necessidade, utilidade e conveniência públicas. A aceitação, segundo a Lei, depende da PGFN e do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan).

Por último, convém observar que, em decorrência dos últimos eventos climáticos extremos ocorridos no sul do Brasil por conta do enorme volume de chuvas no ano de 2023, a PGFN editou as Portarias 1078, de 11 de setembro de 2023; e 1368, de 3 de novembro de 2023. Essas Portarias, à semelhança de outras adotadas quando da pandemia causada pela covid-19, dispuseram, em suma, sobre medidas relacionadas aos atos de cobrança da dívida ativa da União, incluindo suspensão, prorrogação e diferimento de pagamentos pelos contribuintes, em decorrência do estado de calamidade pública nos Municípios afligidos pelos eventos climáticos do Estado do Rio Grande do Sul, do Estado do Paraná e do Estado de Santa Catarina. Esta é mais uma prática ecojurídica que consubstancia, portanto, um alinhamento do Estado e da instituição ao viés ecológico e sustentável.

Conclusão

Este artigo buscou examinar a integração da questão ambiental no Direito, com foco nos desafios e nas possibilidades que emergem dessa relação. A pesquisa foi motivada pela necessidade de compreender e enfrentar os desafios ambientais que se agravam a cada ano e que têm impactado diretamente a vida das pessoas, especialmente em regiões mais vulneráveis, bem como pela relevância acadêmica do tema, uma vez que a integração da questão ambiental no Direito é um campo de estudo ainda em desenvolvimento, que demanda pesquisas e reflexões aprofundadas.

A problemática central que o trabalho buscou responder foi: como o Direito pode integrar a questão ambiental de forma efetiva, considerando os desafios e as possibilidades que essa integração apresenta? A hipótese que se propôs foi que o Direito, por meio de sua capacidade normativa e regulatória, pode contribuir significativamente para a integração da questão ambiental, seja por meio da promoção de práticas sustentáveis, seja por meio do desestímulo de práticas danosas ao meio ambiente.

As deduções lógicas correspondentes aos propósitos previamente estabelecidos do trabalho indicam que a integração da questão ambiental no Direito é de suma importância, tanto do ponto de vista social quanto acadêmico. O Direito, como instrumento normativo e regulatório, tem um papel crucial na promoção de práticas sustentáveis e no desincentivo de práticas prejudiciais ao meio ambiente. No entanto, a pesquisa também revelou que existem desafios significativos para essa integração, incluindo a necessidade de uma abordagem mais abrangente e adaptável, a superação do paradigma científico e econômico mecanicista e a necessidade de uma maior integração entre os conceitos ecológicos e as estruturas legais.

O alcance e o significado das contribuições deste trabalho se refletem na ampliação do debate acadêmico sobre a integração da questão ecológica no Direito, bem como na contribuição para a elaboração de políticas públicas e práticas jurídicas que promovam a sustentabilidade ambiental. O trabalho também contribuiu para a compreensão do papel do Direito na promoção de práticas sustentáveis e no desestímulo de práticas lesivas do ponto de vista ecológico, bem como para a identificação dos desafios e possibilidades que essa integração apresenta.

Apesar das contribuições significativas, o trabalho também aponta para a necessidade de novos estudos e pesquisas. Entre as questões dignas de novos estudos, destacam-se a necessidade de uma maior compreensão do papel do Direito na promoção da sustentabilidade ambiental, a análise de outras práticas jurídicas aqui não trabalhadas que promovem a sustentabilidade ambiental e a avaliação dos desafios e possibilidades que a integração da questão ambiental no Direito apresenta. Além disso, sugere-se a realização de estudos que analisem a efetividade das políticas públicas e práticas jurídicas voltadas para a promoção da sustentabilidade ambiental. O trabalho sugere que futuras pesquisas possam explorar outras áreas do Direito, além do Direito Ambiental e Tributário, que possam contribuir para a integração da questão ambiental. Além disso, sugere-se a realização de estudos comparativos que possam identificar as melhores práticas e abordagens jurídicas para a promoção da sustentabilidade ambiental em diferentes contextos e jurisdições.

Em conclusão, esse artigo ressalta a importância da integração da questão ambiental no Direito, destacando os desafios e possibilidades que essa integração apresenta. A pesquisa contribuiu para a compreensão do papel do Direito na promoção de práticas sustentáveis e no desestímulo de práticas danosas ao meio ambiente, bem como para a identificação dos desafios e possibilidades que a integração da questão ambiental no Direito apresenta. A pesquisa também aponta para a necessidade de novos estudos e pesquisas na área, a fim de aprofundar o entendimento sobre o tema e contribuir para a elaboração de políticas públicas e práticas jurídicas que promovam a sustentabilidade ambiental.

Referências

ANGELO, Tiago. “Portaria do CNJ trata execução com seriedade”, dizem procuradores da PGFN. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 19 nov. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-19/portaria-do-cnj-permite-tratar-execucao-com-seriedade-dizem-procuradores-da-pgfn/>. Acesso em: 19 nov. 2023.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l15172compilado.htm. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. **Lei 13.259, de 16 de março de 2016**. Altera as Leis 8.981, de 20 de janeiro de 1995, para dispor acerca da incidência de imposto sobre a renda na hipótese de ganho de capital em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza, e 12.973, de 13 de maio de 2014, para possibilitar opção de tributação de empresas coligadas no exterior na forma de empresas controladas; e regulamenta o inciso XI do art. 156 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13259.htm. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. **Lei 13.988, de 14 de abril de 2020**. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. **Lei 14.011, de 10 de junho de 2020**. Aprimora os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União; altera as Leis 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 9.636, de 15 de maio de 1998, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 13.259, de 16 de março de 2016, e 10.204, de 22 de fevereiro de 2001, e o Decreto-Lei 2.398, de 21 de dezembro de 1987; revoga dispositivos das Leis 9.702, de 17 de novembro de 1998, 11.481, de 31 de maio de 2007, e 13.874, de 20 de setembro de 2019; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14011.htm. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória 899, de 16 de outubro de 2019**. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv899.htm. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória 915, de 27 de dezembro de 2019**. Aprimora os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/mpv/mpv915.htm. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Portaria PGFN 6757, de 29 de julho de 2022**. Regulamenta a transação na cobrança de créditos da União e do FGTS. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=125274>. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Portaria PGFN 1.078, de 11 de setembro de 2023**. Dispõe sobre medidas relacionadas aos atos de cobrança da dívida ativa da União, incluindo suspensão, prorrogação e diferimento, em decorrência do estado de calamidade pública nos Municípios de Arroio do Meio; Bento Gonçalves; Bom Jesus; Bom Retiro do Sul; Colinas; Cruzeiro do Sul; Dois Lajeados; Encantado; Estrela; Farroupilha; Guaporé; Lajeado; Muçum; Paraí; Roca Sales; Santa Tereza; São Valentim do Sul; Serafina Corrêa; Taquari; e Venâncio Aires, todos do Rio Grande do Sul, declarado pelo Decreto 57.177, de 6 de setembro de 2023, do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=133458&visao=anotado>. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Portaria PGFN 1.241, de 10 de outubro de 2023**. Altera a Portaria PGFN 6.757, de 29 de julho de 2022, que regulamenta a transação na cobrança de créditos da União e do FGTS. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=134006>. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Portaria PGFN 1.368, de 3 de novembro de 2023**. Dispõe sobre medidas relacionadas aos atos de cobrança da dívida ativa da União, incluindo suspensão, prorrogação e diferimento, em decorrência do estado de calamidade pública em Municípios do Estado do Paraná e do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=134564>. Acesso em: 19 nov. 2023.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução: Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 2006.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica**: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

CERVI, Jacson Roberto; CERVI, Taciana Marconatto Damo. O paradigma ecológico e a contribuição do direito para a superação da dicotomia meio ambiente e desenvolvimento. In: GIMENEZ, Charlise Paula Colet; LYRA, J. F. D. C. (org.). **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resoluções de conflito**: tomo 7. Campinas: Millennium Editora, 2016.

FREITAS, Juarez. O tributo e o desenvolvimento sustentável. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 21, n. 3, p. 825-845, set-dez 2016.

GUILLEN FILHO, Miguel Angelo. A análise econômica do direito e a ampliação da extrafiscalidade ambiental. In: CALIENDO, Paulo; LIETZ, Bruna (coord.). **Direito Tributário e Novas Tecnologias**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.

GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Tradução: Maria Cristina F. Bittencourt. II. ed. Campinas: Papyrus, 2001.

LOBO TORRES, Ricardo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário - Valores e princípios constitucionais tributários**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **De máquinas e seres vivos**: autopoiese - a organização do vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas do entendimento humano. Campinas: Ed. Psy II, 1995.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5. ed. Tradução: Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável para a Agenda 2030 da ONU**. New York: 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 19 nov. 2023.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Tradução: Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Direito tributário ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Tradução: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005a.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras em matéria ambiental. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005b.

Parecer 841/2023-BCB/PGBC

Créditos tributários de diferença temporária de que trata a Medida Provisória 1.176, de 5 de junho de 2023 (Programa Emergencial de Renegociação de Dívidas de Pessoas Físicas Inadimplentes – Desenrola Brasil).

Maria Beatriz de Oliveira Fonseca
Procuradora do Banco Central

José de Lima Couto Neto
Procurador-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 841/2023-BCB/PGBC
PE 246333

Brasília (DF), 23 de agosto de 2023.

Ementa: Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro. Consulta do Departamento de Regulação Prudencial e Cambial (Dereg) sobre a Medida Provisória (MP) nº 1.176, de 5 de junho de 2023 (Programa Emergencial de Renegociação de Dívidas de Pessoas Físicas Inadimplentes - Desenrola Brasil), no que tange à Faixa 2 do Programa e, mais especificamente, aos créditos tributários de diferença temporária (CTDTs) de que trata o art. 13 da citada MP. Origem dos CTDTs na diferença entre o lucro contábil e o lucro tributável. Dependência, em regra, de lucratividade futura para aproveitamento. MP que permite a apuração de crédito presumido com base em CTDTs em caso de prejuízo, em volume equivalente aos créditos concedidos no Desenrola Brasil – Faixa 2. Tratamento prudencial dos créditos. Interpretação dos arts. 82 e 83 da Resolução BCB nº 229, de 12 de maio de 2022. Possibilidade de atribuição de Fator de Ponderação de Risco (FPR) de 100% aos CTDTs que possam gerar créditos presumidos. Desnecessidade de se aguardar o início do período de apuração. Entendimento, para fins de análise do tratamento prudencial, pela viabilidade de apuração de crédito presumido em caso de falência ou liquidação extrajudicial decretada após a entrada em vigor da MP, ressalvada a interpretação definitiva da Receita Federal do Brasil e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso.

Senhor Procurador-Chefe,

ASSUNTO

Cuida-se de consulta formulada a partir de *e-mail* enviado pelo Departamento de Regulação Prudencial e Cambial (Dereg) (doc. 1)¹ a respeito das repercussões de natureza prudencial da Medida Provisória (MP) nº 1.176, de 5 de junho de 2023, que instituiu o Programa Emergencial de Renegociação de Dívidas de Pessoas Físicas Inadimplentes – Desenrola Brasil.

2. As dúvidas jurídicas deduzidas pelo Dereg relacionam-se ao alcance temporal do art. 13 da citada MP, que trata da Faixa 2 do Programa e permite a apuração de créditos presumidos pelas instituições financeiras que dele participem. O Dereg explicou a questão da seguinte forma:

“Conforme conversamos, gostaria de solicitar a interpretação da PGBCB quanto à MP 1.176 que versa sobre o Programa Desenrola Brasil – Faixa 2 e o possível tratamento prudencial aplicável.

Para fins prudenciais os créditos tributários de diferença temporária (CTDTs) que não dependem de lucratividade futura para seu aproveitamento durante o funcionamento da instituição devem receber fator de ponderação de risco (FPR) de 100% (art. 82 Res BCB 229) enquanto os que dependem de lucratividade receberão FPR de 250% (art. 83 Res BCB 229) no cálculo dos ativos ponderados pelo risco ou serão deduzidos do capital regulatório (art. 8 Res CMN 4.955).

¹ Enviado em 12 de julho de 2023 pelo Chefe Adjunto de Unidade João Luis Resende.

Caso as instituições financeiras concedam crédito no âmbito do Programa Desenrola – Faixa 2, será possível a apuração de créditos presumidos a partir do montante de CTDTs, limitado ao saldo contábil das operações de crédito concedidas.

No caso do Faixa 2, o artigo 13, §3º, menciona que a apuração de crédito presumido a partir de créditos tributários de diferença temporária (CTDT) poderá ser realizada a partir do ano-calendário 2024 até o ano-calendário 2028.

- como pré-requisitos para a apuração figuram a existência de CTDTs e de prejuízo fiscal no ano calendário anterior.

- de acordo com o §6º, o montante de CTDTs passíveis de conversão em crédito presumido está limitado ao menor valor entre o saldo dos CTDTs no ano-calendário anterior e o prejuízo fiscal no ano-calendário anterior.

- no caso de falência ou liquidação extrajudicial, conforme o §7º, o total dos CTDTs, limitado ao saldo contábil das operações concedidas no programa Desenrola Brasil, poderá ser convertido em crédito presumido.

À luz do artigo 13, no ano de 2023, a instituição que concedeu crédito no âmbito do Desenrola pode possuir CTDTs que não dependerão de lucratividade futura na janela de 2023 a 2028 para que sejam convertidos em créditos presumidos no período entre o ano-calendário 2024 e o ano-calendário 2028.

O fato dos CTDTs não dependerem de lucratividade futura para sua conversão em uma janela de tempo específica faz com que o tratamento prudencial que envolve FPR de 100% deva ser aplicado somente durante o período em que a apuração de crédito presumido é possível?

Dado que a apuração de crédito presumido em 2024 não depende de lucratividade em 2023, poderíamos dizer que em 2023 que os CTDTs seriam passíveis de receberem o FPR de 100%? Ou pelo contrário, antes de 2024 e após 2028 não seria possível a apuração de crédito presumido e portanto não se verificaria a independência de lucros para seu aproveitamento durante o funcionamento da instituição?

Na hipótese de uma instituição possuir CTDTs em 2023, conceder operações elegíveis ao Desenrola – Faixa 2 e vier a falir ou sofrer liquidação extrajudicial em 2023, os CTDTs poderiam dar origem a créditos presumidos em 2024?" (Destaques do original.)

3. Além disso, e-mail enviado anteriormente pelo Dereg (doc. 2)² havia questionado a respeito da interpretação do art. 13, § 7º, da mencionada MP:

“Estamos debatendo a interpretação do art. 13, §7º da MP 1176 e o corte temporal da aplicabilidade do art. 82 da Resolução BCB nº 229, de 2022, e nos veio uma questão jurídica com a qual talvez você possa nos ajudar.

§ 7º Na hipótese de falência ou de liquidação extrajudicial do agente financeiro, aplica-se o disposto no art. 4º da Lei nº 14.257, de 2021.

Como visto acima, o referido artigo remete ao art. 4º da Lei nº 14.257, de 2021, que trata de outro conjunto de créditos tributários que seriam convertidos em crédito presumido.

Art. 4º Na hipótese de falência ou de liquidação extrajudicial das instituições de que trata o art. 2º, o valor do crédito presumido corresponderá ao saldo total dos créditos decorrentes de diferenças temporárias existente na data da decretação da falência ou da liquidação extrajudicial, observado o disposto no art. 2º desta Lei.

² Enviado em 6 de julho de 2023 pelo Chefe de Subunidade Caio Rangel Praes.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se somente às pessoas jurídicas cuja liquidação extrajudicial ou falência tenha sido decretada após a data da entrada em vigor desta Lei.

Interpretando essa remissão, ficamos na dúvida se implicitamente é esperado que leitura do art. 4º da Lei nº 14.257, de 2021, a partir do artigo 13, §7º da MP 1176, implique substituir as referências temporais (do parágrafo único) e também a observação ao disposto no art. 2º da Lei nº 14.257, de 2021, ao seu equivalente na MP nº 1176, que seria o caput do art. 13 a princípio.” (Destaques do original.)

4. Registro que o assunto desta consulta foi objeto de reuniões com o Dereg realizadas em 7 e 11 de julho de 2023³. O Procurador-Chefe da Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR) autuou então os e-mails encaminhados pelo Dereg no presente Processo Eletrônico (PE) e o encaminhou para manifestação (doc. 3).

APRECIÇÃO

I. Créditos tributários de diferenças temporárias e crédito presumido

5. Para responder às dúvidas postas nos autos, é preciso primeiro entender o que seriam os créditos tributários de diferenças temporárias (CTDTs) que dão ensejo à apuração do crédito presumido permitida pela MP nº 1.176, de 2023.

6. Esses créditos têm origem nas diferenças existentes entre o *lucro contábil*, apurado segundo as normas de contabilidade, e o *lucro tributável*, apurado conforme a legislação tributária, que é a base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)⁴. Por conta dessas diferenças, há despesas ou receitas que são consideradas no cálculo do lucro contábil, mas são desconsideradas na apuração do lucro tributável – ou consideradas no lucro tributável em momento distinto.

7. As diferenças podem ser, portanto, permanentes ou *temporárias*. Neste último caso, algumas despesas ou receitas são consideradas na apuração do lucro contábil no exercício corrente, mas só podem ser consideradas no cálculo do lucro tributável em exercícios futuros⁵. Quando a diferença temporária representa um tributo pago a menos inicialmente, gera-se um *passivo fiscal diferido*; quando implica um tributo pago a mais inicialmente, que poderá ser deduzido no futuro, cria-se o

³ Com participação desta parecerista e do Procurador-Chefe José de Lima Couto Neto.

⁴ “Tributo diferido é consequência de diferença quantitativa e qualitativa entre o lucro contábil e lucro tributável, provocada por diferenças conceituais entre as normas de contabilidade e as normas tributárias de apuração e cálculo do tributo. Essa diferença conceitual dá origem às diferenças entre os dois campos normativos tendo como consequência o ativo fiscal diferido e o passivo fiscal diferido que produzem estimativas de tributo a pagar e a receber no futuro.” FRANÇA, José Antônio de; SOUZA, Gustavo Heitor Esteves de; SANDOVAL, Wilfredo Sosa. O Impacto do Crédito Tributário Diferido no Patrimônio Líquido dos Bancos no Brasil: Um Estudo da Causalidade das Variações do Ativo Fiscal Diferido nas Variações do Patrimônio Líquido. Disponível em: << <https://congressosp.fipecafi.org/anais/artigos152015/162.pdf> >>, acesso em 24/7/2023.

⁵ Conforme o Pronunciamento Técnico do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) 32:

“5. (...)

Diferença temporária é a diferença entre o valor contábil de ativo ou passivo no balanço e sua base fiscal. As diferenças temporárias podem ser tanto:

(a) diferença temporária tributável, a qual é a diferença temporária que resulta em valores tributáveis para determinar o lucro tributável (prejuízo fiscal) de períodos futuros quando o valor contábil de ativo ou passivo é recuperado ou liquidado; ou

(b) diferença temporária dedutível, a qual é a diferença temporária que resulta em valores que são dedutíveis para determinar o lucro tributável (prejuízo fiscal) de futuros períodos quando o valor contábil do ativo ou passivo é recuperado ou liquidado.

Base fiscal de ativo ou passivo é o valor atribuído àquele ativo ou passivo para fins fiscais.

CTDT, que é um *ativo fiscal diferido*. Vejamos este exemplo constante do Pronunciamento CPC 32 para melhor compreensão da matéria:

“26. O que segue são exemplos de diferenças temporárias dedutíveis que resultam em ativos fiscais diferidos:

(a) despesas com benefícios de aposentadoria podem ser deduzidas para determinar o lucro contábil na medida em que o serviço é prestado pelo empregado, mas deduzidas para determinar lucro tributável somente quando as contribuições são pagas para um fundo constituído pela entidade ou os benefícios de aposentadoria são pagos pela entidade. **Existe uma diferença temporária entre o valor contábil do passivo e a sua base fiscal; em geral, a base fiscal do passivo é zero. Tal diferença temporária dedutível resulta em um ativo fiscal diferido, já que benefícios econômicos irão fluir para a entidade na forma de dedução dos lucros tributáveis quando as contribuições ou os benefícios de aposentadoria forem pagos; (...).**” (Destaque nosso.)

8. Ocorre que, de modo geral, o ativo fiscal diferido somente pode ser reconhecido *se for provável a existência de lucro tributável futuro contra o qual a diferença temporária dedutível possa ser utilizada*. Assim, o reconhecimento do ativo fiscal diferido depende da expectativa de lucro no período em que aquela receita ou despesa for dedutível para fins fiscais. No exemplo citado acima, é necessário que haja expectativa de que a pessoa jurídica terá lucro no exercício do pagamento das contribuições ou benefícios de aposentadoria.

9. No entanto, há situações em que o aproveitamento das diferenças temporárias independe de lucratividade futura. Nessas hipóteses, previstas legalmente, a pessoa jurídica terá direito a um crédito contra a Fazenda Pública ainda que venha a ter prejuízo. Cria-se, nesse caso, um *crédito presumido*, que pode ser objeto de ressarcimento. Trata-se de uma forma de benefício fiscal – ou renúncia de receita, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000)⁶.

10. Essa é a hipótese prevista na MP nº 1.176, de 2023. Ao instituir o Programa Desenrola Brasil, a MP o dividiu em duas faixas. Pela Faixa 1, os agentes financeiros – instituições financeiras – poderão financiar a quitação de dívidas dos devedores inscritos, em operação de crédito garantida pelo Fundo de Garantia de Operações (FGO). Já pela Faixa 2, objeto da presente consulta, os agentes financeiros poderão renegociar dívidas de pessoas físicas e, em contrapartida, apurar crédito presumido com base no saldo de CTDTs, na forma do art. 13 da MP:

“Art. 13. Para a renegociação de dívidas de pessoas físicas no âmbito do Desenrola Brasil - Faixa 2, os agentes financeiros habilitados poderão apurar crédito presumido na forma prevista nos art. 3º e art. 4º da Lei nº 14.257, de 1º de dezembro de 2021, em montante total limitado ao menor valor entre:

I - o saldo contábil bruto das operações de crédito concedidas no âmbito do Desenrola Brasil - Faixa 2; e

II - o saldo contábil dos créditos decorrentes de diferenças temporárias.

⁶ “Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:
(...)”

§ 1º A **renúncia compreende** anistia, remissão, subsídio, **crédito presumido**, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.” (Destques nossos.)

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica aos créditos decorrentes de diferenças temporárias referentes a provisões para créditos de liquidação duvidosa e de provisões passivas relacionadas a ações fiscais e previdenciárias.

§ 2º Para fins do disposto neste artigo:

I - caracterizam-se como diferenças temporárias as despesas ou as perdas apropriadas contabilmente ainda não dedutíveis na apuração do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL cujo aproveitamento futuro seja autorizado pela legislação tributária; e

II - os créditos decorrentes das diferenças temporárias serão apurados por meio da aplicação das alíquotas do IRPJ e da CSLL sobre as diferenças entre as despesas ou as perdas decorrentes das atividades das instituições a que se refere o caput, reconhecidas de acordo com a legislação contábil societária, e as despesas ou as perdas autorizadas como dedução para determinação da base de cálculo desses tributos, conforme a legislação vigente.

§ 3º A apuração do crédito presumido de que trata o caput poderá ser realizada a partir do ano-calendário de 2024 até o ano-calendário de 2028, pelos agentes financeiros que apresentarem, de forma cumulativa:

I - créditos decorrentes de diferenças temporárias oriundos de registros existentes no ano-calendário anterior; e

II - prejuízo fiscal apurado no ano-calendário anterior.

§ 4º O valor do crédito presumido de que trata o caput será apurado com base na fórmula constante do Anexo I à Lei nº 14.257, de 2021.

§ 5º O crédito decorrente de diferença temporária que originou o crédito presumido apurado na forma prevista no § 4º não poderá ser aproveitado em outros períodos de apuração.

§ 6º O crédito presumido de que trata o caput fica limitado ao menor dos seguintes valores:

I - o saldo dos créditos decorrentes de diferenças temporárias existentes no ano-calendário anterior; ou

II - o valor do prejuízo fiscal apurado no ano-calendário anterior.

§ 7º Na hipótese de falência ou de liquidação extrajudicial do agente financeiro, aplica-se o disposto no art. 4º da Lei nº 14.257, de 2021.

§ 8º As instituições a que se refere o caput que tenham participado do Programa de Capital de Giro para Preservação de Empresas - CGPE e do Programa de Estímulo ao Crédito - PEC deduzirão o valor calculado na forma prevista no art. 3º da Medida Provisória nº 992, de 16 de julho de 2020, e no art. 3º da Lei nº 14.257, de 2021, respectivamente para cada Programa, do valor estabelecido no inciso II do caput.

§ 9º O crédito presumido de que trata este artigo poderá ser objeto de pedido de ressarcimento.

§ 10. O ressarcimento em espécie será precedido da dedução de ofício de valores de natureza tributária ou não tributária devidos à Fazenda Nacional pelos agentes financeiros habilitados.

§ 11. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não se aplica ao crédito presumido de que trata este artigo.” (Destques nossos.)

II. Daí se depreende que as instituições financeiras poderão apurar crédito presumido nos anos-calendários de 2024 a 2028 com base no saldo de diferenças temporárias existentes no ano-calendário

anterior, em valor limitado ao saldo das operações de crédito concedidas no âmbito do Desenrola Brasil – Faixa 2 e ao valor do prejuízo fiscal do ano anterior.

II. Tratamento prudencial

12. Consideradas essas premissas, adentremos a questão do tratamento prudencial desses créditos, que é o foco da consulta.

13. A Resolução CMN nº 4.955, de 21 de outubro de 2021, dispõe sobre a metodologia para apuração do Patrimônio de Referência (PR) das instituições financeiras. O seu art. 4º estabelece o método de apuração do Capital Principal (CP), do qual são deduzidos ajustes prudenciais fixados no art. 5º. Entre esses ajustes, estão os “créditos tributários decorrentes de diferenças temporárias que dependam de geração de lucros ou receitas tributáveis futuras para sua realização” (art. 5º, inciso VI), que devem ser deduzidos do PR (CP), a não ser que se limitem aos parâmetros estabelecidos no art. 8º, § 8º, da mesma norma:

“Art. 8º Devem ser deduzidos do Capital Principal, do Capital Complementar ou do Nível II: (...)

III - os elementos patrimoniais mencionados no art. 5º, inciso VI; (...)

§ 7º Os seguintes itens devem ser deduzidos do Capital Principal, observado o disposto no § 8º:

I - o elemento patrimonial mencionado no art. 5º, inciso VI; (...)

§ 8º Estão dispensados de dedução do Capital Principal os itens listados no § 7º que representem:

I - até 10% (dez por cento) do valor apurado no art. 4º, desconsiderando a dedução prevista no § 7º e a dedução dos valores decorrentes do tratamento especificado neste parágrafo, observado que:

a) para o valor referente ao § 7º, inciso I, o limite indicado é individualizado; e

b) para os valores referentes ao § 7º, incisos II e III, o limite indicado é aplicado ao agregado dos dois incisos;

II - de forma agregada, até 15% (quinze por cento) do Capital Principal, considerando a dedução dos valores referentes a todos os elementos patrimoniais mencionados no art. 5º e nos §§ 6º e 7º, bem como o tratamento especificado neste parágrafo.”

14. Já a Resolução BCB nº 229, de 12 de maio de 2022, estabelece os procedimentos para o cálculo da parcela dos ativos ponderados pelo risco (RWA) referente às exposições ao risco de crédito sujeitas ao cálculo do requerimento de capital mediante abordagem padronizada (RWA_{CPAD}), conforme determina a Resolução CMN nº 4.958, de 21 de outubro de 2021. Para calcular essa parcela, os valores das exposições ao risco de crédito são multiplicados pelo Fator de Ponderação de Risco (FPR).

15. O art. 4º, § 1º, da Resolução BCB nº 229, de 2022, desconsidera no cálculo do RWA_{CPAD} os elementos patrimoniais já deduzidos da apuração do PR, caso dos CTDTs que dependem de lucratividade futura e excedam os limites do art. 8º, § 8º, da Resolução CMN nº 4.955, de 2022. Aqueles que não forem deduzidos do PR – os CTDTs abaixo do mencionado limite, portanto – são

considerados como exposição sujeita a risco de crédito e recebem FPR de 250%, nos termos do art. 83 da referida norma:

Art. 83. Deve ser aplicado FPR de 250% (duzentos e cinquenta por cento) às exposições relativas aos créditos tributários decorrentes de diferenças temporárias que dependem de geração de lucros ou receitas tributárias futuras para sua realização, não deduzidos no cálculo do PR, mencionados no art. 8º, § 8º, da Resolução CMN nº 4.955, de 2021, ou no art. 7º, § 7º, da Resolução BCB 199, de 2022.

16. Por outro lado, o art. 82 estabelece o FPR de 100% para as seguintes exposições:

Art. 82. Deve ser aplicado FPR de 100% (cem por cento) às exposições a créditos tributários de diferenças temporárias que não dependem de lucratividade futura para seu aproveitamento durante o funcionamento da instituição.

17. Como vimos, os ativos fiscais diferidos decorrentes de diferenças temporárias deduzíveis dependem, em regra, de lucratividade futura para seu aproveitamento, de modo que devem ser deduzidos do PR ou, se não o forem, devem ser tidos como exposições com FPR de 250% para cálculo do RWA_{CPAD} .

18. No entanto, os créditos de diferenças temporárias abarcados pelo Programa Desenrola Brasil não dependem de lucratividade futura para aproveitamento, pois geram crédito presumido na hipótese de prejuízo da pessoa jurídica – ou mesmo que ela seja objeto de liquidação extrajudicial ou falência, conforme art. 13, § 7º, da MP nº 1.176, de 2023, combinado com o art. 4º da Lei nº 14.257, de 1º de dezembro de 2021⁷. Sujeitam-se, assim, à regra do art. 82 da Resolução BCB nº 229, de 2022, que lhes atribui FPR de 100%.

19. A questão deduzida pelo Dereg diz respeito ao marco temporal desse FPR reduzido. A área técnica, nas reuniões prévias sobre o assunto, levantou a hipótese de que, como o crédito presumido só pode ser apurado a partir de 2024 (art. 13, § 3º, da MP), os CTDTs ainda não poderiam receber FPR de 100% em 2023.

20. Embora considere razoável essa interpretação, penso que o FPR de 100% não diz respeito à efetiva apuração do crédito presumido, mas sim à viabilidade de recuperação do crédito de diferença temporária independentemente de lucro futuro. Na verdade, no momento da efetiva apuração do crédito presumido, os CTDTs são convertidos em créditos contra a Fazenda Pública, que, segundo a regulamentação prudencial, recebem FPR de 0%, não 100%. É o que diz o art. 23 da Resolução BCB nº 229, de 2022:

“Art. 23. Deve ser aplicado FPR de 0% (zero por cento) às exposições:

I - à União e ao Banco Central do Brasil;

II - aos valores mantidos em espécie, em reais; e

⁷ Ver item III, infra.

III - aos créditos presumidos, de que tratam as Leis nº 12.838, de 9 de julho de 2013⁸, e nº 14.257, de 1º de dezembro de 2021⁹, ou a Medida Provisória nº 992, de 16 de julho de 2020.¹⁰ (Destaque nosso.)

21. Embora o crédito presumido de que trata a MP nº 1.176, de 2023, não esteja previsto expressamente no citado inciso III – já que a MP é posterior à norma do BCB – ele deverá ter o mesmo tratamento, tendo em vista que o art. 13 da MP faz referência à apuração de crédito presumido “na forma prevista nos art. 3º e art. 4º da Lei nº 14.257, de 1º de dezembro de 2021”. Cuida-se, ademais, de crédito contra a União, abrangido pelo art. 23, inciso I.

22. Daí se depreende que a hipótese de que trata o art. 82 da Resolução BCB nº 229, de 2021, não diz respeito ao efetivo crédito presumido, mas ao crédito existente em momento anterior à sua conversão. Uma vez criado o crédito presumido, aplica-se o art. 23, inciso III, da mesma norma.

23. Essa ideia pode ser mais bem compreendida nos termos da Circular nº 3.644, de 4 de março de 2013, que disciplinava a matéria antes da Resolução BCB nº 229, de 2022. As Resoluções BCB nº 12, de 25 de agosto de 2020, e nº 121, de 29 de julho de 2021, alteraram o art. 25 dessa Circular para atribuir FPR de 100% aos créditos tributários de diferenças temporárias que *poderiam gerar créditos presumidos* em programas semelhantes ao Desenrola Brasil (CGPE e PEC):

“Art. 25. Deve ser aplicado FPR de 100% (cem por cento):

(...)

III - aos créditos tributários decorrentes de diferenças temporárias que podem gerar crédito presumido:

a) no âmbito do Programa de Capital de Giro para Preservação de Empresas (CGPE), objeto da Medida Provisória nº 992, de 16 de julho de 2020; e

b) no âmbito do Programa de Estímulo ao Crédito (PEC), objeto da Medida Provisória nº 1.057, de 6 de julho de 2021; e

IV - aos créditos tributários decorrentes de diferenças temporárias que podem gerar crédito presumido conforme as disposições da Lei nº 12.838, de 9 de julho de 2013.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no inciso III do caput, o valor considerado deve ser igual ou inferior:

I - ao valor desembolsado em operações de crédito concedidas no âmbito do CGPE, de que trata a Medida Provisória nº 992, de 2020, para as instituições que não aderiram ao PEC; ou

II - ao saldo contábil bruto das operações de crédito concedidas no âmbito do PEC, de que trata a Medida Provisória nº 1.057, de 2021, e do CGPE, para as instituições que aderiram ao PEC.” (Destakes nossos.)

8 Lei que possibilitou a criação de crédito presumido com base em diferenças temporárias decorrentes de créditos de liquidação duvidosa, em atendimento a recomendações de Basileia III.

9 Lei que possibilitou a apuração de crédito presumido com base em diferenças temporárias como parte do Programa de Estímulo ao Crédito (PEC). A proposição original (Medida Provisória nº 1.057, de 6 de julho de 2021) foi analisada pelo Parecer Jurídico 130/2021-BCB/PGBC, de 9 de março de 2021, de autoria da Subprocuradora-Chefe Diana Loureiro Maciel de Moura, com despachos da Subprocuradora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, do Procurador-Geral Adjunto Marcel Mascarenhas dos Santos e do Procurador-Geral Cristiano Cozer.

10 Medida Provisória que possibilitou a apuração de crédito presumido com base em diferenças temporárias como parte do Programa de Programa de Capital de Giro para Preservação de Empresas (CGPE). A MP perdeu a eficácia sem conversão em lei, como analisado pelo Parecer Jurídico 764/2020-BCB/PGBC, de 4 de dezembro de 2020, de autoria do Procurador José de Lima Couto Neto, com despachos do Subprocurador-Geral Substituto Alexandre Forte Maia e do Procurador-Geral Adjunto Marcel Mascarenhas dos Santos.

24. Veja que a atribuição de FPR de 100% estava limitada aos saldos das operações contratadas nos respectivos programas (parágrafo único do art. 25), mas não se confundia com o efetivo crédito presumido eventualmente criado. Foi o que salientou o Voto¹¹ que propôs a edição da Resolução BCB nº 12, de 2020¹²:

“5. Cumpre esclarecer que as condições estabelecidas pela Medida Provisória nº 992, de 2020, para apuração de crédito presumido independem da geração de lucros ou receitas tributáveis futuras para sua realização, o que possibilita que os créditos decorrentes de diferenças temporárias associados ao CGPE sejam retirados da base de dedução do Capital Principal (CP) das instituições, nos termos da Resolução nº 4.192, de 1º de março de 2013.

6. Assim, em linha com as recomendações do Basel Committee on Banking Supervision (BCBS) 1 e com o já disposto na Circular nº 3.644, de 4 de março de 2013, em seu art. 25, proponho apenas explicitar que os créditos tributários decorrentes de diferenças temporárias que podem gerar crédito presumido no âmbito do CGPE sejam sujeitos ao fator de ponderação de risco (FPR) de 100% (cem por cento) enquanto não forem convertidos em créditos presumidos. Após convertidos, ficam sujeitos ao FPR de 0% (zero por cento), por serem abrangidos no disposto no art. 19, inciso IV, da Circular nº 3.644, de 2013, créditos com a União.” (Destques nossos.)

25. O que importa para a atribuição do FPR de 100% é a existência de saldo de CTDTs que *poderá gerar crédito presumido* com base na Lei, não o próprio crédito presumido já gerado. É dizer: devem receber FPR de 100% os CTDT existentes em 2023 que, em 2024, poderão ser convertidos em crédito presumido em caso de prejuízo da instituição.

26. Embora a regulamentação atual não tenha reproduzido os comandos do art. 25, inciso III, da Circular nº 3.644, de 2013, acredito que os arts. 82 e 83 da Resolução BCB nº 229, de 2022, devem receber a mesma interpretação, considerando que foi mantido o FPR de 0% para o crédito presumido, conforme art. 23, inciso III, dessa Resolução.

27. A mesma conclusão é possível para a dedução do PR, como vemos no trecho do Voto citado. Uma vez que esses créditos não dependem de lucratividade futura, não se lhes aplica o art. 5º, inciso VI, da Resolução CMN nº 4.955, de 2021.

28. Daí porque o requisito temporal parece ser distinto para a *criação do crédito presumido* e para o *tratamento prudencial dos CTDTs*: embora o crédito presumido só possa ser criado de 2024 a 2028, os CTDTs que estão a ele associados são aqueles constantes dos saldos existentes nos anos anteriores. Respondendo diretamente aos questionamentos do Dereg:

¹¹ Voto 245/2020-BCB, de 25 de agosto de 2020. A proposição foi objeto da Nota Jurídica 3021/2020, de 28 de agosto de 2020, de autoria do Procurador Murilo Santos Ramos.

¹² No mesmo sentido é o Voto 168/2021-BCB, de 27 de julho de 2021, que propôs a edição da Resolução BCB nº 121, de 2021:

“6. Em consonância com a Circular nº 3.644, de 2013, que estabelece que os créditos tributários decorrentes de diferenças temporárias que podem gerar crédito presumido no âmbito do CGPE recebem fator de ponderação de risco (FPR) de 100% (cem por cento), proponho que os créditos tributários decorrentes de diferenças temporárias que podem gerar crédito presumido no âmbito do PEC sejam sujeitos ao mesmo FPR de 100% (cem por cento) enquanto não forem convertidos em créditos presumidos. Após sua eventual conversão, ficarão sujeitos ao FPR de 0% (zero por cento), pois passarão a ser créditos contra a União abrangidos no disposto no art. 19, inciso IV, da Circular nº 3.644, de 2013.”

Essa proposição foi objeto da Nota Jurídica 2784/2021-BCB/PGBC, de 26 de julho de 2021, de autoria do Procurador-Chefe Alexandre Forte Maia.

“O fato dos CTDTs não dependerem de lucratividade futura para sua conversão em uma janela de tempo específica faz com que o tratamento prudencial que envolve FPR de 100% deva ser aplicado somente durante o período em que a apuração de crédito presumido é possível?”

29. Não. O tratamento prudencial que envolve FPR de 100% deve ser aplicado aos créditos passíveis de conversão em crédito presumido, ou seja, aos saldos de CTDT existentes desde 2023 que possam ser convertidos em 2024 a 2028.

“Dado que a apuração de crédito presumido em 2024 não depende de lucratividade em 2023, poderíamos dizer que em 2023 que os CTDTs seriam passíveis de receberem o FPR de 100%? Ou pelo contrário, antes de 2024 e após 2028 não seria possível a apuração de crédito presumido e portanto não se verificaria a independência de lucros para seu aproveitamento durante o funcionamento da instituição?”

30. Sim, em 2023 já podemos dizer que os CTDTs que atendam às condições do Programa devem receber o FPR de 100%, pois não dependem de lucratividade futura. Se houver prejuízo, poderão ser convertidos em créditos presumidos.

31. Ou seja: a efetiva apuração de crédito presumido, que só poderá ser feita em 2024, não é requisito para o tratamento prudencial favorecido, bastando que os créditos não dependam de lucro futuro para serem aproveitados. Na verdade, o montante de CTDTs que recebem tratamento prudencial diferenciado pelo Programa é, possivelmente, superior ao montante de créditos presumidos eventualmente apurados, já que é de se esperar que parte das instituições participantes terá lucro, não prejuízo.

32. Noto, porém, que a atribuição desse FPR depende do preenchimento das condições do Programa, ainda que a regulamentação atual não contenha dispositivo equivalente ao art. 25, parágrafo único, da Circular nº 3.644, de 2013. Isso significa que eles devem ser limitados ao valor do saldo contábil bruto das operações de crédito concedidas no âmbito do Desenrola Brasil - Faixa 2 (art. 13, inciso I, da MP) e não podem ser decorrentes de provisões para créditos de liquidação duvidosa ou relacionadas a ações fiscais e previdenciárias (art. 13, § 1º), entre outras condições legais. Deve, assim, ter tratamento prudencial favorecido o *montante de créditos tributários elegíveis equivalente ao volume de créditos concedidos no âmbito do Programa*.

33. O Dereg salienta, porém, que uma das condições legais para a apuração do crédito presumido é a limitação ao saldo do prejuízo apurado no ano anterior (art. 13, § 6º, da MP). Assim, poderíamos argumentar que, enquanto não verificado o saldo do prejuízo – o que só ocorreria em 2024 – não se pode dizer que os CTDTs de 2023 seriam inteiramente aproveitáveis, o que afastaria, em tese, o FPR reduzido.

34. Entretanto, essa limitação ao saldo do prejuízo não parece ser motivo para modificar a conclusão aqui exposta. Afinal, trata-se, mais uma vez, de condição para a efetiva criação do crédito presumido, não para que o CTDT independa de lucratividade futura. Enquanto não conhecido o saldo do prejuízo – ou até mesmo a existência de qualquer prejuízo – não sabemos exatamente o valor do crédito presumido que será criado, mas tampouco podemos afirmar que o saldo de CTDTs existente *“depende de geração de lucros ou receitas tributárias futuras para a sua realização”*, hipótese de dedução do PR e atribuição de FPR de 250%.

35. Além disso, se a limitação ao saldo do prejuízo for condição para o FPR de 100%, ele nunca seria aplicável – o FPR passaria de 250% para 0% diretamente, no limite do prejuízo – e não existiria qualquer incentivo para adesão ao Programa por instituições financeiras com perspectiva de lucro. O tratamento prudencial diferenciado para o saldo de CTDs – e não a apuração de crédito presumido – é o que abre espaço regulatório para a concessão de créditos aos beneficiários do Programa e a outros clientes, conforme ressalta a Exposição de Motivos da MP:

“20. Para esse tipo de renegociação, os agentes financeiros poderão, a partir do ano-calendário de 2024 até o ano-calendário de 2028, apurar como crédito presumido alguns tipos de créditos decorrentes de diferenças temporárias, de forma semelhante à estabelecida pela Lei nº 14.257, de 1º de dezembro de 2021, que instituiu o Programa de Estímulo ao Crédito – PEC, em caso de existência de resultados negativos (prejuízos) ou entrar em falência ou liquidação extrajudicial.

21. Ao se alterar as características de certos tipos de créditos decorrentes de diferenças, os agentes financeiros conseguem elevar seus níveis de capital. Esse maior aproveitamento dos créditos decorrentes de diferenças temporárias e melhor tratamento prudencial ficam condicionados à concessão de empréstimos ao público-alvo do Programa. Com isso, a própria concessão de empréstimos de renegociação aumenta os índices de capital regulatório e abre espaço para uma maior oferta de crédito por parte dessas instituições.”

III. Hipótese de falência ou decretação de liquidação extrajudicial

36. O Dereg também questiona se uma instituição que seja objeto de decretação de falência ou liquidação extrajudicial em 2023, mas que concedeu créditos com base no Desenrola Brasil, poderia apurar crédito presumido em 2024. Em *e-mail* anterior àquele que deu origem a esta consulta, a área técnica também havia se debruçado sobre a aplicação dos marcos temporais do art. 4º da Lei nº 14.257, de 2021, no contexto da MP nº 1.176, de 2023 (doc. 2).

37. Primeiramente, ressalto que a interpretação definitiva acerca da apuração de crédito presumido em determinada hipótese é atribuição da Receita Federal do Brasil (RFB) e do órgão que lhe presta assessoramento jurídico, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

38. De todo modo, *apenas como respaldo à análise do tratamento prudencial dos créditos*, entendo juridicamente plausível a apuração de crédito presumido em favor da massa falida ou liquidanda em 2024 no caso aventado acima. O art. 13, § 7º, da MP nº 1.176, de 2023, remete ao art. 4º da Lei nº 14.257, de 2021:

“Art. 4º Na hipótese de falência ou de liquidação extrajudicial das instituições de que trata o art. 2º, o valor do crédito presumido corresponderá ao saldo total dos créditos decorrentes de diferenças temporárias existente na data da decretação da falência ou da liquidação extrajudicial, observado o disposto no art. 2º desta Lei.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se somente às pessoas jurídicas cuja liquidação extrajudicial ou falência tenha sido decretada após a data da entrada em vigor desta Lei.”

39. O parágrafo único afirma que a criação do crédito presumido se aplica às pessoas jurídicas com decretação de falência ou liquidação extrajudicial ocorrida *após a entrada em vigor da Lei*. No caso do Desenrola Brasil, é de se entender como a data de entrada em vigor da MP (6 de junho de 2023).

40. Ainda que o *caput* determine a observância do “*disposto no art. 2º desta Lei*” (ou seu equivalente, o art. 13 da MP), que fixa prazo de apuração começando em período posterior à entrada em vigor (2024 a 2028), isso não parece impedir a apuração de crédito presumido com base em saldo de CTDTs existente no momento da falência ou liquidação extrajudicial decretada antes do período de apuração, mas após a entrada em vigor da Lei (ou MP). Prevalece, aqui, o marco temporal previsto no parágrafo único do próprio art. 4º.

41. Para fins do tratamento prudencial, portanto, considero que a possibilidade de decretação de falência ou liquidação extrajudicial da instituição em 2023, antes do período de apuração do crédito presumido, não impede a aplicação do FPR de 100% aos CTDTs em 2023, pois passíveis de conversão em 2024.

CONCLUSÃO

42. Por todo o exposto, em resposta aos questionamentos do Dereg, trago as seguintes conclusões:

- a) O tratamento prudencial que envolve FPR de 100% e não dedução do PR deve ser aplicado aos CTDT que podem gerar crédito presumido, ou seja, aos saldos de CTDT existentes de 2023 a 2027 que possam ser convertidos em 2024 a 2028;
- b) Em 2023, os CTDTs que atendam às condições do Programa não precisam ser descontados do PR e podem receber o FPR de 100%, pois não dependem de lucratividade futura para aproveitamento, nos termos do art. 82 da Resolução BCB nº 229, de 2022;
- c) Para isso, devem estar limitados ao valor do saldo contábil bruto das operações de crédito concedidas no âmbito do Desenrola Brasil – Faixa 2;
- d) Apenas para os fins da análise do tratamento prudencial, considero juridicamente plausível a conversão dos saldos de CTDTs em crédito presumido em 2024 se a instituição tiver a falência ou liquidação extrajudicial decretada em 2023 após a entrada em vigor da MP, com a ressalva de que a interpretação definitiva do assunto é de competência da RFB e da PGFN.

43. Em observância ao disposto no art. 2º, inciso I¹³, da Portaria nº 100.620, 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.

¹³ “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; (...)”

À sua consideração.

MARIA BEATRIZ DE OLIVEIRA FONSECA
Procuradora do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR)
OAB/DF 45.891

De acordo.

À Senhora Subprocuradora-Geral.

JOSÉ DE LIMA COUTO NETO
Procurador-Chefe do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR)
OAB/BA 17.584

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 (CCiPG)
OAB/DF 10.000

(Segue despacho.)

De inteiro acordo com o criterioso parecer.

Ao Dereg.

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 1.232/2023-BCB/PGBC

Enquadramento dos Certificados de Recebíveis, não ofertados publicamente, como ativos financeiros submetidos a registro em Entidades Registradoras autorizadas pelo Banco Central do Brasil.

Marcus Paulus de Oliveira Rosa

Procurador do Banco Central

Igor Arruda Aragão

Procurador-Chefe do Banco Central

Nelson Alves de Aguiar Júnior

Subprocurador-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 1.232/2023-BCB/PGBC
PE 225703

Brasília (DF), 30 de outubro de 2023.

Ementa: Câmara de Consultoria Monetária, Internacional e Penal (CC2PG). Procuradoria Especializada de Consultoria Internacional, Monetária, Penal e em Resolução (PRPIM). Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf). Departamento de Regulação do Sistema Financeiro (Denor). Central de Registros de Direitos Creditórios S.A. (CRDC). Consulta jurídica sobre o enquadramento dos Certificados de Recebíveis (CR), não ofertados publicamente, como ativos financeiros submetidos a registro em Entidades Registradoras autorizadas pelo Banco Central do Brasil (BCB). Interpretação de dispositivos aplicáveis das Leis nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, nº 12.810, de 15 de maio de 2013, e nº 14.430, de 3 de agosto de 2022, bem como da Resolução CMN nº 4.593, de 28 de agosto de 2017, relativos ao conceito de ativos financeiros e de valores mobiliários no ordenamento jurídico brasileiro e suas implicações jurídicas em relação à competência para autorizar e exercer a vigilância sobre o funcionamento das entidades registradoras. Pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso.

Senhor Procurador-Chefe,

ASSUNTO

Trata-se de consulta na qual a Central de Registros de Direitos Creditórios S.A. (doc. 1) busca ratificar a adequação do seu entendimento a respeito do enquadramento dos Certificados de Recebíveis (CR), quando não ofertados publicamente, como ativos financeiros submetidos a registro em entidades registradoras autorizadas pelo Banco Central do Brasil (BCB)¹ por meio da Divisão de Infraestruturas do Mercado Financeiro (Dimef) do Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf), com base nos arts. 28 da Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013², e 20 e 23 da Lei nº 14.430, de 3 de agosto de 2022 (Marco Legal da Securitização)³.

2. Consultado o Departamento de Regulação do Sistema Financeiro (Denor) a respeito da disciplina regulatória aplicável, a Consultoria de Regulação de Crédito e Operações de Longo Prazo (Cocip) concluiu, nas Informações e Despacho 6139/2023-BCB/DENOR, de 2 de março de 2023 (doc. 3), que:

“II. Ante o exposto, para fins do registro e do depósito centralizado de CR por parte de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, concluímos que:

¹ “(...) Se os títulos são classificados como ativos financeiros quando ofertados publicamente ou admitidos à negociação em mercado regulamentado de valores mobiliários, nossa interpretação é que são considerados ativos financeiros quando não são ofertados publicamente e não são admitidos à negociação em mercado regulamentado de valores mobiliários. (...)”

² Dispõe, entre outros assuntos, sobre o depósito centralizado e o registro de ativos financeiros e valores mobiliários.

³ Dispõe, entre outros assuntos, sobre as regras gerais aplicáveis à securitização de direitos creditórios e à emissão de Certificados de Recebíveis.

I - conforme art. 23 da Lei nº 14.430, de 2022, os CRs de **emissão pública** ou **negociados em mercados organizados de valores mobiliários** são considerados **valores mobiliários**, e não ativos financeiros, devendo ser depositados em depositário central **autorizado** a funcionar, a nosso ver, necessária e exclusivamente pela CVM, pelo fato de se tratarem esses CRs de valores mobiliários;

II - conforme art. 2º, inciso I, alínea “f”, da Resolução CMN nº 4.593, de 2017, **os CRs não considerados valores mobiliários podem ser considerados ativos financeiros na hipótese de serem de emissão ou de propriedade de entidades não autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, tais como companhias securitizadoras, desde que integrante de conglomerado prudencial**, nos termos do Cosif. Neste caso, por força do art. 11 da mesma Resolução, devem ser registrados em entidades autorizadas pelo Banco Central a exercer a atividade de registro de ativos financeiros;

III - **os CRs não considerados valores mobiliários podem ser considerados ativos financeiros, com base no disposto no art. 2º, inciso II, alínea “a”, da Resolução CMN nº 4.593, de 2017, e tendo em vista a determinação legal dada pelo art. 23 da Lei nº 14.430, de 2022, de que os CRs devem ser objeto de registro ou depósito em entidades autorizadas pelo Banco Central do Brasil ou pela CVM a exercer as atividades de registro ou depósito centralizado. Assim, devem ser registrados ou depositados em entidades registradoras ou depositários centrais de ativos financeiros autorizados pelo Banco Central.”** (G. n.)

3. Por fim, a Cocip conclui caber à Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) a análise legal conclusiva sobre: (i) “*se, e em que circunstâncias*”, os CRs que não sejam valores mobiliários devem ser enquadrados como ativos financeiros; e (ii) “*onde os mesmos devem ser registrados ou depositados*”, se em entidades registradoras ou depositários centrais autorizados pelo Banco Central ou pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

4. A opinião técnica da Cocip foi ratificada pela Consultoria de Regulação de Instrumentos do Mercado Financeiro (Comef), do Denor, nas Informações e Despacho 15808/2023-BCB/DENOR, de 25 de maio de 2023 (doc. 5).

5. Uma vez aprovadas ambas as manifestações pelo Chefe Adjunto do Denor, o assunto foi então encaminhado à apreciação legal da PGBC por meio do Despacho Sumário 14456/2023-BCB/DENOR, 29 de maio de 2023 (doc. 7).

6. Em razão da existência de questões jurídicas afetas à regulação do mercado de valores mobiliários prejudiciais ao deslinde da presente consulta, foram realizadas, nos dias 12 e 26 de setembro, bem como 20 de outubro, reuniões entre a CVM e o BCB, que contaram com a participação das equipes do Denor e da PGBC⁴, nas quais, entre outros assuntos, foi discutida

4 Ainda que não estivessem presentes em todas as reuniões, os seguintes servidores participaram das discussões técnicas e jurídicas, a saber: (i) PGBC - os Procuradores Marcus Paulus de Oliveira Rosa, Guilherme Centenaro Hellwig, Igor Arruda Aragão e Danilo Takasaki Carvalho; (ii) Denor - os consultores Mardilson Fernandes Queiroz e Antonio Marcos Fonte Guimarães, o Chefe Adjunto Felipe de Olivio Derzi Pinheiro e o Coordenador da Comef, Rafael Jardim Goulart de Andrade; e (iii) CVM - Gerente de Securitização Luis Felipe Marques Lobianco, bem como os Superintendentes de Securitização, Investimentos Estruturados e Agronegócio, Bruno de Freitas Gomes, e de Desenvolvimento de Mercado, Antonio Carlos Berwanger.

a interpretação mais harmônica dos arts. 18, 20 e 23 do Marco Legal de Securitização, à luz das competências dessas Autarquias, inclusive as de que trata a Lei nº 12.810, de 2013.

7. É o que tinha a relatar. Passo a me manifestar.

APRECIÇÃO

I – O conceito de valor mobiliário no ordenamento jurídico brasileiro.

8. O conceito de valor mobiliário passou por grandes transformações desde a sua introdução no País com a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, que, ao disciplinar o mercado de capitais de forma embrionária, não cuidou de defini-lo entre os demais ativos financeiros *lato sensu*⁵.

9. A Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, por sua vez, inaugurou um outro período, ao criar a CVM como Autarquia especializada para regular e fiscalizar o mercado de valores mobiliários, bem como ao enumerar como valores mobiliários típicos no art. 2º as ações, as partes beneficiárias, as debêntures, os cupons desses títulos, os bônus de subscrição e os certificados de depósitos desta espécie de ativos financeiros.

10. Todavia, a despeito da lista taxativa extraída dos incisos I e II do art. 2º da Lei nº 6.385, de 1976, ainda era possível, nos termos da redação então vigente, que outra lei ou norma do CMN, com base na autorização legal prevista no inciso III⁶ daquele mesmo artigo, reconhecesse a existência de valores mobiliários nela não previstos, neste caso exclusivamente entre os títulos emitidos por sociedades anônimas⁷.

11. No entanto, com a edição da Medida Provisória nº 1.637, de 8 de janeiro 1998, que introduziu o conceito de contrato de investimento coletivo entre os valores mobiliários previstos em lei, este conceito estático evoluiu para se tornar uma **categoria jurídica funcional que se encontra aberta à interpretação do próprio regulador do mercado de capitais em cada caso**.

12. Posteriormente, a Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001⁸, atualizou e consolidou o rol constante do art. 2º da Lei nº 6.385, de 1976, cujo atual teor é o seguinte:

“Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

I - as ações, debêntures e bônus de subscrição;

5 A Lei nº 4.728, de 1965: (i) atribuía ao Conselho Monetário Nacional (CMN) e, à época, ao BCB, respectivamente, competências para disciplinar e fiscalizar o mercado financeiro e de capitais; e (ii) adotava o termo “valores mobiliários” indiscriminadamente, não definindo essa categoria jurídica entre os demais ativos financeiros.

6 “Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: [...] III – outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas, a critério do Conselho Monetário Nacional.”

7 Esse foi o caso, por exemplo, do *caput* do art. 3º do Decreto-Lei nº 2.286, de 23 de julho de 1986, que considerou valores mobiliários: (i) os índices representativos de carteira de ações; e (ii) as opções de compra e venda de valores mobiliários. Outro exemplo foi o reconhecimento pelo CMN de que as notas promissórias emitidas pelas sociedades por ações, quando destinadas à oferta pública, também configurariam valores mobiliários na figura dos *commercial papers*, nos termos da Resolução nº 1.723, de 27 de junho de 1990, ora expressamente revogada pela Resolução CMN nº 4.962, de 21 de outubro de 2021.

8 A Medida Provisória nº 1.637, de 8 de janeiro 1998, convertida na Lei nº 10.198, de 14 de fevereiro de 2001, trouxe o contrato de investimento coletivo como valor mobiliário no art. 1º. Posteriormente, a Lei nº 10.303, de 2001, aprimorou esse conceito e incluiu outros ativos financeiros (cotas de fundo de investimento, contratos de derivativos etc.) no rol do art. 2º da Lei nº 6385, de 1976.

- 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.” (G. n.)

13. O conceito extraído do teor do inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385, de 1976, foi inspirado no direito norte-americano, no qual os *investments contracts* se afiguram entre os *securities* regulados pela *Securities and Exchange Commission* (SEC). Tal conceito não é estático, mas naturalmente dinâmico, visto que foi sendo construído a partir de precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, sobretudo do caso SEC x *W.J. Howey Company* (*Howey*) de 1946⁹, *leading case* do qual foi extraído o famoso *Howey Test*, que é, atualmente, a principal metodologia adotada pela SEC para identificar a presença jurídica de uma *security*¹⁰.

14. Uma versão “tropicalizada” do referido *Howey Test*, formulada com base no teor do inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385, de 1976, é também utilizada pela CVM para identificar um valor mobiliário no País.

15. Os critérios do *Howey Test* realizado pela CVM foram muito bem resumidos pelo ex-Diretor Gustavo Machado Gonzalez no seguinte trecho do seu voto como relator no Processo Administrativo Sancionador (PAS) nº 19957.003406/2019-91¹¹, *in verbis*:

“10. O conceito de contrato de investimento coletivo tem, portanto, **natureza nitidamente instrumental, servindo para delimitar a competência do regime mobiliário e, conseqüentemente, da CVM.** (...) No Brasil, a CVM se deparou com uma lista menos extensa, mas bastante variada, que abrange desde o célebre caso do “boi gordo”, a, por exemplo, criações de avestruz¹², cédulas de

9 SEC v. W.J. Howey Co., 328 U.S. 293 (1946).

10 Basicamente: (i) *investment of money* (investimento em dinheiro); (ii) *in a common enterprise* (em um empreendimento comum); (iii) *with a reasonable expectation of profits* (com expectativa razoável de lucro); e (iv) *to be derived from the efforts of others* (derivado dos esforços de terceiros).

11 Acusado: Iconic Intermediação de Negócios e Serviços Ltda.; e Jonathan Doering Darcie/Assunto: Realização de oferta de valores mobiliários sem a obtenção do registro previsto no artigo 19 da Lei nº 6.385/1976 e no artigo 2º da Instrução CVM nº 400/2003, ou sem a dispensa prevista no inciso I do § 5º do artigo 19 da Lei nº 6.385/1976 e no artigo 4º da Instrução CVM nº 400/2003. Todas as notas de rodapé da citação reproduzem o texto original. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/>. Acesso em: 20 de janeiro de 2022.

12 PAS CVM nº 23/04, Dir. Rel. Wladimir Castelo Branco Castro, j. em 28.09.2006.

crédito bancário¹³, empreendimentos condohoteleiros¹⁴, investimento em frações de tempo em empreendimento imobiliário estruturado sob o modelo de multipropriedade (ou *time sharing*)¹⁵, vagas de garagem¹⁶, participação em direitos de jogadores de futebol¹⁷ e eco-empendedorismo em modelo de marketing multinível¹⁸.

(...)

46. Os elementos caracterizadores (...) estão dispostos no inciso IX do artigo 2º da Lei nº 6.385/1976. Tendo em vista o desenvolvimento das discussões (...), parece-me que o exame da questão tem se orientado a partir de cinco questões:

- (a) Buscou-se captar recursos de investidores por meio de uma oferta pública?
- (b) Os investidores aportaram (ou foram chamados a aportar) dinheiro ou outro bem suscetível de avaliação econômica?
- (c) Os recursos captados na oferta (ou que se buscava obter com a oferta) foram (ou seriam) aplicados em um empreendimento coletivo?
- (d) O aporte foi (ou seria) feito na expectativa de lucros, decorrentes de um direito de participação, de parceria ou alguma forma de remuneração (inclusive resultante de prestação de serviços)?
- (e) Os resultados esperados do investimento adviriam, exclusiva ou preponderantemente, dos esforços do empreendedor ou de terceiros?" (G. n.)

16. Nesse sentido, conclui-se que os títulos e contratos de investimento coletivo abarcam uma categoria, tanto heterogênea, quanto elástica, de títulos e contratos cujo enquadramento jurídico como valor mobiliário encontra-se sujeito à interpretação da CVM sobre o papel que este instrumento jurídico exerce no mercado de capitais e sobre a respectiva submissão desse ativo ao seu perímetro regulatório¹⁹.

17. Entretanto, estão expressamente excluídos do regime jurídico dos valores mobiliários de que trata a Lei nº 6.385, de 1976, por força do atual § 1º do art. 2º²⁰, os seguintes ativos financeiros: (i) títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal; e (ii) títulos cambiais de responsabilidade de instituições financeiras, exceto as debêntures.

13 PA CVM nº RJ2007/11593, Dir. Rel. Marcos Barbosa Pinto, j. em 21.01.2008.

14 PA CVM nº 19957.004122/2015-99, j. em 12.04.2016.

15 PA CVM nº 19957.009524/2017-41, Dir. Rel. Gustavo Gonzalez, j. em 22.04.2019.

16 PAS CVM nº 19957.006343/2017-63, Dir. Rel. Carlos Alberto Rebello Sobrinho, j. em 07.05.2019.

17 4 PA CVM nº RJ2014/11253, j. em 30.06.2015.

18 PAS CVM nº RJ2016/8381 (19957.008445/2016-32), Dir. Rel. Flávia Perlingeiro, j. em 18.02.2020.

19 "(...) levando em consideração [a Suprema Corte], como razão de decidir, não só a forma do ato praticado pelo ofertante do investimento, como também, e principalmente, a substância econômica do ato, bem como a proteção do investidor, colocando o ofertante na esfera de fiscalização da SEC, obrigando-o a fornecer aos potenciais investidores um volume obrigatório de informações que, de outra maneira, não seria necessariamente fornecido. Isso significou que a legislação nacional, ao adotar o conceito contido no Direito norte-americano, abriu de maneira extraordinária o campo de atuação de nossa Comissão de Valores Mobiliários." MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. Direito dos Valores Mobiliários. Rio de Janeiro: FGV, 2015, p. 176. No mesmo sentido: YAZBEK, Otavio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. Nota de Rodapé 68. p. 90.

20 Embora atualmente conste do §1º do art. 2º da Lei nº 6.385, de 1976, a exclusão desses ativos financeiros é prevista desde a publicação da Lei. Os títulos públicos são considerados espécie de *securities* no direito norte-americano, embora suas emissões estejam excepcionadas do registro da oferta pública na *Securities and Exchange Commission* (SEC) pela Section 3 (a) (2) do *Securities Act* de 1933. A mesma exceção é aplicada aos títulos de emissão ou de aceite bancário, que não possuem fiscalização da SEC. A premissa é que tais ativos financeiros já estão sujeitos a um escrutínio regulatório estatal suficiente em relação à sua emissão e às informações disponíveis (*disclosure*) aos investidores. CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. *Capital Markets: Overview and Selected Policy Issues in the 118th Congress, 2023*. Disponível em: <https://crsreports.congress.gov>. Acesso em: 9 de agosto de 2023.

18. A propósito, afastando quaisquer controvérsias jurídicas a respeito de quais as condições para que as Cédulas de Crédito Bancário (CCB), os Certificados de Cédula de Crédito Bancário (CCDB) e as Cédulas de Crédito Imobiliário (CCI) sejam considerados títulos cambiais de responsabilidade de instituições financeiras, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei nº 6.385, de 1976, a Lei nº 13.986, de 7 de abril de 2020, acrescentou o art. 45-A na Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, *in verbis*:

“Art. 45-A. Para fins do disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, a Cédula de Crédito Bancário, o Certificado de Cédulas de Crédito Bancário e a Cédula de Crédito Imobiliário são títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira ou de entidade autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil, desde que a instituição financeira ou a entidade:

I - seja titular dos direitos de crédito por eles representados;

II - preste garantia às obrigações por eles representadas;

III - realize, até a liquidação final dos títulos, o serviço de monitoramento dos fluxos de recursos entre credores e devedores e de eventuais inadimplementos.”

19. Ante o exposto, conclui-se que a finalidade instrumental do conceito de valor mobiliário no direito brasileiro, para além da delimitação do perímetro regulatório e fiscalizatório de atuação da CVM, é assegurar a proteção dos investidores, bem como o funcionamento eficiente e regular do mercado de valores mobiliários ao longo do tempo, a despeito da forma jurídica ou tecnológica adotada pelo investimento coletivo subjacente.

II – Em que hipótese o CR é considerado valor mobiliário ou ativo financeiro e qual o regime jurídico aplicável ao depósito centralizado ou ao registro deste ativo, em cada caso.

20. Os arts. 18, 20 e 23 do Marco Legal da Securitização acrescentaram ainda mais complexidade jurídica ao enquadramento dos CRs como valores mobiliários e, conseqüentemente, à identificação do regime jurídico aplicável ao registro e ao depósito centralizado desses ativos. Transcrevem-se os citados dispositivos:

“Art. 18. As companhias securitizadoras são instituições não financeiras (...) que **têm por finalidade realizar operações de securitização.**

Parágrafo único. É considerada **operação de securitização a aquisição de direitos creditórios para lastrear a emissão de Certificados de Recebíveis ou outros títulos e valores mobiliários perante investidores**, cujo pagamento é primariamente condicionado ao recebimento de recursos dos direitos creditórios e dos demais bens, direitos e garantias que o lastreiam.

(...)

Art. 20. Os Certificados de Recebíveis são títulos de crédito nominativos, emitidos de forma escritural, de emissão exclusiva de companhia securitizadora, de livre negociação, constituem promessa de pagamento em dinheiro, preservada a possibilidade de dação em pagamento, e são títulos executivos extrajudiciais.

§ 1º Quando ofertados publicamente ou admitidos à negociação em mercado regulamentado de valores mobiliários, os Certificados de Recebíveis são considerados valores mobiliários.

(...)

Art. 23. O Certificado de Recebíveis deverá ser levado a registro ou a depósito em entidade autorizada pelo Banco Central do Brasil ou pela CVM a exercer a atividade de registro ou depósito centralizado de ativos financeiros e de valores mobiliários, nos termos da Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013.

Parágrafo único. O Certificado de Recebíveis será obrigatoriamente submetido a depósito quando for:

I - ofertado publicamente; ou

II - negociado em mercados organizados de valores mobiliários.”

21. Em suma, a redação do § 1º do art. 20 da Lei nº 14.430, de 2022, nos permite entender que o CR será considerado valor mobiliário, sempre que:

- (i) admitido à negociação em **mercados regulamentados de valores mobiliários**; ou
- (ii) for objeto de **oferta pública**.

22. Quanto ao conceito de **mercados regulamentados de valores mobiliários**, este é extraído do art. 2º, incisos VII e VIII²¹, da Resolução CVM nº 135, de 10 de junho de 2022²², de modo que inclui: (i) os **mercados de bolsa ou de balcão organizado** administrados por entidades autorizadas pela CVM (ex. B3 S/A); e (ii) os **mercados de balcão não organizado**, desde que esse ambiente destinado à **negociação de valores mobiliários envolva a intervenção de um integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários**, como parte ou como intermediário, para fomentar um mercado secundário de valores mobiliários, atendidas as condições do art. 3º dessa Resolução, a saber:

“Art. 3º Considera-se realizada em **mercado de balcão não organizado a negociação de valores mobiliários não realizada ou registrada em mercado organizado em que integrante do sistema de distribuição** previsto nos incisos I, II e III²³ do art. 15 da Lei nº 6.385, de 1976, intervém:

I - como **intermediário**; ou

II - como **parte**, quando tal negociação **resultar do exercício da atividade de subscrição** de valores mobiliários **por conta própria para revenda** em mercado ou de **compra** de valores mobiliários em circulação para **revenda por conta própria**.”

21 “Art. 2º Para fins desta Resolução, aplicam-se as seguintes definições:

(...)

VII – mercado organizado de valores mobiliários: ambiente físico ou sistema eletrônico destinado à negociação ou ao registro de operações com valores mobiliários por um conjunto determinado de participantes, que atuam por conta própria ou de terceiros; (...)

VIII – mercados regulamentados de valores mobiliários: os mercados organizados de bolsa e balcão, e os mercados de balcão não organizados;”

22 Dispõe, entre outros assuntos, sobre o funcionamento dos mercados regulamentados de valores mobiliários; a constituição, organização, funcionamento e extinção das entidades administradoras de mercado organizado.

23 “Art. 15. O sistema de distribuição de valores mobiliários compreende:

I - as instituições financeiras e demais sociedades que tenham por objeto distribuir emissão de valores mobiliários:

a) como agentes da companhia emissora;

b) por conta própria, subscvendo ou comprando a emissão para a colocar no mercado;

II - as sociedades que tenham por objeto a compra de valores mobiliários em circulação no mercado, para os revender por conta própria;

III - as sociedades e os assessores de investimentos que exerçam atividades de mediação na negociação de valores mobiliários em bolsas de valores ou no mercado de balcão.”

23. Em relação às ofertas públicas, vê-se que o § 3º do art. 19 da Lei nº 6.385, de 1976, aponta os elementos legais que lhes são caracterizadores, os quais foram regulamentados pelo art. 3º, *caput* e § 1º, da Resolução CVM nº 160, de 13 de julho de 2022:

“Art. 3º Configura oferta pública de distribuição o ato de comunicação oriundo do ofertante, do emissor, quando este não for o ofertante, ou ainda de quaisquer pessoas naturais ou jurídicas, integrantes ou não do sistema de distribuição de valores mobiliários, atuando em nome do emissor, do ofertante ou das instituições intermediárias, disseminado por qualquer meio ou forma que permita o alcance de diversos destinatários, e cujo conteúdo e contexto representem tentativa de despertar o interesse ou prospectar investidores para a realização de investimento em determinados valores mobiliários, ressalvado o disposto no art. 8º.

§ 1º Sem prejuízo de outros atos que se enquadrem no **caput**, são exemplos que caracterizam uma oferta como pública:

I - a utilização de material publicitário dirigido ao público investidor em geral;

II - a procura, no todo ou em parte, de investidores indeterminados para os valores mobiliários, por meio de quaisquer pessoas naturais ou jurídicas, integrantes ou não do sistema de distribuição de valores mobiliários, atuando em nome do emissor, do ofertante ou das instituições participantes do consórcio de distribuição;

III - a consulta sobre a viabilidade da oferta ou a coleta de intenções de investimento junto a potenciais subscritores ou adquirentes indeterminados, ressalvada a hipótese prevista no art. 6º;

IV - a negociação feita em loja, escritório, estabelecimento aberto ao público, página na rede mundial de computadores, rede social ou aplicativo, destinada, no todo ou em parte, a subscritores ou adquirentes indeterminados; e

V - a prática de quaisquer atos descritos nos incisos II a IV, ainda que os destinatários da comunicação sejam individualmente identificados, quando resultante de comunicação padronizada e massificada.

§ 2º É considerada pública a oferta que venha a obter registro junto à CVM nos termos desta Resolução.” (G. n.)

24. Ainda em relação ao enquadramento jurídico do CR como uma espécie de valor mobiliário, cabe registrar que o entendimento jurídico do presente parecer não contraria aqueles desenvolvidos nos demais precedentes da PGBC sobre a matéria, em especial os Pareceres 2001/00564 (DEJUR/GABIN)²⁴, de 9 de novembro de 2001, e 2002/00064 (DEJUR/GABIN), de 19 de fevereiro de 2002²⁵, ambos aprovados pelo Procurador-Geral, tendo em vista as modificações promovidas na esfera de competências do CMN, do BCB e da CVM pela Lei nº 10.303, de 2001, pois, à época, já se reconhecia que o CR *poderia* exercer o papel jurídico-funcional de um valor mobiliário no mercado de capitais, a despeito de qualquer previsão legal, desde que este ativo financeiro atendesse aos requisitos legais trazidos no inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385, de 1976.

24 De Nelson Alves de Aguiar Júnior, com despacho do então Procurador-Geral, Carlos Eduardo da Silva Monteiro.

25 De Nelson Alves de Aguiar Júnior, com despacho do então Procurador-Geral, Carlos Eduardo da Silva Monteiro.

25. Uma vez compreendido quando os CRs serão considerados valores mobiliários, cumpre observar que a interpretação sistemática do § 1º do art. 20 com o parágrafo único do art. 23, todos da Lei nº 14.430, de 2022, permite concluir que estes valores mobiliários estarão sujeitos:

- (a) ao **depósito centralizado** em depositários centrais (DC) autorizados pela CVM, nos termos do **parágrafo único do art. 23**, sempre que:
 - (i) negociados em **mercados organizados de valores mobiliários** (ou seja, em mercados de bolsa e de balcão organizados); ou
 - (ii) objeto de **oferta pública**; ou
- (b) a **depósito centralizado** em DC ou ao **registro** em entidades registradoras, ambos autorizados pela CVM, nos termos do **caput do art. 23**, quando, **cumulativamente**:
 - (i) **não tenha sido objeto de oferta pública**; e
 - (ii) sejam negociados em **mercados regulamentados de balcão não organizado**, ou seja, quando integrante do sistema de distribuição intervém como parte ou como intermediário na aquisição dos CRs para revenda, nos termos do citado art. 3º da Resolução CVM nº 135, de 2022.

26. *A contrario sensu*, conclui-se que as hipóteses em que o CR será considerado **ativo financeiro serão juridicamente residuais**, pois dependem do **seu não enquadramento legal e regulatório como valor mobiliário pela CVM**, à luz do teor do § 1º do art. 20 da Lei nº 14.430, de 2022, e do inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385, de 1976.

27. Quanto ao registro ou ao depósito centralizado dos CRs **ativos financeiros**, compete ao CMN dispor sobre quais os ativos financeiros serão considerados para fins de registro ou de depósito centralizado, nos termos do inciso II do art. 26-A²⁶ da Lei nº 12.810, de 2013. Assim, convém transcrever os seguintes dispositivos da Resolução CMN nº 4.593, de 28 de agosto de 2017²⁷:

“Art. 1º Esta Resolução dispõe **sobre o registro e o depósito centralizado de ativos financeiros** e de valores mobiliários por parte das instituições financeiras e **demaís instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil**, emitidos no País, bem como sobre a prestação de serviços de custódia de ativos financeiros por essas instituições.

(...)

Art. 2º Para fins do disposto nesta Resolução, **consideram-se ativos financeiros**: (...)

II - os bens, direitos ou instrumentos financeiros:

a) cuja legislação ou regulamentação específica assim os defina ou determine seu registro ou depósito centralizado; ou” (...)

²⁶ “Art. 26-A. Compete ao Conselho Monetário Nacional:

(...)

II - dispor sobre os ativos financeiros **que serão considerados para fins do registro e do depósito centralizado de que trata esta Lei**, inclusive no que se refere à constituição de gravames e ônus referida no art. 26 desta Lei, em função de sua inserção em operações no âmbito do sistema financeiro nacional.”

²⁷ Dispõe sobre o registro e o depósito centralizado de ativos financeiros e valores mobiliários por parte de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, bem como sobre a prestação de serviços de custódia de ativos financeiros.

28. A partir do teor das referidas normas regulatórias do CMN, é possível concluir que o **CR** que se caracterize como **ativo financeiro deve ser levado a registro ou a depósito centralizado em entidade autorizada pelo BCB**, em razão da própria exigência legal de registro ou depósito constante do **caput** do art. 23 da Lei nº 14.430, de 2022, à luz do teor art. 2º, inciso II, alínea “a”, da Resolução CMN nº 4.593, de 2017.

CONCLUSÃO

29. Ante todo o exposto, conclui-se que:

- a) os CR serão considerados **ativos financeiros** nas seguintes hipóteses residuais nas quais não sejam eles enquadrados como valores mobiliários, a saber:
 - i. quando **não sejam eles admitidos à negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários** (ou seja, em mercados de bolsa, de balcão organizado, bem como de balcão não organizado, nos termos do art. 3º da Resolução CVM nº 135, de 2022); ou
 - ii. quando **não forem eles objeto de oferta pública**, e
- b) os **CRs que se caracterizem como ativos financeiros deverão ser levados a registro ou a depósito centralizado em entidade autorizada pelo BCB**, por força da exigência legal de registro ou depósito prevista no **caput** do art. 23 da Lei nº 14.430, de 2022, combinada com o teor do art. 2º, inciso II, alínea “a”, da Resolução CMN nº 4.593, de 2017.

À consideração superior.

MARCUS PAULUS DE OLIVEIRA ROSA

Procurador do Banco Central

Procuradoria Especializada de Consultoria Internacional, Monetária, Penal e em Resolução (PRPIM)

OAB/RJ 164.848

De acordo.

Ao Subprocurador-Geral titular da Câmara de Consultoria Monetária, Internacional e Penal (CC2PG), tendo em vista o disposto no art. 9º, § 2º, inciso I, da Ordem de Serviço nº 4.747, de 19 de abril de 2012.

IGOR ARRUDA ARAGÃO

Procurador-Chefe do Banco Central

Procuradoria Especializada de Consultoria Internacional, Monetária, Penal e em Resolução (PRPIM)

OAB/CE 16.356-B

(Segue despacho.)

Aprovo, por seus próprios fundamentos, o judicioso pronunciamento legal da Procuradoria Especializada de Consultoria Internacional, Monetária, Penal e em Resolução (PRPIM), que, a partir dos elementos que compõem o conceito de valor mobiliário, inclusive à luz de manifestações pretéritas da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC), a exemplo do Parecer 2001/00564 (DEJUR/GABIN), de 9 de novembro de 2001, e do Parecer 2002/00064 (DEJUR/GABIN), de 19 de fevereiro de 2002, oferece, forte em arguta interpretação sistemática da legislação de regência da matéria, solução escoreita para questão jurídica suscitada pela área técnica.

Ao Denor.

NELSON ALVES DE AGUIAR JÚNIOR

Subprocurador-Geral do Banco Central

Câmara de Consultoria Monetária, Internacional e Penal (CC2PG)

OAB/DF 15.946

Para avaliar esta resposta a sua consulta, clique no link abaixo:

<https://home.intranet.bcb.gov.br/colab/pesquisapgbc/Lists/PesquisaPGBCB/newform.aspx>

Parecer 1.440/2023-BCB/PGBC

Sobre a possibilidade de instituição bancária autorizada a operar no mercado de câmbio abrir e manter conta em moeda estrangeira que tenha como titular outra instituição bancária autorizada a operar no mercado de câmbio.

Maria Beatriz de Oliveira Fonseca
Procuradora do Banco Central

José de Lima Couto Neto
Procurador-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 1.440/2023-BCB/PGBC
PE 255779

Brasília (DF), 19 de dezembro de 2023.

Ementa: Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro. Departamento de Regulação Prudencial e Cambial (Dereg) do Banco Central do Brasil (BCB). Consulta sobre a possibilidade de instituição bancária autorizada a operar no mercado de câmbio abrir e manter conta em moeda estrangeira que tenha como titular outra instituição bancária autorizada a operar no mercado de câmbio. Art. 70, inciso X, da Resolução BCB nº 277, de 31 de dezembro de 2022. Abertura de conta em moeda estrangeira titulada por instituição autorizada a operar em câmbio, sem discriminação. Lei nº 14.286, de 29 de dezembro de 2021. Competência do BCB para regulamentar contas em moeda estrangeira no país. Art. 10, inciso IV, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Competência privativa do BCB para acolher depósitos voluntários à vista de instituições financeiras. Precedentes da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) pela aplicação a todas as instituições financeiras, bancárias e não bancárias. Depósitos recebidos nas contas reservas bancárias e de liquidação, em moeda nacional. Interpretação pela inaplicabilidade do art. 10, inciso IV, da Lei nº 4.594, de 1964, aos depósitos em moeda estrangeira. Viabilidade jurídica de abertura de contas em moeda estrangeira tituladas por bancos autorizados a operar em câmbio. Pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso.

Senhor Procurador-Chefe,

ASSUNTO

Cuida-se de consulta formulada pelo Departamento de Regulação Prudencial e Cambial (Dereg) (doc. 2) a respeito da possibilidade de instituição bancária autorizada a operar no mercado de câmbio abrir e manter conta em moeda estrangeira que tenha como titular outra instituição bancária autorizada a operar no mercado de câmbio.

2. A consulta foi provocada por e-mail recebido pelo Dereg em nome de instituição regulada, em que se questionou se o disposto no art. 10, inciso IV, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, impediria que um banco fosse titular de conta de depósitos em moeda estrangeira em outro banco no país (doc. 1).

3. O Dereg se manifestou por meio das Informações e Despacho 31404/2023-BCB/DEREG¹ (doc. 2). Nelas, a área técnica faz as seguintes considerações:

“3. A Lei nº 14.286, de 29 de dezembro de 2021, dispõe no inciso IX de seu art. 5º que compete ao Banco Central do Brasil (BCB) ‘regulamentar as contas em moeda estrangeira no País, inclusive quanto aos requisitos e aos procedimentos para sua abertura e sua movimentação’.

¹ Elaboradas em 5 de outubro de 2023 pelo Assessor Sênior Eduardo Nogueira Liberato de Sousa, com despachos do Chefe Adjunto de Unidade Augusto Ornelas Filho e da Chefe de Unidade Kathleen Krause.

4. A regulamentação do BCB sobre as contas em moeda estrangeira no país está presente na Resolução BCB nº 277, de 31 de dezembro de 2022, que regulamenta referida lei em relação ao mercado de câmbio, ao ingresso no País e à saída do País de valores em reais e em moeda estrangeira, e dá outras providências.

5. Nesse sentido, a Resolução BCB nº 277, de 2022, possui o Título VIII - Contas em moeda estrangeira no País, voltado a regulamentar a abertura, manutenção e encerramento de tais contas. O caput do art. 69, contido em referido título e a seguir reproduzido, estabelece que:

Art. 69 As contas de depósito em moeda estrangeira no País podem ser abertas, mantidas e encerradas por instituições bancárias autorizadas a operar no mercado de câmbio.

(...)

6. Adicionalmente, o art. 70 de referida resolução apresenta a lista das pessoas físicas e jurídicas que podem ser titulares dessas contas, entre as quais as instituições autorizadas a operar no mercado de câmbio, conforme seu inciso X:

Art. 70. Podem ser mantidas as contas de depósito em moeda estrangeira tituladas por:

(...)

X - instituições autorizadas a operar no mercado de câmbio; e (...)

7. O art. 75 da Resolução BCB nº 277, de 2022, a seguir reproduzido, traz os comandos procedimentais sobre a movimentação das contas em moeda estrangeira tituladas pelas instituições autorizadas a operar no mercado de câmbio e sobre o encerramento delas no caso de revogação, cancelamento ou cassação da sua autorização para operar no mercado de câmbio.

Art. 75. As instituições autorizadas a operar no mercado de câmbio podem ser titulares de contas em moeda estrangeira, observado que a débito dessas contas podem os bancos depositários:

I - acatar instrumentos em cobrança de bancos do exterior ou de bancos no País autorizados a operar no mercado de câmbio;

II - acolher solicitações de seus respectivos titulares para:

a) saque ou emissão de ordens de pagamento em moeda estrangeira sobre o exterior;

b) efetuar pagamentos de obrigações no País em moeda nacional;

c) conversão a moeda nacional.

§ 1º As operações de que tratam as alíneas “b” e “c” do inciso II do caput devem ser precedidas da correspondente compra da moeda estrangeira por banco autorizado a operar no mercado de câmbio.

§ 2º A revogação, o cancelamento ou a cassação de autorização para operar no mercado de câmbio implica o encerramento da conta em moeda estrangeira, devendo o titular da conta vender a instituição autorizada a operar no mercado de câmbio o saldo existente, no prazo estabelecido pelo Banco Central do Brasil.

8. Verifica-se que a Resolução BCB nº 277, de 2022, não discrimina o tipo de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio que pode ser titular de conta de depósito em moeda estrangeira. Ou seja, observando-se isoladamente a regulamentação cambial, os bancos autorizados a operar no mercado de câmbio poderiam abrir e manter contas de depósito em moeda estrangeira para outros bancos que possuam a mesma autorização.

9. De outra parte, o art. 10 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, dispõe que compete privativamente ao BCB receber, entre outros valores, conforme seu inciso IV, ‘... os depósitos voluntários à vista, das instituições financeiras ...’. Assim, em princípio, as instituições que possuem contas de reserva, como os bancos, não poderiam manter contas denominadas em reais em outras instituições bancárias.

10. No mesmo art. 10 da referida Lei nº 4.595, de 1964, é estabelecido que também compete privativamente ao BCB, conforme seu inciso VII, efetuar o controle dos capitais estrangeiros, nos termos da lei. Além disso, o inciso X desse mesmo artigo estabelece que igualmente compete privativamente ao BCB conceder autorização a instituições financeiras para praticar operações de câmbio. Por fim, segundo o art. 11 da referida Lei nº 4.595, de 1964, compete ao BCB atuar no sentido do funcionamento regular do mercado de câmbio. Esses comandos estiveram e continuam alinhados às disposições de outros instrumentos legais e normativos ao longo da história de regulação do mercado de câmbio, a exemplo do art. 27 do Decreto nº 42.820, de 16 de dezembro de 1957, tacitamente revogado pela Lei nº 14.286, de 2021.”

4. Ao fim, o Dereg encaminha os autos à Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) solicitando “*manifestação sobre se instituição bancária autorizada a operar no mercado de câmbio pode abrir e manter conta em moeda estrangeira de outra instituição bancária também autorizada a operar no mercado de câmbio*”.

APRECIÇÃO

5. A dúvida posta nos autos diz respeito à possibilidade de abertura, por instituição financeira bancária autorizada a operar em câmbio, de conta em moeda estrangeira sob a titularidade de outra instituição financeira bancária autorizada a operar em câmbio. O Dereg explicou, em conversa realizada em 25 de outubro de 2023, que a conta a ser aberta seria uma **conta de depósitos à vista no Brasil**, em banco com carteira comercial autorizado a operar em câmbio no país.

6. A questão surgiu porque, de um lado, a Lei nº 4.595, de 1964, atribuiu ao BCB a **competência privativa** de “*receber (...) os depósitos voluntários à vista das instituições financeiras (...)*” e, de outro, a regulamentação atual sobre o mercado de câmbio permite às instituições bancárias autorizadas a operar em câmbio a abertura de contas em moeda estrangeira tituladas por outras “*instituições autorizadas a operar no mercado de câmbio*” (arts. 69 e 70, inciso X, da Resolução BCB nº 277, de 2022). Para solucionar a dúvida, analisaremos cada uma dessas disposições.

I - Conta em moeda estrangeira

7. A abertura de conta de depósitos em moeda estrangeira no país pressupõe a realização de operações de câmbio pela instituição depositária, o que explica que somente as instituições

autorizadas a operar em câmbio possam ofertar esse tipo de conta – mais especificamente as **instituições financeiras bancárias** autorizadas, pois elas recolhem depósitos junto ao público².

8. Trata-se, portanto, de tema disciplinado no âmbito da regulação do mercado de câmbio que, até o fim de 2022, competia ao Conselho Monetário Nacional (CMN) nos termos do hoje revogado art. 4º, inciso XXXI, da Lei nº 4.595, de 1964³, cabendo ao BCB atuar no regular funcionamento desse mercado⁴, além de conceder autorização para que nele se operasse⁵.

9. Fundado em sua competência legal, o CMN estabeleceu, na Resolução nº 3.568, de 29 de maio de 2008⁶, atualmente revogada, as seguintes disposições sobre a abertura de contas em moeda estrangeira:

“Art. 34. Os agentes autorizados a operar no mercado de câmbio no País, os estrangeiros transitoriamente no País e os brasileiros residentes no exterior podem manter conta de livre movimentação em moedas estrangeiras em bancos autorizados a operar no mercado de câmbio no País.

Art. 35. O Banco Central do Brasil pode autorizar as empresas responsáveis pelas transferências financeiras decorrentes da utilização de cartões de crédito ou de débito de uso internacional, as agências de turismo e os prestadores de serviços turísticos que operam com turismo emissivo ou receptivo, a manter conta de movimentação restrita em moeda estrangeira em banco autorizado a operar no mercado de câmbio no País.

Art. 36. A revogação, o cancelamento ou a cassação de autorização para operar no mercado de câmbio implica o encerramento da conta em moeda estrangeira, devendo o titular da conta vender a agente autorizado a operar no mercado de câmbio o saldo existente, no prazo estabelecido pelo Banco Central do Brasil.”

10. A normas do CMN foram regulamentadas pelo BCB no Título VII (“Contas em moeda estrangeira no país”) da hoje revogada Circular nº 3.691, de 16 de dezembro de 2013⁸, que trazia, entre outras, as seguintes regras:

“Art. 187. Podem ser titulares de contas em moeda estrangeira no País na forma da legislação e regulamentação em vigor, observadas as disposições deste Título:

(...)

IX - agentes autorizados a operar no mercado de câmbio; e

2 Sobre a caracterização das instituições financeiras como bancárias ou não bancárias, conferir o Parecer DEJUR 93/2001, emitido em 14 de fevereiro de 2001 pelo Subprocurador-chefe Cristiano Cozer, com despachos do Subprocurador-geral Ailton Cesar dos Santos e do Procurador-geral José Coelho Ferreira.

3 “Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: (...) XXXI - Baixar normas que regulem as operações de câmbio, inclusive swaps, fixando limites, taxas, prazos e outras condições.”

4 “Art. 11. Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil: (...)

III - Atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos, podendo para esse fim comprar e vender ouro e moeda estrangeira, bem como realizar operações de crédito no exterior, inclusive as referentes aos Direitos Especiais de Saque, e separar os mercados de câmbio financeiro e comercial; (...)” (ainda em vigor).

5 Conforme art. 23 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, revogado, e art. 10, inciso X, alínea “d”, da Lei nº 4.595, de 1964, ainda em vigor.

6 Dispõe sobre o mercado de câmbio e dá outras providências.

7 Os agentes autorizados a operar no mercado de câmbio eram descritos no art. 2º da mesma Resolução:

“Art. 2º As autorizações para a realização de operações no mercado de câmbio podem ser concedidas pelo Banco Central do Brasil a bancos múltiplos, bancos comerciais, caixas econômicas, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, bancos de câmbio, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários, sociedades corretoras de câmbio e, a critério do Banco Central do Brasil, instituições de pagamento autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.” (Redação dada pela Resolução CMN nº 4.942, de 9 de setembro de 2021.)

8 Regulamenta a Resolução nº 3.568, de 29 de maio de 2008, que dispõe sobre o mercado de câmbio e dá outras providências.

(...)

§ 1º As contas em moedas estrangeiras devem ser mantidas exclusivamente em bancos autorizados a operar no mercado de câmbio.

(...)

Art. 209. Os bancos autorizados a operar no mercado de câmbio podem abrir e manter contas em moedas estrangeiras *tituladas por instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, autorizadas a operar no mercado de câmbio.*” (Destaque nosso.)

11. Com a entrada em vigor da Lei nº 14.286, de 2021, que modernizou a legislação sobre o mercado de câmbio, o inciso XXXI do art. 4º da Lei nº 4.595, de 1964, foi revogado e a disciplina da matéria passou ao BCB, segundo diretrizes do CMN:

“Art. 2º As operações no mercado de câmbio podem ser realizadas livremente, sem limitação de valor, observados a legislação, as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional e o regulamento a ser editado pelo Banco Central do Brasil.

Parágrafo único. A taxa de câmbio é livremente pactuada entre as instituições autorizadas a operar no mercado de câmbio e entre as referidas instituições e seus clientes.

(...)

Art. 5º Compete ao Banco Central do Brasil:

(...)

IX - *regulamentar as contas em moeda estrangeira no País, inclusive quanto aos requisitos e aos procedimentos para sua abertura e sua movimentação; (...)*”. (Destaque nosso.)

12. No final de 2022, a Resolução CMN nº 5.042, de 25 de novembro de 2022, fixou as aludidas diretrizes a serem observadas para a realização das operações no mercado de câmbio. Entre elas, está “o cumprimento da legislação e da regulamentação do Banco Central do Brasil, inclusive sobre (...) os requisitos e os procedimentos para abertura e movimentação das contas em reais de titularidade de não residentes e das contas em moeda estrangeira no País” (art. 4º, inciso VI, alínea “d”).

13. No exercício da nova competência legal, o BCB editou a Resolução BCB nº 277, de 2022, na qual manteve grande parte das regras sobre abertura de conta em moeda estrangeira que constavam das hoje revogadas Resolução nº 3.568, de 2008, e Circular nº 3.691, de 2013. No que importa à discussão destes autos, ressaltamos os citados arts. 69, 70, inciso X, e 75 da norma BCB, transcritos na manifestação do Dereg.

14. Vê-se que a regulamentação em vigor, assim como aquela editada antes da Lei nº 14.286, de 2021, permite aos bancos autorizados a operar em câmbio a abertura de conta em moeda estrangeira de titularidade de *instituições* autorizadas a operar em câmbio. Como bem coloca a área técnica, a norma não faz distinção entre instituições financeiras e não financeiras, nem entre instituições financeiras bancárias e não bancárias, desde que possuam autorização para operar no mercado de câmbio. Ademais, pelas características de movimentação descritas no art. 75 da Resolução BCB nº 277, de 2022, pode-se concluir que se trata de **conta de depósitos à vista**.

15. A existência desse tipo de conta tem origem histórica na necessidade de liquidação em moeda estrangeira de operações de câmbio realizadas por instituições autorizadas a operar em câmbio que não detinham conta no exterior, o que era considerado prerrogativa dos bancos em virtude da redação original do art. 65 da Lei nº 9.069 de 29 de junho de 1995⁹. Após a alteração desse dispositivo pela Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013¹⁰, e a edição da hoje revogada Resolução CMN nº 4.942, de 9 de setembro de 2021¹¹, as demais instituições autorizadas a operar em câmbio também passaram a poder utilizar contas em moeda estrangeira em bancos no exterior para essa liquidação, desde que observadas as disposições regulamentares – atualmente, o art. 28 da Resolução BCB nº 277, de 2022:

“Art. 28. As contas em moeda estrangeira no exterior tituladas pelas instituições autorizadas a operar no mercado de câmbio e destinadas à liquidação de suas operações devem ser mantidas em instituição sujeita a efetiva supervisão prudencial e de conduta na sua respectiva jurisdição ou integrante de grupo financeiro sujeito a efetiva supervisão consolidada, cabendo à instituição autorizada a operar no mercado de câmbio certificar-se dessa qualificação da instituição depositária de seus recursos no exterior, inclusive para fins de comprovação perante o Banco Central do Brasil.”

16. Nada impediria, porém, que instituições autorizadas continuassem a deter contas em moeda estrangeira no país em bancos autorizados a operar em câmbio se o quisessem, como previsto na regulamentação até hoje (art. 70, inciso X, da Resolução BCB nº 277, de 2022).

II - Depósitos voluntários de instituições financeiras

17. A competência legal do BCB para acolher depósitos voluntários de instituições financeiras foi objeto de algumas modificações desde a criação desta Autarquia.

18. Originalmente, a Lei nº 4.595, de 1964, estabeleceu a **competência privativa** do BCB de receber os depósitos voluntários das instituições financeiras, sem distinguir entre depósitos a prazo ou à vista (então inciso III¹² do art. 10 da Lei). Com o Decreto-Lei nº 2.283, de 27 de fevereiro de 1986, essa regra foi alterada para que a competência privativa do BCB se restringisse aos **depósitos à vista** de instituições financeiras, o que possibilitou o depósito a prazo interfinanceiro, sob regulamentação do CMN (art. 4º, inciso XXXII, da Lei nº 4.595, de 1964¹³).

9 “Art. 65. O ingresso no País e a saída do País, de moeda nacional e estrangeira serão processados exclusivamente através de transferência bancária, cabendo ao estabelecimento bancário a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário.”

10 Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013:

“Art. 65. O ingresso no País e a saída do País de moeda nacional e estrangeira devem ser realizados exclusivamente por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, à qual cabe a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário.”

Esse dispositivo foi finalmente revogado pela Lei nº 14.286, de 2021.

11 Conforme salientou o Voto 157/2021-BCB, de 14 de julho de 2021, que fundamentou a edição da Resolução CMN nº 4.942, de 2021:

“11. Adicionalmente, proponho aprimoramentos nos seguintes aspectos: (...)

III - relacionamento com o exterior de instituições autorizadas a operar no mercado de câmbio: com vistas a ampliar a concorrência no mercado de câmbio, proponho que seja permitido que instituições não bancárias autorizadas a operar no mercado de câmbio – sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários, sociedades corretoras de câmbio e IPs – possam liquidar operações realizadas no mercado de câmbio, inclusive arbitragens com o exterior, utilizando diretamente suas contas em moeda estrangeira mantidas no exterior, como alternativa ao uso de conta em moeda estrangeira mantida no País em banco autorizado a operar no mercado de câmbio. (...)”

12 Dispositivo reenumerado para inciso IV pela Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989.

13 “Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

(...)

XXXII - regular os depósitos a prazo de instituições financeiras e demais sociedades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, inclusive entre aquelas sujeitas ao mesmo controle acionário ou coligadas.”

19. A Lei nº 14.185, de 14 de julho de 2021, por sua vez, deu ao BCB a autorização para receber depósitos voluntários a prazo e à vista de instituições financeiras – e de instituições não financeiras integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) –, que poderiam ser remunerados conforme regulamentação por ele editada. Com isso, a Lei permitiu ao BCB o acolhimento de depósitos a prazo remunerados como instrumento de política monetária, em complemento à realização de operações compromissadas com títulos públicos federais. No entanto, essa competência não é privativa e não impede o depósito a prazo interfinanceiro regulado pelo CMN¹⁴.

20. O alcance da competência privativa do BCB prevista no art. 10, inciso IV, da Lei foi objeto de reiterado exame pela PGBC, que consolidou o entendimento de que essa competência abrangeria **todas as instituições financeiras, não apenas as instituições financeiras bancárias**. Vejamos, a esse respeito, o que diz o Parecer DEJUR 631-2002, de 20 de novembro de 2002¹⁵.

“11. De há muito (mais de 30 anos) esta Procuradoria vem afirmando, contundentemente, que o dispositivo do art. 10, IV (outrora inciso III), da Lei n.º 4.595/64, estabelece uma vedação dirigida a todas as instituições financeiras e não somente às instituições financeiras bancárias.

(...)

*14. Com efeito, de acordo com o que dispõe o art. 10, IV, da Lei n.º 4.595/64, os bancos de investimento e bancos múltiplos sem carteira comercial nunca puderam manter contas de depósitos voluntários à vista em outras instituições financeiras. Sempre competiu, **privativamente**, ao Banco Central do Brasil receber referidos depósitos.*

*15. Consigne-se, aliás, que a redação original do dispositivo em comento, atual inciso IV, antigo inciso III, do art. 10, da Lei de Reforma Bancária, referia-se a **depósitos voluntários** e não a **depósitos voluntários à vista**. A inovação deu-se com o Decreto-lei n.º 2.283/86, que também incluiu um inciso XXXII, no art. 4.º, da mesma lei, dentre as competências do Conselho Monetário Nacional.*

(...)

26. Note-se que quando a Lei de Reforma Bancária quis referir-se exclusivamente aos bancos, fê-lo claramente (art. 10, V⁶). Não se deve entender que os dispositivos legais contêm palavras inúteis, despidas de significado.

27. Saber, portanto, se os bancos de investimento e os bancos múltiplos sem carteira comercial são bancos ou não é irrelevante para o deslinde da presente questão. Importa é que ambos são instituições financeiras.

14 Conforme destaca o Parecer Jurídico 687/2017-BCB/PGBC, que analisou minuta de medida provisória de conteúdo semelhante ao projeto de lei que culminou na Lei nº 14.184, de 2021:

“Por outro lado, calha ressaltar que os depósitos voluntários à vista ou a prazo das instituições financeiras, na expressão empregada pela minuta de medida provisória (art. 1º), não se confundem com os depósitos a prazo mencionados no inciso XXXII do art. 4º da Lei nº 4.595, de 1964, de competência regulamentar do Conselho Monetário Nacional. Com efeito, esse dispositivo legal refere-se exclusivamente aos depósitos interfinanceiros, assim entendidos os depósitos a prazo utilizados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BCB para transferir recursos excedentes entre si, portanto sem funcionar como instrumento de gestão da política monetária.”

(Parecer emitido em 9 de outubro de 2017 pelo Subprocurador-Chefe Filogônio Moreira Junior, com despachos do Procurador-Chefe Igor Arruda Aragão, do Subprocurador-Geral Nelson Alves de Aguiar Júnior, do Procurador-Geral Adjunto Marcel Mascarenhas dos Santos e do Procurador-Geral Cristiano Cozer).

15 De autoria do Procurador Paul Medeiros Krause, com despachos da Procuradora-Chefe Norma do Rego Monteiro Ferreira e do Subprocurador-Geral Ailton Cesar dos Santos.

16 À época da elaboração do Parecer, o art. 10, inciso V, da Lei nº 4.595, de 1964, dava ao BCB a competência para realizar operações de redesconto e empréstimos apenas a instituições financeiras bancárias. A Lei Complementar nº 179, de 24 de fevereiro de 2021, alterou o dispositivo para permitir “operações de redesconto e empréstimo com instituições financeiras públicas e privadas”.

28. *Somente se revelam possíveis, atualmente, entre instituições financeiras, os depósitos a prazo, conforme art. 4.º, XXXII, da Lei n.º 4.595/64 e nos moldes da regulamentação do Conselho Monetário Nacional.*” (Destques do original)

21. O posicionamento foi reforçado pelo Parecer PGBC-255/2008, de 11 de novembro de 2008¹⁷. Nesse precedente, confrontou-se a conclusão do citado Parecer DEJUR 631, de 2002, com outra manifestação desta Procuradoria-Geral a respeito da abertura de contas reservas bancárias ou contas de liquidação para determinadas instituições financeiras¹⁸. Concluiu-se que os Pareceres não eram divergentes e, como consequência, não haveria espaço para interpretação do art. 10, inciso IV, da Lei n.º 4.595, de 1964, no sentido de restringir sua aplicabilidade apenas às instituições financeiras bancárias.

22. Os depósitos voluntários à vista das instituições financeiras são atualmente acolhidos nas contas reservas bancárias ou contas de liquidação, disciplinadas pela Resolução BCB n.º 105, de 9 de junho de 2021, cujo Regulamento anexo traz estas disposições:

“Art. 2º Para os efeitos deste Regulamento, as expressões e os termos relacionados são definidos como segue:
(...)

XVI - *Conta Reservas Bancárias*: conta de titularidade das instituições financeiras bancárias, mantida no Banco Central do Brasil **para fins de acolhimento dos depósitos dessas instituições e de transferência de fundos no âmbito do STR**;

(...)

XVII - *Conta de Liquidação*: conta de titularidade das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e de liquidação, dos fundos garantidores de crédito e das demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil que não possam ser titulares de conta Reservas Bancárias, mantida no Banco Central do Brasil **para fins de acolhimento dos depósitos dessas instituições e de transferência de fundos no âmbito do STR**; (...).

Art. 32. As disponibilidades mantidas no Banco Central do Brasil, **em moeda nacional**, pelos bancos comerciais, bancos de investimento, caixas econômicas, bancos de câmbio, bancos de desenvolvimento e bancos múltiplos devem ser registradas na conta Reservas Bancárias, observado o disposto no art. 35.

Art. 33. A Conta de Liquidação destina-se ao registro, **em moeda nacional**:

I - se titulada por câmara ou prestador de serviço de compensação e de liquidação:

(...)

II - se titulada por instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil não discriminada no art. 32, ou por fundo garantidor de crédito, **das disponibilidades mantidas no Banco Central do Brasil e das movimentações no STR.**” (Destques nossos.)

23. Veja que as contas para acolhimento das disponibilidades no Banco Central são denominadas em **moeda nacional** e dão acesso ao Sistema de Transferência de Reservas (STR),

¹⁷ Emitido pelo Procurador Danilo Takasaki Carvalho, com despacho do Subprocurador-Geral Substituto Cristiano Cozer.

¹⁸ Parecer DEJUR 93, de 2001, citado na nota rodapé n.º 3.

sistema de transferências de fundos integrante do Sistema de Pagamentos Brasileiro¹⁹. Conforme assinala o Parecer Dejur 93, de 2021:

“28. A conta Reservas Bancárias²⁰ é instrumento para a execução da política monetária, por intermédio da centralização, no Banco Central, das reservas de recursos do sistema financeiro, efetuando-se por seu intermédio as movimentações de valores entre as instituições financeiras e esta Autarquia. Cuida-se de conta de caráter eminentemente operacional, cuja disciplina é efetuada por normativos desta Autarquia, de modo que as alterações independem de legislação primária (a exemplo das leis). Tanto é assim que, no passado, tais contas foram instituídas por normativos desta Autarquia.

29. A Lei n.º 4.595, de 1964, fixa para o Banco Central do Brasil atribuições referentes à política monetária e à sua função de “banco dos bancos”, a exemplo dos recolhimentos compulsórios e dos depósitos voluntários de instituições financeiras. Interessa à lei a persecução de tais objetivos, mas os meios operacionais pelos quais esta Autarquia atingirá o desiderato legal encontram-se à disposição da conveniência da Administração. Cumpre apenas averiguar se tais meios são razoáveis, ou seja, se não importam ônus desnecessário aos administrados e se são idôneos para a realização dos fins a que se propõem.”

III – Considerações

24. Como se pode observar desse último precedente, o depósito de disponibilidades de instituições financeiras determinado pelo art. 10, inciso IV, da Lei nº 4.595, de 1964, tem a finalidade de centralizar as reservas do Sistema Financeiro no BCB, permitindo a este órgão a execução da política monetária e de outras tarefas a ele atribuídas na função “banco dos bancos”. A partir das contas de depósitos, o BCB pode exigir recolhimentos compulsórios, atender a demandas de liquidez de instituições financeiras, efetivar operações de redesconto, recolher depósitos dos saldos das moedas eletrônicas emitidas e, em especial, realizar a liquidação financeira, em reais, de operações entre instituições autorizadas e entre elas e o BCB. Essas atividades, por evidente, são realizadas na moeda emitida pelo próprio Banco Central, objeto da sua política monetária.

25. Em contrapartida, a atuação no mercado de câmbio exige, das instituições autorizadas pelo BCB, a titularidade de disponibilidades em moeda estrangeira para liquidar suas operações. Essas disponibilidades não são depositadas no BCB, que não possui contas de depósito em moeda estrangeira para instituições financeiras e tampouco opera sistema de liquidação interfinanceira em moeda diferente do Real. As instituições autorizadas mantêm, para tanto, conta de depósitos em bancos no exterior ou podem abrir contas em moeda estrangeira em bancos autorizados a operar em câmbio no país.

26. Se o art. 10, inciso IV, da Lei nº 4.595, de 1964, fosse interpretado no sentido de fixar competência privativa ao BCB para recebimento de depósitos à vista também em moeda estrangeira, nenhuma instituição financeira poderia manter contas de depósito à vista em moeda estrangeira, seja no exterior, seja no país, em local que não fosse o BCB. Isso criaria sério obstáculo para a atuação daquelas instituições no mercado de câmbio ou obrigaria o BCB a estabelecer sistema de depósito e liquidação em moeda estrangeira, o que não parece ter sido o objetivo da Lei.

¹⁹ Participam do STR as instituições autorizadas a funcionar pelo BCB, as câmaras ou prestadores de serviço de compensação e liquidação, o Fundo Garantidor de Créditos, a Secretaria do Tesouro Nacional e o próprio BCB.

²⁰ À época, ainda não havia sido criada a conta de liquidação.

27. Desse modo, embora a Lei nº 4.595, de 1964, não o diga expressamente, é de se entender que a competência privativa para receber depósitos a vista de instituições financeiras estabelecida em seu art. 10, inciso IV, **não se aplica aos depósitos em moeda estrangeira**. Os depósitos em moeda estrangeira no Brasil seguem a regulação especial aplicável ao mercado de câmbio, como determinado no antigo art. 4º, inciso XXXI, da mesma Lei e, mais recentemente, no art. 5º, inciso IX, da Lei nº 14.286, de 2021.

28. Não por outro motivo, a Resolução nº 227, de 2022, permite que qualquer instituição autorizada a operar em câmbio seja titular de conta em moeda estrangeira em bancos também autorizados. A hoje revogada Circular nº 3.691, de 2013, que a antecedeu, era ainda mais clara em indicar, dentre os titulares dessas contas, **as instituições financeiras** autorizadas a operar em câmbio, a despeito de o entendimento da PGBC já ter se firmado, há muito, pela aplicação do art. 10, inciso IV, da Lei n 4.595, de 1964, a todas as instituições financeiras, bancárias ou não.

29. Portanto, não identificamos impedimento jurídico a que os bancos autorizados a operar em câmbio abram e mantenham contas de depósito à vista em moeda estrangeira em favor de bancos e outras instituições financeiras autorizadas a operar em câmbio. Essas contas devem seguir o regramento previsto na Resolução BCB nº 277, de 2022, e os respectivos depósitos, como quaisquer outros realizados por instituições financeiras, estão sujeitos aos requerimentos prudenciais fixados nas normas do CMN e do BCB, como afirma o art. 15 da Lei nº 14.286, de 2021²¹.

CONCLUSÃO

30. Por todo o exposto, entendo não haver impedimento jurídico a que bancos autorizados a operar em câmbio abram e mantenham contas de depósito à vista em moeda estrangeira tituladas por outros bancos autorizados a operar em câmbio, observados os requisitos regulatórios e prudenciais estabelecidos pelo CMN e pelo BCB.

31. Por fim, em observância ao disposto no art. 2º, inciso I²², da Portaria nº 100.620, 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.

²¹ “Art. 15. As instituições financeiras e as demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, observadas as atividades que lhes são permitidas pela legislação, poderão alocar, investir e destinar para operação de crédito e de financiamento, no País e no exterior, os recursos captados no País e no exterior, observados os requisitos regulatórios e prudenciais estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil.”

²² “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; (...).”

À sua consideração.

MARIA BEATRIZ DE OLIVEIRA FONSECA

Procuradora do Banco Central

Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR)
OAB/DF 45.891

(Seguem despachos.)

De acordo.

À Subprocuradora-Geral da Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCiPG).

JOSÉ DE LIMA COUTO NETO

Procurador-Chefe do Banco Central

Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR)
OAB/BA 17.584

De acordo.

Ao Procurador-Geral Adjunto titular do Departamento de Consultoria Legal e Representação Extrajudicial (DPG-1).

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

De inteiro acordo com o criterioso parecer.

Ao Diretor de Regulação.

LUCAS ALVES FREIRE
Procurador-Geral Adjunto do Banco Central
Departamento de Consultoria Legal 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 1.458/2023-BCB/PGBC

Compatibilidade, sob a perspectiva jurídica, do modelo vislumbrado para o arranjo de liquidação da Plataforma Drex com a legislação vigente no país.

Guilherme Centenaro Hellwig

Procurador do Banco Central

Igor Arruda Aragão

Procurador-Chefe do Banco Central

Lucas Alves Freire

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

Parecer Jurídico 1.458/2023-BCB/PGBC
PE 257864

Porto Alegre (RS), 22 de dezembro de 2023.

Ementa: Câmara de Consultoria Monetária, Internacional e Penal (CC2PG). Procuradoria Especializada de Consultoria Internacional, Monetária, Penal e em Resolução (PRPIM). Departamento de Operações Bancárias e de Sistemas de Pagamentos (Deban). Consulta sobre a compatibilidade, sob a perspectiva jurídica, do modelo vislumbrado para o arranjo de liquidação da Plataforma Drex com a legislação vigente no País. Alinhamento da iniciativa às melhores referências técnicas internacionais. Possibilidade de aplicação do quadro normativo que rege, no ordenamento jurídico brasileiro, a criação de reservas de banco central à emissão de moeda digital de banco central (CBDC) na Plataforma Drex. Abrangência do mandato legalmente conferido ao Banco Central do Brasil (BCB) para a emissão de CBDC nos moldes cogitados pela Diretoria Colegiada no Voto 31/2023-BCB, de 14 de fevereiro de 2023, bem como para a consequente criação de uma infraestrutura voltada a dar suporte técnico e operacional às transferências monetárias realizadas nesse formato. Pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso.

Senhor Procurador-Geral,

ASSUNTO

O Consultor Fábio Araújo, do Departamento de Operações Bancárias e de Sistemas de Pagamentos (Deban), encaminha à Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) consulta sobre a compatibilidade, sob a perspectiva jurídica, do modelo vislumbrado para o arranjo de liquidação que fará parte da Plataforma Drex¹ com a legislação vigente no País.

2. Esclarece o Consultor que, no arranjo de liquidação descrito pelo Voto 31/2023-BCB, de 14 de fevereiro de 2023, aprovado pela Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil (BCB), no qual foram atualizadas as diretrizes para a moeda digital de banco central (CBDC) a ser implementada no Brasil, o Drex é emitido “*como meio de pagamento, a fim de dar suporte à oferta de serviços financeiros de varejo liquidados por meio de tokens de depósitos em participantes do Sistema Financeiro Nacional (SFN) e do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB)*”. Nesse sistema, a emissão monetária, “*no atacado, consiste no registro, na Plataforma Drex, das reservas mantidas no BCB pelos agentes bancários e instituições de pagamentos*”, ao passo que, “*de forma complementar, no varejo, a emissão corresponde ao registro de saldos de contas corrente ou de contas de pagamentos na plataforma do Drex*”².

3. Ainda segundo o Consultor Fábio Araújo, os registros de emissão monetária na Plataforma Drex correspondem à transferência de valores de Real existentes nos sistemas tradicionais³ para

¹ O termo “plataforma” é empregado no Documento Interno 100166/2023-BCB/DEBAN como correspondendo ao “conjunto do sistema e dos arranjos necessários à operação do Drex em consonância com as diretrizes e visão de longo prazo apresentadas no Voto 31/23 em relação à moeda digital do Banco Central do Brasil”.

² Item 3 do Documento Interno 100166/2023-BCB/DEBAN (doc. 1).

³ O Documento Interno 100166/2023 aponta como exemplos de sistemas tradicionais o Sistema de Transferência de Reservas (STR), o Sistema de Pagamentos Instantâneos (SPI), os sistemas de contas correntes dos agentes bancários, os sistemas de contas de pagamentos das instituições de pagamentos e os sistemas de contas de instituições financeiras ou de instituições de pagamento no BCB.

um “*novo ambiente onde esses valores podem interoperar e oferecer serviços de liquidação*”. São assim reproduzidas, em linha com as diretrizes presentes no Voto 31/2023-BCB, as relações atualmente vigentes no SFN e no SPB, “*aplicando-se o arcabouço regulatório vigente às operações realizadas na plataforma do Real Digital [atualmente Drex]*”, evitando-se com isso assimetrias regulatórias⁴.

4. O Consultor destaca, por outro lado, a preocupação com a proteção da privacidade de dados de indivíduos e de participantes do sistema financeiro na Plataforma Drex, mas solicita que se assuma, como hipótese de trabalho, que o Piloto Drex “*encontrará solução compatível com a legislação brasileira nesses aspectos*”⁵. Por tal razão, considerando a arquitetura de serviços de liquidação financeira apresentada, “*afastada a discussão de aspectos de privacidade, ante a hipótese de trabalho estabelecida*”, solicita que a PGBC analise, sob a perspectiva jurídica, “*o entendimento da área técnica de que o arranjo de liquidação proposto para a Plataforma Drex é compatível com o atual arcabouço legal brasileiro, sendo assim viável a continuidade da Iniciativa Drex*”⁶.

5. São apresentados, ao final, os seguintes questionamentos:

- a) Há suporte legal para o registro e a movimentação, por parte do BCB, de saldos de contas Reservas Bancárias, de Contas de Liquidação e da Conta Única do Tesouro Nacional na Plataforma Drex?
- b) Há suporte legal para o registro e a movimentação, por parte dos agentes bancários, de saldos de depósitos bancários à vista mantidos nas respectivas instituições na Plataforma Drex?
- c) Há suporte legal para o registro e a movimentação, por parte das instituições de pagamento, de saldos de depósitos bancários à vista mantidos nas respectivas instituições na Plataforma Drex?
- d) O arranjo de liquidação proposto para a Plataforma Drex é compatível com o atual arcabouço legal brasileiro ou são necessárias alterações legislativas para que possa vir a ser implementado?

6. É o relato que se fazia necessário. Passo a enfrentar a consulta.

APRECIÇÃO

I – Estágio atual de evolução do tema e contexto em que a análise jurídica será desenvolvida

7. Por meio do Voto 31/2023-BCB, de 2023, a Diretoria Colegiada do BCB atualizou as diretrizes relativas ao modelo de CBDC a ser implementado no Brasil. É importante, no entanto, ter presente que o modelo descrito não é ainda definitivo e não tem todas as suas características operacionais já estabelecidas. Ao contrário, levando em conta “*o estágio de desenvolvimento da iniciativa e a dinâmica das discussões e dos projetos em andamento sobre o tema em nível mundial*”, a Diretoria Colegiada do

4 Item 4 do Documento Interno 100166/2023-BCB/DEBAN (doc. 1).

5 Item 6 do Documento Interno 100166/2023-BCB/DEBAN (doc. 1).

6 Item 7 do Documento Interno 100166/2023-BCB/DEBAN (doc. 1).

BCB deixou claro no Voto 31/2023-BCB que espera uma contínua “*reavaliação das diretrizes à medida que a iniciativa e as discussões com as partes interessadas evoluam*”⁷.

8. O Voto 31/2023-BCB apenas condensou, portanto, “*o entendimento atual do BCB em relação ao tema, a fim de direcionar a evolução da iniciativa do Real Digital e guiar discussões com reguladores domésticos e estrangeiros, organismos internacionais, indústria e academia*”⁸. É nesse contexto, por conseguinte, que a presente análise será empreendida. Buscar-se-á, à luz do estágio atual de evolução do assunto, das premissas – não necessariamente definitivas, como se viu – fixadas no Voto 31/2023-BCB e, ainda, das bases hipotéticas estabelecidas pelo Consultor Fábio Araújo no Documento Interno 100166/2023-BCB/DEBAN, avaliar, sob a perspectiva jurídica, a compatibilidade do modelo vislumbrado para o arranjo de liquidação da Plataforma Drex com a legislação vigente no País.

9. Para tanto, serão analisados inicialmente os pontos de coincidência entre o modelo cogitado para o arranjo de liquidação da Plataforma Drex e um novo tipo de infraestrutura de mercado financeiro descrito na literatura especializada como sendo capaz de promover o aperfeiçoamento do sistema monetário e de aproveitar os benefícios trazidos pela “tokenização”. Procura-se, com isso, demonstrar tanto o alinhamento da iniciativa brasileira às melhores referências técnicas internacionais quanto a possibilidade de que, em face das características do modelo de arranjo de liquidação vislumbrado no Voto 31/2023-BCB, o quadro normativo que já rege atualmente a criação de reservas de banco central no ordenamento jurídico brasileiro seja também aplicado à emissão de CBDC na Plataforma Drex.

10. Passa-se, a seguir, a examinar se a emissão de CBDC e a consequente criação de uma infraestrutura voltada a lhe dar suporte técnico e operacional (a Plataforma Drex) encontra-se abrangida pelo “mandato” que o ordenamento jurídico brasileiro confere ao BCB. Ao final, são respondidas as indagações especificamente formuladas nas letras “a” a “d” do item 8 do Documento Interno 100166/2023-BCB/DEBAN.

II – Pontos de contato entre o modelo cogitado para o arranjo de liquidação da Plataforma Drex e o ‘novo tipo de infraestrutura de mercado financeiro’ defendido na literatura especializada para o aprimoramento do sistema monetário

11. Mesmo com as ressalvas feitas nos parágrafos iniciais da presente manifestação, já se pode identificar algumas características centrais definidoras do modelo de CBDC que o BCB pretende adotar. Conforme se lê no Voto 31/2023-BCB, considera-se importante “*manter a intermediação financeira e a capacidade de alavancagem e de geração de crédito do sistema bancário*”, razão pela qual “*o acesso a clientes finais, pessoas naturais e pessoas jurídicas não financeiras, deve se dar por meio de moedas digitais emitidas por agentes autorizados pelo BCB, ou seja, versões tokenizadas de depósitos à vista em instituições financeiras (IFs) e de moedas eletrônicas em instituições de pagamento (IPs)*”⁹. Segundo o modelo proposto nas diretrizes, o Drex cumprirá a função de “*ancorar operações entre ‘tokens’ referentes a depósitos à vista e moeda eletrônica, fornecendo mecanismos de liquidação atômica para ativos digitais em geral*”¹⁰.

7 Parágrafo 15 do Voto 31/2023-BCB, de 14 de fevereiro de 2023.

8 Parágrafo 15 do Voto 31/2023-BCB, de 14 de fevereiro de 2023.

9 Parágrafo 12 do Voto 31/2023-BCB, de 14 de fevereiro de 2023.

10 Parágrafo 18 do Voto 31/2023-BCB, de 14 de fevereiro de 2023.

12. O desenho pretendido para a infraestrutura é explicitado nos parágrafos 28 a 33 do Voto 31/2023-BCB:

“28. A fim de minimizar a complexidade do sistema, mantendo o foco nos principais ganhos permitidos pela tecnologia, o Piloto RD utilizará uma plataforma com base em DLT, suportando registro de ativos (pré-determinados) de naturezas distintas (multiativo), bem como transações entre eles. (...)”

29. O Piloto RD simulará transações de emissão, resgate e transferência desses ativos, bem como os fluxos financeiros decorrentes de eventos de negociação. Essas transações deverão contemplar a liquidação condicionada e simultânea entre os ativos registrados, a fim de garantir a Entrega contra Pagamento (DvP), até o nível do cliente final. Nos termos da tecnologia de que trata, tal capacidade denomina-se liquidação atômica.

30. Na linha dos serviços atualmente prestados pelo BCB, a infraestrutura não permitirá saldo a descoberto em nenhuma transação com os ativos registrados. A fim de maximizar um dos benefícios potenciais da tecnologia, os registros dos ativos e as transações deverão possibilitar fragmentação, respeitando o sistema de apreamento centesimal.

31. A infraestrutura conterà as funcionalidades essenciais das camadas de registro dos ativos, de liquidação de suas transferências e de protocolos, bem como os contratos inteligentes necessários para a execução das transações propostas no Piloto RD.

32. Propõe-se a manutenção da elegibilidade de acesso ao passivo do BCB, ou seja, que sejam mantidos os critérios de acesso às contas Reservas Bancárias ou de Liquidação previstos na disciplina legal e regulatória vigente.

33. A inclusão dos depósitos bancários à vista e da moeda eletrônica, detidos pelas instituições financeiras e pelas instituições de pagamento, visa à disponibilização dos benefícios da tecnologia DLT para os clientes finais do SFN e do SPB. Os clientes finais terão acesso à infraestrutura por meio de seus relacionamentos com as instituições financeiras e de pagamentos, sem acesso direto à moeda digital do BCB ou a ferramentas de programação disponíveis na plataforma. Tal proposta permite que os clientes finais tenham acesso a serviços e ao mercado de ativos tokenizados, ao passo que preserva a integridade, a estabilidade e a intermediação no SFN, bem como os mecanismos de multiplicação bancária e o normal funcionamento do mercado de crédito. [Grifou-se]

13. Já é possível, pois, encontrar semelhanças entre o modelo de arranjo de liquidação que se pretende implementar na Plataforma Drex e um **novo tipo de infraestrutura de mercado financeiro** – um “registro unificado” (ou, em inglês, “unified ledger”) – que vem sendo defendido na literatura especializada como alternativa capaz de explorar os benefícios trazidos pela “tokenização”, mediante a combinação de moeda de banco central, depósitos tokenizados e ativos tokenizados em uma única “plataforma programável”.

14. No Relatório Econômico Anual de 2023 do Banco de Compensações Internacionais (BIS), há um capítulo especificamente dedicado a explorar as possibilidades de aperfeiçoamento do “Sistema Monetário do Futuro”, no qual se promove a ideia de que um “registro unificado”, ao reunir em uma única “plataforma programável” moeda digital de banco central de atacado (wholesale CBDC)¹¹

¹¹ De acordo com classificação adotada pelo BIS, existem dois tipos de CBDCs: CBDCs “de varejo” (retail CBDCs ou rCBDCs) são destinadas ao público geral, tendo por objetivo providenciar um meio de pagamento digital livre de riscos para transações do dia-a-dia. CBDCs “de atacado” (wholesale CBDCs ou wCBDCs), por outro lado, são projetadas para uso entre intermediários financeiros e operam como reservas de banco central, mas com funcionalidades adicionais viabilizadas pela “tokenização”. BIS Financial Stability Institute. FSI Connect. Central Bank Digital Currencies – Executive Summary. Disponível em: <https://www.bis.org/fsi/fsisummaries/cbdc.pdf> Acesso em 14 de novembro de 2023.

e moeda privada tokenizada, pode aprimorar significativamente a forma como os pagamentos são executados:

“ *BIS Annual Economic Report 2023*

*III. Blueprint for the future monetary system: improving
the old, enabling the new*

Key takeaways

- *Tokenisation of money and assets has great potential, but initiatives to date have taken place in silos without access to central bank money and the foundation of trust it provides.*
- *A new type of financial market infrastructure – a unified ledger – could capture the full benefits of tokenisation by combining central bank money, tokenised deposits and tokenised assets on a programmable platform.*
- *As well as improving existing processes through the seamless integration of transactions, a unified ledger could harness programmability to enable arrangements that are currently not practicable, thereby expanding the universe of possible economic outcomes.*

(...)

While the monetary system has served society well, its current design could lead to the emergence of pinch points. Digital money currently sits at the edges of communication networks, where it resides in siloed proprietary databases operated by banks and non-banks. External messaging systems are required to link these databases. The separation of messaging, reconciliation and settlement can lead to delays and means that participants often have an incomplete view of completed actions. Consequently, errors may go undetected for longer, leading to higher error resolution costs and increased operational risk. For these reasons, payment processes can be costly, cumbersome, slow and opaque. And they can fall short of meeting users’ changing demands.

(...)

*A unified ledger could improve the way payments are executed. **Having private tokenised monies and CBDC on the same platform eliminates the need for the sequential messages across siloed databases. This enables so-called atomic settlement, in which two assets are exchanged simultaneously, such that the transfer of one occurs only upon transfer of the other. In the process, settlement, ie the wholesale leg of the payment from one intermediary to another, also occurs instantaneously in wholesale CBDC.** At the same time, the use of a partitioned data environment with appropriate access controls allows full transparency for the transacting parties, while keeping the transaction private from those who are not involved. Finally, by combining messaging and payment rails on the same platform, the ledger eliminates delays in the payment process, thereby mitigating settlement risk.” [Grifou-se]¹²*

15. Tanto no modelo vislumbrado para a Plataforma Drex nas diretrizes estabelecidas pelo Voto 31/2023-BCB quanto no modelo de “registro unificado” acima explicitado há um aspecto determinante: a manutenção da atual estrutura de dois níveis (“two-tiered structure”) do sistema monetário. Nessa estrutura, a “moeda pública” (“public money”) é emitida pelo banco central ou

¹² BIS Annual Economic Report 2023. “Blueprint for the Future Monetary System: improving the old, enabling the new”, pp. 85 e 98.

por meio da emissão de cédulas e moedas metálicas ou por meio da emissão de “reservas de banco central”, ao passo que a “moeda privada” é emitida por bancos comerciais na forma de depósitos ou por instituições não-bancárias na forma de moeda eletrônica¹³. Assim, a única forma de “moeda pública” diretamente acessível ao público geral são as cédulas e as moedas metálicas (moeda física). Instituições financeiras bancárias, por outro lado, podem obter “moeda pública” por via eletrônica, mediante acesso às reservas de banco central¹⁴.

16. A manutenção desse aspecto central da estrutura do sistema monetário contemporâneo é um elemento destacado pelo BIS ao promover o seu modelo de “registro unificado”:

“ *The success of tokenisation rests on the foundation of trust provided by central bank money and its capacity to knit together key elements of the financial system. This capacity derives from the central bank’s role at the core of the monetary system. Among its many functions, the central bank issues the economy’s unit of account and ensures the finality of payments through settlement on its balance sheet. Building on the trust in central bank money, the private sector uses its creativity and ingenuity to serve customers. In particular, commercial banks issue deposits, the most common form of money held by the public. Supported by regulation and supervision, this two-tiered structure preserves the ‘singleness of money’: the property that payments denominated in the sovereign unit of account will be settled at par, even if they use different forms of privately and publicly issued monies.*

(...)

*In embracing evolution and change, central banks and the private sector should follow key guiding principles to ensure that the monetary system harnesses innovation for the public interest. First, **the tried and tested division of roles between the public and private sector in the two-tiered system remains the cornerstone.***

(...)

Guiding Principles for a unified ledger

*Any application of the unified ledger concept should adhere to a number of high-level guiding principles. **First and foremost, any application should be fully integrated with the two-tiered structure of the monetary system. In this way, the central bank could continue to support the singleness of money by providing settlement in wholesale CBDC, and the private sector could continue to innovate to the benefit of households and firms.*** [Grifou-se]¹⁵

17. Esse é, igualmente, um elemento essencial enfatizado no Voto 31/2023-BCB:

“32. Propõe-se a manutenção da elegibilidade de acesso ao passivo do BCB, ou seja, que sejam mantidos os critérios de acesso às contas Reservas Bancárias ou de Liquidação previstos na disciplina legal e regulatória vigente.

13 Em relação à “moeda eletrônica”, como, no Brasil, há a necessidade de manutenção de lastro integral pela instituição que a disponibiliza em conta de pagamento, a “emissão” corresponde apenas à representação digital de moeda já existente. Não existe, assim, a criação de moeda típica do multiplicador bancário.

14 A atual estrutura de dois níveis é explicada pelo BIS da seguinte forma: “*Today, money exists in two forms. Public money is issued by a central bank via banknotes and central bank reserves, while private money is issued by commercial banks in the form of deposits and non-bank financial institutions in the form of electronic money (e-money). Banknotes are the only form of public money available to the general public. Banks, in contrast, also have access to public money in electronic form, via central bank reserves.*” BIS Financial Stability Institute. FSI Connect. Central Bank Digital Currencies – Executive Summary, Setembro de 2021. Disponível em: <https://www.bis.org/fsi/summary/cbdc.pdf>. Acesso em 14 de novembro de 2023.

15 BIS Annual Economic Report 2023. Op. Cit., pp. 86-87 e 104.

33. *A inclusão dos depósitos bancários à vista e da moeda eletrônica, detidos pelas instituições financeiras e pelas instituições de pagamento, visa à disponibilização dos benefícios da tecnologia DLT para os clientes finais do SFN e do SPB. Os clientes finais terão acesso à infraestrutura por meio de seus relacionamentos com as instituições financeiras e de pagamentos, sem acesso direto à moeda digital do BCB ou a ferramentas de programação disponíveis na plataforma. Tal proposta permite que os clientes finais tenham acesso a serviços e ao mercado de ativos tokenizados, ao passo que preserva a integridade, a estabilidade e a intermediação no SFN, bem como os mecanismos de multiplicação bancária e o normal funcionamento do mercado de crédito.* [Grifou-se]

18. Alinhado, portanto, ao modelo de “registro unificado” defendido pelo BIS, o modelo vislumbrado no Voto 31/2023-BCB para a Plataforma Drex igualmente mantém a diretriz fundamental – que está, como se viu, na essência do sistema monetário vigente – de que a única forma de “moeda pública” emitida pelo BCB *diretamente acessível* ao público geral continuará a ser a moeda física tradicional (ou seja, as cédulas e moedas metálicas), ao passo que determinados intermediários financeiros, ainda que em um ambiente diverso (um novo tipo de infraestrutura criada e administrada pelo BCB) permanecerão a ser os únicos entes autorizados, tal como ocorre no marco regulatório vigente, a obter “moeda pública” por via eletrônica, mediante acesso às reservas de banco central.

19. Conforme esclarece o Consultor Fábio Araújo no Documento Interno 100166/ 2023-BCB/DEBAN, no arranjo de liquidação descrito pelo Voto 31/2023-BCB, a moeda digital será emitida “*como meio de pagamento, a fim de dar suporte à oferta de serviços financeiros de varejo liquidados por meio de tokens de depósitos em participantes do Sistema Financeiro Nacional (SFN) e do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB)*”. Nesse sistema, a emissão monetária, “*no atacado, consiste no registro, na Plataforma Drex, das reservas mantidas no BCB pelos agentes bancários e instituições de pagamentos*”, ao passo que, “*de forma complementar, no varejo, a emissão corresponde ao registro de saldos de contas corrente ou de contas de pagamentos na plataforma do Drex*”¹⁶.

20. O modelo vislumbrado no Voto 31/2023-BCB para o arranjo de liquidação presente na Plataforma Drex mantém, dessa forma, “*os critérios de acesso às contas Reservas Bancárias ou de Liquidação previstos na disciplina legal e regulatória vigente*”, deixando, por conseguinte, inalterada a “*elegibilidade de acesso ao passivo do BCB*”. Isso quer dizer, em outras palavras, que as mesmas entidades que já possuem, à luz da legislação vigente, acesso por via eletrônica a reservas de banco central continuarão a ter esse acesso, ainda que em uma nova infraestrutura criada e administrada pelo BCB.

21. O quadro normativo que rege atualmente a criação de reservas de banco central no ordenamento jurídico brasileiro¹⁷ pode, assim, ser também aplicado à emissão de CBDC na Plataforma Drex. Muda-se o ambiente, mas mantêm-se as regras jurídicas que regem a matéria.

¹⁶ Item 3 do Documento Interno 100166/2023-BCB/DEBAN (doc. 1).

¹⁷ Ao examinarem as legislações relativas à libra esterlina, ao dólar americano e ao euro, Will Bateman e Jason Allen apontam a relativa “obscuridade” da base jurídica que ampara, nesses ordenamentos, a criação de reservas de banco central. Não há em nenhum desses sistemas jurídicos, segundo os autores, um dispositivo legal que confira especificamente ao Banco da Inglaterra, aos *Federal Reserve Banks* ou, ainda, ao Banco Central Europeu e aos bancos centrais nacionais integrantes do *Eurosystem* “poderes explícitos” para a criação de reservas de banco central. A autoridade normativa dessas entidades para tanto repousaria, assim, no “poder geral” que a legislação lhes confere para acolher, em contas de bancos centrais, depósitos de bancos comerciais e outros intermediários (feitos de forma compulsória ou facultativa), bem como para com eles realizar certas transações financeiras. Essa conclusão pode ser também aplicada à realidade brasileira. Na legislação nacional, igualmente não há a atribuição de poderes explícitos ao BCB para a criação de reservas de banco central, podendo, no entanto, tal autoridade normativa ser inferida do “poder geral” conferido por dispositivos legais à autoridade monetária para acolher, em contas do BCB, depósitos de bancos comerciais e outros intermediários, bem como com eles realizar certas transações financeiras. O ponto será explorado com maior profundidade no item III do presente parecer. Para uma análise exauriente feita com base no direito comparado, confira-se BATEMAN, Will; ALLEN, Jason. *The Law of Central Bank Reserve Creation*. *The Modern Law Review*, 2022, 85(2), pp. 401-434.

III – Emissão de CBDC e o “mandato” conferido por lei ao Banco Central

22. Em publicação do Fundo Monetário Internacional (FMI) especificamente voltada ao tema, enfatiza-se a necessidade de que, sob a perspectiva jurídica, a emissão de moeda digital por banco central esteja abrangida pelo “mandato” que é conferido por lei à autoridade monetária pelo ordenamento jurídico de cada país. Para que essa aferição possa ser feita, devem ser analisadas as disposições legais concernentes a dois aspectos fundamentais: as “funções” e os “poderes” atribuídos por lei ao banco central:

“22. *The activities of all central banks are governed by so-called ‘central bank laws’ (which in the case of monetary unions can take the form of a treaty). These laws—often called ‘organic’—establish (or authorize to establish) central banks, provide for their decision-making bodies, lay the foundations for their autonomy, and prescribe their mandate. The key concept here is the mandate. Actions of a central bank beyond its mandate are vulnerable to political and legal challenges, in particular on grounds of general principles of administrative law (such as the ‘attributed powers’ or ‘specialty’ principles).*”

23. *In light of the principle of attribution of powers, the issuance of CBDC will require a firm anchor in the mandate established by the central bank law. This is especially important because the issuance of CBDC is a novel and potentially contentious activity. Without a clear and explicit mandate to issue CBDC, questions can arise as to whether a central bank is legally authorized to issue such currency, which is ultimately a liability, i.e., a debt, of the central bank. The issuance of non-authorized debt by a central bank would in turn give rise to serious legal, financial and reputational risks for the central bank and (the members of) its decision-making bodies.*

24. *Whether the issuance of CBDC falls under the mandate of a central bank requires an analysis of the central bank law’s provisions concerning two aspects of its mandate, namely its functions (sometimes also called ‘tasks’ or ‘duties’)—‘what’ a central bank must do to achieve its objectives—and its powers—‘how’ a central bank can act to implement its functions. The link between those two legal concepts is important. On the one hand, statutory functions can in many instances only be executed through the exercise of legal powers. On the other hand, a central bank can only exercise its legal powers in the context of the exercise of its statutory functions.” [Grifou-se]¹⁸*

23. Especificamente em relação a uma CBDC de acesso restrito a intermediários financeiros e vinculada a contas (*account-based CBDC*)¹⁹, entende-se que o suporte jurídico necessário para a sua emissão é a presença, na legislação nacional, de norma que confira ao banco central o poder de abrir contas correntes nos seus livros, o que geralmente costuma ocorrer apenas para um grupo limitado de instituições autorizadas:

¹⁸ BOSSU, Wouter; ITATANI, Masaru; MARGULIS, Catalina; ROSSI, Arthur; WEENINK, Hans; YOSHINAGA, Akihiro. *Legal Aspects of Central Bank Digital Currency: Central Bank and Monetary Law Considerations*. IMF Working Paper, WP/20/254, pp. 13-14.

¹⁹ Cumpre observar que, embora o Voto 31/2023-BCB contenha referências ao termo “tokenização” e explore a ideia de ativos “tokenizados”, o modelo de CBDC cuja adoção é nele cogitada corresponde ao que a literatura especializada classifica como uma “*account-based CBDC*”, ou seja, conectada a uma conta mantida pelo seu titular com o banco central. Para uma distinção entre os modelos de “*account-based*” e “*token-based*” CBDCs, confira-se a obra citada na nota 18 da presente manifestação, na qual se conclui que, sob a perspectiva jurídica, faz mais sentido que uma CBDC de atacado seja emitida sob a forma “*account-based*” (“*At least from a legal perspective, it would make a lot of sense to issue wholesale CBDC in the account-based form*”).

“ Power to open accounts in the central bank’s books: Many central bank laws include a specific power to open and hold for clients cash current accounts in their books. Such a power has many purposes: allow the central bank to act as banker to banks and to State, support the payment system function, and serve the implementation of monetary policy. Because account-based CBDC is essentially book money, its issuance will only be authorized for those entities for whom the central bank has the legal power to open cash current accounts.” [Grifou-se]²⁰

24. Mesmo quando a autorização legal para a abertura e manutenção dessas contas não seja prevista de modo explícito na legislação nacional, o poder de um banco central para abri-las e mantê-las – e, portanto, para emitir CBDC de acesso exclusivo a intermediários que mantenham contas na autoridade monetária – pode também ser extraído de outras disposições normativas presentes na legislação de regência do banco central (*Central Bank Law*), as quais lhe atribuem competência legal para o desempenho de funções e atividades que, implicitamente, pressupõem a abertura e manutenção dessa contas:

“ C. Central Bank Law and Account-based CBDC

Many central bank laws will support the issuance of account-based CBDC to financial institutions, but its issuance to the general public will often lack a sufficient legal basis.

40. Many central bank laws include legislative provisions on the power of the central bank to open cash current accounts in its books. As with the issuance of currency, practices among the IMF membership differ.

- One group of central bank laws restricts the power of the central bank to open cash current accounts to a closed group of institutions, which typically are limited to the State, public institutions and financial institutions, or even narrower to banks.

- *Another group of central bank laws does not restrict the opening of cash current accounts to a closed group of institutions. In some cases, the law will simply not impose any restrictions. In other cases, offering cash current accounts to natural persons is explicitly allowed. In rare cases, opening cash current accounts to the general public is allowed, but only under certain circumstances.*

- *In a third category of laws, restrictions on the type of account holders can be lifted by decision of the central bank’s board of directors or the minister of finance.*

41. In the absence of an explicit authorization to open cash current accounts, the central bank might be deemed to have such a power as a result of the implied powers doctrine in jurisdictions where this doctrine is accepted. In the same situation, wording allowing a central bank to undertake central bank activities incidental to the performance of its functions could be helpful in this regard. The same applies to ancillary powers.

What does this mean with regard to the issuance of account-based CBDC?

42. Issuance of Account-based CBDC is authorized: Those central bank laws which include an explicit power to open cash current accounts for the State and banks, can be considered to be authorized to offer account-based CBDC to the State and banks. Where the central bank is also allowed to open cash current accounts to physical persons—as the case may be, by special decision—the central bank is, or can be, authorized to issue account-based CBDC also to the general public. Where the central bank law is

20 Idem, p. 15.

silent on the opening of current accounts, the same conclusion may apply to central banks with implied or incidental functions and powers (for the latter, at least once a critical mass of central banks will have issued account-based CBDC to the general public).” [Grifou-se]²¹

25. No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, atribui ao BCB competência privativa para o exercício de funções e atividades que pressupõem o poder da autoridade monetária para abrir e manter contas correntes com um grupo determinado de intermediários financeiros. Os incisos III e IV do art. 10 daquele diploma conferem ao BCB competência para “receber recolhimentos compulsórios, depósitos voluntários à vista e outros títulos contábeis das instituições financeiras”²², ao passo que o inciso V do mesmo dispositivo prevê a competência do BCB para “realizar operações de redesconto e empréstimo com instituições financeiras públicas e privadas, consoante remuneração, limites, prazos, garantias, formas de negociação e outras condições estabelecidos em regulamentação por ele editada”²³. Além disso, o art. 1º da Lei nº 14.185, de 14 de julho de 2021, confere à Autarquia expressa autorização legal para “acolher depósitos voluntários à vista ou a prazo das instituições financeiras”.

26. Tais competências legais, que consagram normativamente o poder do BCB de abrir e manter contas correntes com determinados grupos de intermediários financeiros, além de serem objeto de pormenorizada regulamentação²⁴, refletem, no plano jurídico-legal, o mandato constitucional recebido pelo banco central para emitir, com exclusividade, moeda no País²⁵.

27. No ordenamento jurídico brasileiro, aliás, o poder do banco central de abrir e manter contas com intermediários não se limita a instituições financeiras bancárias, que podem ser titulares das contas “Reservas Bancárias”²⁶. Entidades de natureza jurídica diversa, também autorizadas a funcionar pelo BCB, como as instituições de pagamento, podem ser titulares das denominadas “Contas de Liquidação”²⁷, igualmente mantidas na Autarquia. O art. 14 da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, confere, nesse sentido, ao BCB expressa autorização legal para “acolher depósitos de entidades não financeiras integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), conforme remuneração, limites, prazos, formas de negociação e outras condições por ele estabelecidos”.

²¹ BOSSU, Wouter; ITATANI, Masaru; MARGULIS, Catalina; ROSSI, Arthur; WEENINK, Hans; YOSHINAGA, Akihiro. *Op. Cit.* pp. 22-23.

²² Lei 4.595, de 1964. Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: (...) III - determinar o recolhimento de até cem por cento do total dos depósitos à vista e de até sessenta por cento de outros títulos contábeis das instituições financeiras, seja na forma de subscrição de Letras ou Obrigações do Tesouro Nacional ou compra de títulos da Dívida Pública Federal, seja através de recolhimento em espécie, em ambos os casos entregues ao Banco Central do Brasil, a forma e condições por ele determinadas (...); IV - receber os recolhimentos compulsórios de que trata o inciso anterior e, ainda, os depósitos voluntários à vista das instituições financeiras, nos termos do inciso III e § 2º do art. 19.

²³ Lei 4.595, de 1964. Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: (...) V - realizar operações de redesconto e empréstimo com instituições financeiras públicas e privadas, consoante remuneração, limites, prazos, garantias, formas de negociação e outras condições estabelecidos em regulamentação por ele editada.

²⁴ A Resolução BCB nº 105, de 9 de junho de 2021, disciplina as contas Reservas Bancárias e de Liquidação mantidas no BCB. A conta Reservas Bancárias é uma “conta de titularidade das instituições financeiras bancárias, mantida no Banco Central do Brasil para fins de acolhimento dos depósitos dessas instituições e de transferência de fundos no âmbito do Sistema de Transferência de Reservas (STR)” (art. 2º, XVI), ao passo que a Conta de Liquidação é uma “conta de titularidade das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e de liquidação, dos fundos garantidores de crédito e das demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil que não possam ser titulares de conta Reservas Bancárias, mantida no BCB para fins de acolhimento dos depósitos dessas instituições e de transferência de fundos no âmbito do STR”. (art. 2º XVII). Os procedimentos operacionais relacionados à conta Reservas Bancárias e à Conta de Liquidação encontram-se disciplinados pela Instrução Normativa nº 307, de 21 de setembro de 2022.

²⁵ O texto constitucional, além de determinar, no *caput* do art. 164, que a “competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central”, autoriza o BCB a “conceder empréstimos a instituições financeiras” (§ 1º) e a “comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros” (§ 2º).

²⁶ Ver nota 22, *ut supra*.

²⁷ Ver nota 22, *ut supra*.

28. Pode-se, pois, à luz do acima exposto, concluir que o “mandato” conferido por lei ao BCB – detentor, como se viu, de competências específicas para o exercício de funções e atividades que pressupõem o **poder de abrir e manter contas correntes com um grupo determinado de intermediários** – abrange a possibilidade de emissão de CBDC nos moldes cogitados no Voto 31/2023-BCB para a Plataforma Drex.

29. Essa conclusão é reforçada por outra função relevante atribuída por lei ao BCB: a competência legal para **regular e supervisionar sistemas de pagamento**, prevista em diversos dispositivos da Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001²⁸.

30. Segundo a literatura especializada, a regulamentação e gestão dos procedimentos relacionados à transferência de valores monetários em infraestruturas – aí incluídas CBDCs “tokenizadas” em sistemas com tecnologia de registro distribuído – pode ser considerada como abrangida pela função dos bancos centrais de regular e supervisionar os sistemas de pagamento. Isso porque, de acordo com o já mencionado estudo realizado pelo FMI sobre a matéria, é “inerente” ao estabelecimento de uma moeda digital por um banco central a implementação de uma infraestrutura que viabilize a transferência de valor monetário entre os seus participantes:

“ *Payment Systems Function: This is another traditional function of central banks to operate and oversee payment systems. What does this function entail for the issuance of CBDC? Naturally, any design of a form of money must inherently include a manner to transfer that money between economic agents. For money that is not a physical token, such transfer must almost by definition occur through some form of a ‘system’. For token-based CBDC, an argument could hence be made that the technology and procedures to be used to transfer the CBDC, say on a permissioned distributed ledger, could amount to a payment system.*” [Grifou-se]²⁹

31. Leis nacionais que atribuam ao banco central competências amplas para exercer a função de “supervisionar e promover a solidez do sistema nacional de pagamentos” – é esse o caso, no Brasil, da Lei nº 10.214, de 2001, e da Lei nº 12.865, de 2013 – permitem, assim, a conclusão de que está inserida entre essas competências, no contexto da emissão de CBDC, a criação, do ponto de vista técnico, operacional e jurídico, de uma infraestrutura que viabilize a transferência de valores monetários entre os seus participantes:

“ 46. What is the legal impact of the payment system function? Central bank laws differ in the manner in which they establish this function.

• Many central bank laws limit this function to payment systems in the strict sense of the word, i.e., a specific payment infrastructure. Among those central bank laws, there are a few which limit the payment system even further to “interbank” payment systems only.

28 O art. 2º da Lei nº 10.214, de 2001, confere ao BCB, “em sua área de competência”, a atribuição de autorizar o funcionamento e atuação dos integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB). O art. 4º do mesmo diploma atribui à Autarquia a competência para monitorar “o volume e a natureza dos negócios em sistemas de pagamento”, podendo o BCB, caso identificada a possibilidade de oferecimento de risco à solidez e ao normal funcionamento do sistema financeiro, “determinar às câmaras e aos prestadores de serviços de compensação e de liquidação que assumam a posição de parte contratante, para fins de liquidação das obrigações”. O art. 5º da Lei nº 10.214, de 2001, por seu turno, dá ao BCB competência para “baixar regulamentação” relativa à necessidade de separação de patrimônio especial por parte de câmaras e prestadores de serviços de compensação e de liquidação responsáveis por um ou mais ambientes sistemicamente importantes. O art. 10, por fim, confere ao BCB uma competência ampla para “baixar as normas e instruções necessárias ao cumprimento” da Lei nº 10.214, de 2001.

29 BOSSU, Wouter; ITATANI, Masaru; MARGULIS, Catalina; ROSSI, Arthur; WEENINK, Hans; YOSHINAGA, Akihiro. *Op. Cit.* p. 15.

- *Other central bank laws are more general and charge the central bank with overseeing and promoting the soundness of 'the (national) payment system'. This is a much broader concept than the 'payment systems' discussed above and refers to the ensemble of institutions (banks, payment institutions) and infrastructures (payment and securities settlement systems, central securities depositories, central counterparties, clearing houses) that, taken together, are used to transfer monetary value within an economy.*

47. *What is the relevance of those provisions for CBDC? Irrespective of the exact circumscription of the payment system function, the payment systems which central banks operate today are almost all interbank payment systems, in that the participation in those systems is limited to banks—and often only sizeable banks. The establishment of token-based or account-based CBDC will inevitably entail the creation of a technical, operational and legal infrastructure that will transfer monetary value between users. This infrastructure can arguably be considered as a 'payment system'. As long as only banks (and similar financial institutions) participate in such a system, there is no problem.*” [Grifou-se]³⁰

32. Vale aqui destacar que, por se situarem em uma posição de relevo nos sistemas em que os pagamentos interbancários são tipicamente liquidados, os bancos centrais há muito desempenham um papel fundamental como “intermediários de pagamentos”. Historicamente executam as funções essenciais de receber contas de depósitos e de prover os meios necessários e adequados para que pagamentos possam ser liquidados³¹.

33. A literatura especializada aponta, inclusive, a existência de uma “ligação indissociável” entre as atividades desempenhadas por um banco central (“*central banking*”) e os sistemas de pagamento. Em um número considerável de países, seja pela evolução natural, seja por atribuição direta do ordenamento jurídico, bancos centrais passaram a executar a missão institucional de prover arranjos de liquidação e gerir infraestruturas que viabilizam e definem os termos e condições em que transferências monetárias podem ser efetivadas³².

34. Vista como capaz de promover e fortalecer a *confiança social* nos sistemas de pagamento, a atuação de bancos centrais na área justifica-se pelo interesse público existente na manutenção de sistemas estáveis, eficientes e dotados de mecanismos adequados de contenção e mitigação de riscos. Essa compreensão levou a doutrina especializada a classificar o bom funcionamento de infraestruturas de pagamento, em virtude do papel crítico que exercem em relação à economia como um todo, como um *bem público* merecedor de proteção estatal³³.

³⁰ Idem, pp. 24-25.

³¹ Nesse sentido, JOHNSON, Christian A.; STEIGERWALD, Robert S. *The Central Bank's Role in the Payment System: Legal and Policy Aspects*. Current Developments in Monetary and Financial Law, Fundo Monetário Internacional, 2008, p. 445.

³² Essa “ligação indissociável” entre as atividades de um banco central e os sistemas de pagamento é identificada, por exemplo, por Stephen Millard e Victoria Saporta em publicação do Banco da Inglaterra sobre o tema: “*Central banking and payment systems—systems consisting of a settlement asset, credit arrangements, infrastructure and rules over which monetary value can be transferred—are inextricably linked. In a number of countries, central banking institutions evolved naturally or were imposed by the state to provide the ultimate settlement asset at the apex of the payment hierarchy*”. (MILLARD, S.; SAPORTA, V. “*Central banks and payment systems: Past, present and future*” Background Paper, Bank of England Conference, “*The Future of Payments*,” Londres, Maio de 2005).

³³ A capacidade dos bancos centrais de promoverem a confiança social nos sistemas de pagamento contemporâneos e a natureza de “bem público” das infraestruturas de pagamento é apontada por Iris H-Y Chiu em artigo sobre o tema: “*The central bank, seen in many jurisdictions as the keeper of economic health, and usually independent of governments, is still trusted as a technocracy that can deliver public interest in overall economic welfare. This central institution of many payment systems in no small part underpins social confidence and trust in existing payment systems. (...) Central bank support exists pursuant to the public interest objectives underlying the maintenance of stable, reliable and risk-managed large value transfer systems, firmly establishing the public good nature of payment infrastructure as critical infrastructure*.” CHIU, Iris H-Y. “*A new era in fintech payment innovations? A perspective from the institutions and regulation of payment systems*”. Law, Innovation and Technology, Volume 9, 2, 2007, pp. 194-196.

35. Não por outra razão, o BCB administra e opera atualmente três infraestruturas públicas fundamentais para o regular funcionamento dos pagamentos no Brasil: o Sistema de Transferência de Reservas (STR), mecanismo voltado a permitir a realização de transferências entre instituições que mantenham contas na Autarquia; o Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), que custodia títulos públicos federais e promove a liquidação de operações com esses papéis; e o Sistema de Pagamentos Instantâneo (SPI), infraestrutura centralizada que viabiliza a liquidação de pagamentos instantâneos no País.

36. No Parecer Jurídico 482/2020-BCB/PGBC³⁴, a PGBC identificou o “conjunto de normas, previsto em estatutos legais distintos” que confere ao BCB, no ordenamento jurídico brasileiro, a necessária autorização legal para “criar e gerir sistema de liquidação de pagamentos e a estabelecer arranjo para seu regular funcionamento”. O pronunciamento jurídico em questão destaca, ainda, que o estabelecimento e a operação de sistemas de pagamento de grande importância sistêmica são tarefas “comumente assumidas pelos bancos centrais ao redor do mundo”:

“12. O estabelecimento e a operação de sistemas de pagamento de grande importância sistêmica são tarefas comumente assumidas pelos bancos centrais ao redor do mundo. Propicia-se, por meio deles, sistemas basilares para a prática de transações, de modo seguro e confiável, entre as instituições que integram o mercado financeiro, normalmente permitindo-se que as operações se concretizem mediante a sensibilização de recursos mantidos no próprio banco central (liquidação em moeda de banco central).

13. No Brasil, como se sabe, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, prevê, em seu art. 3º, inciso V, que a política do CMN objetivará ‘propiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros, com vistas à maior eficiência do sistema de pagamentos [...]’. A mesma Lei dispõe ser da competência privativa do BCB o recebimento dos ‘depósitos voluntários à vista das instituições financeiras’ (art. 10, inciso IV). Já a Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001, que instituiu o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), determina que o CMN e o BCB, em suas correspondentes esferas de competência, baixem ‘normas e instruções necessárias ao cumprimento dessa lei’ (art. 10). Mais recentemente, a Lei nº 12.865, de 2013, além de conceituar os novos elementos que passaram a integrar o SPB e de definir os princípios norteadores de suas atividades, conferiu ao BCB, respeitadas as diretrizes traçadas pelo CMN, competência para ‘disciplinar os arranjos de pagamento’, para ‘autorizar a instituição de arranjos de pagamentos no País’ e para ‘adotar medidas para promover competição, inclusão financeira e transparência na prestação de serviços de pagamento’ (art. 9º, incisos I, IV e X, respectivamente). Essa nova Lei, além disso, autorizou a Autarquia a ‘acolher depósitos em benefício de entidades não financeiras integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro’ (art. 14), bem como a ‘baixar as normas e instruções necessárias ao seu cumprimento’ (art. 15).

14. Esse conjunto de normas, previsto em estatutos legais distintos, ao atribuir ao BCB (sob as diretrizes do CMN), de um lado, capacidade normativa e de supervisão sobre os serviços de pagamento e, de outro, o encargo de acolher depósitos de instituições financeiras e das entidades que atuam no âmbito do SPB, autoriza a Autoridade Monetária a criar e gerir sistema de liquidação de pagamentos e a estabelecer arranjo para seu regular funcionamento. Como bem apontou o Decem, mesmo antes da edição da Lei nº 12.865, de 2013, o BCB, com fundamento nas outras regras do arcabouço normativo em discussão, já havia criado e assumido a administração do STR, mecanismo voltado a permitir a realização

34 Elaborado em 6 de agosto de 2020 pelos Procuradores Lucas Alves Freire, Marcelo Madureira Prates, Igor Arruda Aragão e Marcus Paulus de Oliveira Rosa, com despachos do Subprocurador-Geral Nelson Alves de Aguiar Júnior, do Procurador-Geral Adjunto Marcel Mascarenhas dos Santos e do Procurador-Geral Cristiano Cozer.

de transferências entre instituições que mantenham contas na Autarquia (Conta Reservas Bancárias e Conta de Liquidação), e do Selic, que custodia títulos públicos federais e promove a liquidação de operações com esses papéis, mediante conexão direta com o STR.” [Grifou-se]

37. Enfatiza-se no Parecer Jurídico 482/2020-BCB/PGBC que, ao criar e gerir sistemas de liquidação, o BCB atua como autoridade pública, ou seja, “*age no exercício do mandato que lhe confere o ordenamento jurídico e o faz com vistas a perseguir o interesse público protegido em lei*”. Nessa condição, a Autarquia lança mão de sua autoridade para, entre outras medidas, avaliar a “*conveniência e oportunidade de criar o sistema*” e definir o “*modelo ideal a ser utilizado*”:

“15. É importante perceber que, ao adotar essas medidas (criação e gestão de sistema de liquidação e instituição de arranjo de pagamento correlato), o BCB atua como autoridade, ou seja, age no exercício do mandato que lhe confere o ordenamento jurídico e o faz com vistas a perseguir o interesse público protegido em lei. Na hipótese ora examinada, percebe-se que a Autarquia lança mão de sua autoridade para, por exemplo, (i) avaliar a conveniência e a oportunidade de criar o sistema e instituir o arranjo correlato; (ii) definir o modelo ideal a ser utilizado; e (iii) estipular, a bem do interesse público envolvido, as instituições que deverão participar do mecanismo, fixando a participação como mais um dos requisitos para que continuem a exercer regularmente suas atividades.”

38. Não há, pois, dúvidas de que o BCB, à luz do quadro normativo identificado no Parecer Jurídico 482/2020-BCB/PGBC e guiado por interesse público protegido em lei, possui suficiente autoridade para criar e gerir sistema de liquidação e instituir o arranjo de pagamento correlato, competindo-lhe, ainda, “*definir o modelo ideal a ser utilizado*” e “*estipular as instituições que deverão participar do mecanismo*”.

39. Já tendo sido, por outro lado, acima demonstrado que o “mandato” legal da Autarquia abrange a possibilidade de emissão de CBDC nos termos cogitados no Voto 31/2023-BCB e que é “*inerente a essa emissão a criação de uma infraestrutura que viabilize, do ponto de vista técnico, operacional e jurídico, a ocorrência de transferências monetárias nesse formato*”, a conclusão a que se chega é a de que há, no ordenamento brasileiro, sólida base jurídica para o desenvolvimento dos trabalhos voltados à implementação da Plataforma Drex.

40. Vale, por fim, acrescentar que, segundo a literatura especializada, igualmente importante para a consolidação desse entendimento é a existência de norma legal que atribua à autoridade monetária a função de “*promover a inovação tecnológica no sistema bancário*”, sobretudo se vinculada ao sistema nacional de pagamentos:

*“ 48. Also, a few central bank laws include specific wording that the **central bank has the function to promote technological innovation in the banking system. Sometimes, the relevant provisions include an explicit link with the payment system function. Such a type of provision can be relevant for CBDC.** Specifically, when the legal basis is otherwise relatively weak, **such a provision can be an additional argument to support the legal basis for the issuance of CBDC.**” [Grifou-se]³⁵*

35 BOSSU, Wouter; ITATANI, Masaru; MARGULIS, Catalina; ROSSI, Arthur; WEENINK, Hans; YOSHINAGA, Akihiro. *Op. Cit.* p. 25.

41. No ordenamento jurídico brasileiro, previsão dessa natureza pode ser encontrada no art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 179, de 24 de fevereiro de 2021, a qual estabelece como um dos objetivos centrais do BCB “*zelar pela eficiência do sistema financeiro*”³⁶. Tal previsão é complementada, no âmbito do SPB, pelo art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 12.865, de 2013, segundo o qual, ao estabelecer parâmetros regulatórios para arranjos de pagamento e instituições de pagamento, o BCB deverá “*assegurar a capacidade de inovação e a diversidade dos seus modelos de negócios*”³⁷.

42. Resta, enfim, à luz dos dispositivos legais acima examinados, amplamente demonstrada a compatibilidade da emissão de CBDC com o “mandato” conferido por lei ao BCB. Passa-se, assim, a responder os questionamentos especificamente formulados nas letras “a” a “d” do item 8 do Documento Interno 100166/2023-BCB/DEBAN.

IV – Existência de suporte legal para o registro e a movimentação, por parte do BCB, de saldos de contas reservas bancárias, de contas de liquidação e da conta única do Tesouro Nacional na Plataforma Drex

43. Levando-se em conta que, no modelo previsto para a Plataforma Drex no Voto 31/2023-BCB, a CBDC emitida pelo BCB irá operar como uma “*reserva de banco central digitalizada*”³⁸, pretendendo-se com isso manter inalterados tanto a “*elegibilidade de acesso ao passivo do BCB*” quanto os “*critérios de acesso às contas Reservas Bancárias ou de Liquidação previstos na disciplina legal e regulatória vigente*”, a base normativa para a emissão e registro da CBDC na Plataforma Drex será, em princípio, a mesma que já dá amparo, atualmente, à emissão de reservas de banco central pelo BCB³⁹.

44. Além disso, conforme acima se demonstrou, em relação a uma CBDC de acesso exclusivo a intermediários determinados e vinculada a contas específicas, entende-se na literatura especializada que o suporte jurídico necessário para a sua emissão e circulação é a presença, na legislação nacional, de norma que confira ao banco central, explícita ou implicitamente, o poder de abrir contas nos seus livros para tais intermediários. No ordenamento jurídico brasileiro, esse poder decorre de dispositivos como os já citados art. 10, incisos III, IV e V, da Lei nº 4.595, de 1964, art. 1º da Lei nº 14.185, de 2021, e art. 14 da Lei nº 12.865, de 2013.

45. Deve-se igualmente referir a competência do BCB para “*criar e gerir sistema de liquidação e para estabelecer arranjo voltado a garantir seu regular funcionamento*”. Essa competência decorre, conforme se estabeleceu no Parecer Jurídico 482/2020-BCB/PGBC, de um “*conjunto de normas, previsto em estatutos legais distintos*”, que atribuem à Autarquia: (i) a capacidade normativa e de supervisão sobre os serviços de pagamento; e (ii) o encargo de acolher depósitos de instituições financeiras e das entidades integrantes do SPB. Nos termos acima já explicitados, o BCB detém

36 LC nº 179, de 2021. “Art. 1º O Banco Central do Brasil tem por objetivo fundamental assegurar a estabilidade de preços. Parágrafo único. Sem prejuízo de seu objetivo fundamental, o Banco Central do Brasil também tem por objetivos *zelar pela estabilidade e pela eficiência do sistema financeiro*, suavizar as flutuações do nível de atividade econômica e fomentar o pleno emprego”.

37 Lei nº 12.865, de 2013. “Art. 7º Os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento observarão os seguintes princípios, conforme parâmetros a serem estabelecidos pelo Banco Central do Brasil, observadas as diretrizes do Conselho Monetário Nacional: (...) Parágrafo único. A regulamentação deste artigo *assegurará a capacidade de inovação e a diversidade dos modelos de negócios das instituições de pagamento e dos arranjos de pagamento*”.

38 Conforme classificação adotada pelo BIS, CBDCs de atacado (*wholesale CBDCs*) “operam como reservas de banco central, porém com funcionalidades adicionais proporcionadas pela tokenização”. BIS Financial Stability Institute. FSI Connect. *Central Bank Digital Currencies – Executive Summary*, Setembro de 2021. Disponível em: [Central bank digital currencies - executive summary \(bis.org\)](https://www.bis.org/cbdc/summary). Acesso em 7 de dezembro de 2023.

39 Sobre o tema, ver os Parágrafos 20 e 21 da presente manifestação, bem como a Nota 16.

igualmente autoridade normativa tanto para “definir o modelo ideal a ser utilizado” no arranjo de liquidação quanto para “estipular as instituições que deverão participar do mecanismo”.

V – Suporte legal para o registro e a movimentação, por parte dos agentes bancários, de saldos de depósitos bancários à vista mantidos nas respectivas instituições na Plataforma Drex

46. Como restou assentado no Parecer Jurídico 482/2020-BCB/PGBC, compete ao BCB definir a “modelagem” que julgar adequada para o arranjo de liquidação a ser instituído. Nesse “dever-poder” detido pelo Autarquia está inserida “a competência discricionária para as áreas técnicas envolvidas decidirem qual a melhor estratégia a ser seguida na expedição do regramento do mecanismo”⁴⁰.

47. Esclarece-se no Voto 31/2023-BCB, além disso, que a inclusão dos depósitos bancários à vista detidos pelas instituições financeiras na Plataforma Drex “visa à disponibilização dos benefícios da tecnologia DLT para os clientes finais do SFN”⁴¹. No modelo cogitado, os “clientes finais terão acesso à infraestrutura por meio de seus relacionamentos com as instituições financeiras e de pagamentos, sem acesso direto à moeda digital do BCB”⁴². Os serviços financeiros oferecidos na Plataforma serão, assim, “liquidados por meio de tokens de depósitos em participantes do SFN e do SPB”. Nesse sistema, a emissão monetária, “no atacado, consiste no registro, na Plataforma Drex, das reservas mantidas no BCB pelos agentes bancários e instituições de pagamentos”, ao passo que, “de forma complementar, no varejo, a emissão corresponde ao registro de saldos de contas corrente ou de contas de pagamentos na plataforma do Drex”⁴³.

48. Pode-se, pois, vislumbrar a intenção de adoção na Plataforma Drex do que vem sendo chamado pela literatura especializada de “depósitos tokenizados” (*tokenised deposits*). As características desse instrumento são descritas em publicação técnica do BIS que aponta alguns aspectos centrais do modelo envolvendo a sua utilização:

“ The model of tokenised deposits envisages participants to be customers of regulated financial institutions (such as banks), and transfers are recorded at the individual bank level and settled automatically using tokenised central bank money (ie CBDC). Under this model of non-transferable liabilities, a person or firm knows that when they accept a payment from the customer of any bank, the payment will be credited to their own account at face value. Settlement using central bank money is the key feature that promotes singleness.”⁴⁴

49. Um ponto fundamental desse modelo diz respeito ao fato de o processo de pagamento com “depósitos tokenizados” buscar espelhar, embora em um ambiente “tokenizado”, os sistemas tradicionais, nos quais há, de um lado, o lançamento de um débito na conta do pagador e, de outro, o lançamento de um crédito na conta do recebedor. Com a utilização de “depósitos tokenizados”, o pagamento é efetivado mediante a redução do saldo tokenizado do pagador pela sua “instituição emissora” e, em contrapartida, a ampliação do saldo tokenizado do recebedor pela sua respectiva “instituição emissora”. Concomitantemente, há a correspondente transferência de CBDC entre as instituições, tudo em uma mesma plataforma:

40 Parágrafo 30 do Parecer Jurídico 482/2020-BCB/PGBC.

41 Parágrafo 33 do Voto 31/2023-BCB.

42 Parágrafo 33 do Voto 31/2023-BCB.

43 Item 3 do Documento Interno 100166/2023-BCB/DEBAN.

44 GARRATT, Rodney; SHIN, Hyun Song. *Stablecoins versus tokenised deposits: implications for the singleness of money*. BIS Bulletin, nº 73, Abril de 2023, p. 2.

“ (...) the payment process *mimics the practice in the current two-tier monetary system of debiting the account of the sender and crediting the account of the receiver, together with settlement on the central bank's balance sheet. Specifically, the payment is put into effect by reducing the sender's token balance at their issuing institution and creating a new tokenised liability for the receiver that is issued by their institution. Meanwhile, there is a concurrent transfer of central bank money using a wholesale CBDC. This model requires that both public and private forms of tokenised money are available on the same platform.*”⁴⁵

50. Não parece, pois, pelo menos quanto ao aspecto acima abordado, haver uma ruptura substancial em relação ao que já ocorre nos processos de pagamento e arranjos de liquidação tradicionais. Conforme é assinalado na publicação técnica do BIS, procura-se, em essência, ainda que em ambiente diverso (e com o uso de nova tecnologia), “*espelhar as características do processo de pagamento intermediado por instituições reguladas*”, com ganhos de eficiência, segurança e transparência relacionados, sobretudo, à *programabilidade* e às vantagens de uma *plataforma unificada*.

51. Por tal razão, o quadro normativo atualmente aplicável às instituições bancárias e sua atuação nos sistemas de pagamento tradicionais pode, em princípio, ser transposto, no que couber, aos processos de liquidação na Plataforma Drex. Eventuais alterações que decorram do uso de nova tecnologia poderão, por seu turno, ser objeto de regulamentação específica, a ser editada pelo BCB com base nas competências acima já enunciadas, em especial a de decidir, a partir da sua discricionariedade técnica, “*a melhor estratégia a ser seguida na expedição do regramento do mecanismo de liquidação*”.

VI – Suporte legal para o registro e a movimentação, por parte das instituições de pagamento, de saldos de depósitos bancários à vista mantidos nas respectivas instituições na Plataforma Drex

52. A exemplo do que, conforme acima se examinou, irá ocorrer em relação aos saldos de depósitos de instituições bancárias, os quais servirão de base à emissão de “*depósitos tokenizados*”, também em relação a instituições de pagamento pretende-se que os serviços financeiros oferecidos na Plataforma Drex sejam “*liquidados por meio de tokens de depósitos em participantes do SPB*”⁴⁶.

53. Vislumbra-se, pois, a utilização de “*moeda eletrônica tokenizada*” (*e-money token*), em relação à qual será aplicável, em princípio, o mesmo quadro normativo que já rege no ordenamento jurídico brasileiro a “*moeda eletrônica*”⁴⁷, detendo o BCB, além disso, autoridade para promover por via *infralegal* os ajustes regulatórios eventualmente necessários⁴⁸.

⁴⁵ Idem, p. 4.

⁴⁶ Item 2 do Documento Interno 100166/2023-BCB/DEBAN.

⁴⁷ Nos termos do art. 6º, VI, da Lei nº 12.865, de 2013, considera-se “*moeda eletrônica*” os “*recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento*”. O conceito legal é amplo o suficiente para abranger a “*moeda eletrônica tokenizada*”, representações digitais de valor emitidas e utilizadas por meio de acesso a rede baseada na tecnologia de registro distribuído.

⁴⁸ Em artigo sobre o tema, Marcus Paulus de Oliveira Rosa e Pedro Henrique Costa observam que a Lei nº 12.865, de 2013, “*confere ao BCB grande discricionariedade e capacidade de adequação do seu 'perímetro regulatório' (regulação seletiva) sobre quaisquer modelos de negócios relacionados à prestação de serviços de pagamento. O ponto é demonstrado pelo rol exemplificativo da alínea 'h', inciso III, do art. 6º, que possibilita que 'outras atividades relacionadas à prestação de serviço de pagamento' sejam incluídas entre as atividades 'típicas' das IPs reguladas*”. ROSA, Marcus Paulus de Oliveira; COSTA, Pedro Henrique. “*Reflexões Jurídicas sobre o Conceito de E-Money Tokens: qual a fronteira legal entre os criptoativos e a moeda eletrônica à luz do ordenamento jurídico brasileiro?*”. In: Meios de Pagamento e o Futuro do Dinheiro, CHAIMOVICH, Mariana; AQUINO, Theófilo Miguel; VERONESE, Luiza (Orgs.). Editora LiberArs, 2022, pp. 77-94.

VII – Compatibilidade do arranjo de liquidação proposto para a Plataforma Drex com o atual arcabouço legal brasileiro e eventual necessidade de alterações legislativas para a sua implementação

54. Demonstrou-se ao longo da presente manifestação que o “arranjo de liquidação” cogitado no Voto 31/2023-BCB para a Plataforma Drex apresenta compatibilidade com o arcabouço legal brasileiro vigente, não se vislumbrando, portanto, a necessidade de alterações legislativas para que se possa dar continuidade aos trabalhos do BCB voltados à sua implementação.

55. Tal conclusão, porém, deve ser considerada à luz dos argumentos jurídicos acima alinhavados e no contexto específico em que foi elaborada a presente análise⁴⁹, referindo-se, além disso, apenas aos aspectos supraexaminados do “arranjo de liquidação” proposto para a Plataforma Drex. A ressalva é necessária na medida em que se trata de iniciativa em evolução, cujos contornos definitivos ainda não foram estabelecidos e cuja abrangência, levando-se em conta todas as camadas e possibilidades de uso cogitados para a plataforma⁵⁰, pode vir a transcender os aspectos estritamente vinculados à emissão monetária e à liquidação de pagamentos abordados no presente parecer.

56. Questões relevantes de natureza ou abrangência diversa, como, por exemplo, as relativas ao sistema de governança da plataforma, ao acesso e delimitação das responsabilidades dos participantes, à coordenação com outras autoridades de regulação e, ainda, as pertinentes a outras camadas da Plataforma Drex ou decorrentes de efeitos ainda não percebidos ou não suficientemente estudados da aplicação de novas tecnologias merecerão, em sendo o caso, exame jurídico específico, que poderá ser oportunamente provocado pela Área Técnica.

CONCLUSÃO

57. Ante o exposto, pode-se concluir, em resposta aos questionamentos formulados no Documento Interno 100166/2023-BCB/DEBAN, que o modelo descrito no Voto 31/2023-BCB para a emissão e circulação de CBDC na Plataforma Drex, além de alinhar-se às melhores referências técnicas internacionais, encontra-se abrangido pelo “mandato” que ordenamento jurídico brasileiro vigente confere ao BCB.

58. Segundo a literatura especializada, o suporte jurídico necessário para a emissão de uma CBDC de acesso exclusivo a determinados intermediários (*wholesale CBDC*) e vinculada a contas específicas é a presença, na legislação nacional, de norma legal que atribua ao banco central, explícita ou implicitamente, o poder de abrir contas para tais intermediários e com eles realizar certas transações financeiras, tal como ocorre, no ordenamento brasileiro, com os artigos 10, incisos III, IV e V, da Lei nº 4.595, de 1964, 1º da Lei nº 14.185, de 2021, e 14 da Lei nº 12.865, de 2013.

59. Entende-se, ademais, que leis nacionais que atribuam ao banco central competências amplas para exercer a função de regular e supervisionar o sistema nacional de pagamentos, como é o caso, no Brasil, da Lei nº 10.214, de 2001, e da Lei nº 12.865, de 2013, autorizam a conclusão de que está

49 Sobre o tema, ver o item I do presente parecer.

50 No parágrafo 17 do Voto 31/2023-BCB, afirma-se que um dos modelos que serviu de inspiração para a Plataforma Drex, concebido por Fabian Schär, apresenta uma visão do ecossistema de finanças descentralizadas construído sobre uma *blockchain* e composto por diferentes “camadas dedicadas: (i) à liquidação; (ii) ao registro de ativos; (iii) aos protocolos de negociação; (iv) à oferta modular de serviços financeiros; e (v) à agregação desses serviços”.

inserida entre essas competências, no contexto da emissão de CBDC, a criação e manutenção de uma infraestrutura que viabilize, do ponto de vista técnico, operacional e jurídico, a transferência de valores monetários em tal formato. Igualmente importante é a existência, no ordenamento jurídico, de norma legal que atribua à autoridade monetária a função de promover a inovação tecnológica, como fazem, no Brasil, os artigos 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 179, de 2021, e 7º, parágrafo único, da Lei nº 12.865, de 2013.

60. Por fim, também ampara a implementação da Plataforma Drex a competência que o BCB detém para “*criar e gerir sistema de liquidação e para estabelecer arranjo voltado a garantir seu regular funcionamento*”, a qual decorre, conforme se estabeleceu no Parecer Jurídico 482/2020-BCB/PGBC, de um “*conjunto de normas, previsto em estatutos legais distintos*”, que atribuem à Autarquia: (i) a capacidade normativa e de supervisão sobre os serviços de pagamento; e (ii) o encargo de acolher depósitos de instituições financeiras e das entidades integrantes do SPB. A partir dessa competência, o BCB possui autoridade normativa tanto para “*definir o modelo ideal a ser utilizado*” no arranjo de liquidação quanto para “*estipular as instituições que deverão participar do mecanismo*”.

61. Registro, em observância à Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018, do Procurador-Geral do BCB, que a presente manifestação jurídica 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. Pode, assim, ser considerada “*pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso*”.

À sua consideração.

(Documento assinado digitalmente)

GUILHERME CENTENARO HELLWIG

Procurador do Banco Central

Procuradoria Especializada de Consultoria Internacional, Monetária, Penal e em Resolução (PRPIM)

OAB/RS 47.267

Aprovo o alentado parecer do Procurador Guilherme Centenaro Hellwig.

Ao Procurador-Geral, nos termos do art. 9º, § 2º, inciso I, da Ordem de Serviço nº 4.747, de 19 de abril de 2021.

(Documento assinado digitalmente)

IGOR ARRUDA ARAGÃO

Subprocurador-Geral do Banco Central, Substituto

Câmara de Consultoria Monetária, Internacional e Penal (CC2PG)

OAB/CE 16.356-B

(Segue despacho)

De inteiro acordo com o criterioso parecer da lavra do Procurador Guilherme Centenaro Hellwig, que bem reconhece, no ordenamento jurídico brasileiro, as bases para a criação e a manutenção, pelo Banco Central, de infraestrutura para o registro e a circulação da moeda brasileira em formato digital.

Ao Diretor de Política Monetária.

(Documento assinado digitalmente)

LUCAS ALVES FREIRE

Procurador-Geral do Banco Central, substituto

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 1.502/2023-BCB/PGBC

Controvérsia no que diz respeito às distintas metodologias de cálculo adotadas pelo Banco Central do Brasil (BC) e pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) quanto ao regime de parcelamento ordinário sob a égide da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002.

Camila Montenegro Lima

Procuradora do Banco Central

Marcus Vinícius Saraiva Matos

Subprocurador-Geral do Banco Central, substituto

Erasto Villa Verde de Carvalho Filho

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

Parecer Jurídico 1.502/2023-BCB/PGBC
PE 193938

Brasília (DF), 29 de dezembro de 2023.

Ementa: Consultoria em dívida ativa. Divergência quanto à metodologia de cálculo afeta ao regime de parcelamentos, no âmbito do Banco Central do Brasil e do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf). Vinculação administrativa. Recomendação de uniformização procedimental, bem como de inserção de rotinas administrativas em manual. Validade das situações plenamente constituídas. Considerações.

Senhor Subprocurador-Geral substituto,

ASSUNTO

Por intermédio do Despacho 23561/2023-BCB/PGBC (doc. 9), a Coordenação de Cálculos, Precatórios e Perícias Judiciais (Cocap) dirigiu consulta a esta Procuradoria especializada a fim de que seja dirimida controvérsia no que diz respeito à distintas metodologias de cálculo adotadas pelo Banco Central do Brasil (BCB) e pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) quanto ao regime de parcelamento ordinário sob a égide da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

2. Para melhor compreensão do debate, transcrevem-se as palavras do consulente:

“19. Em suma, o que se espera dessa consulta jurídica são as respostas aos seguintes questionamentos:

- a) Pode o COAF adotar metodologia de cálculo para parcelamento diferente da utilizada pelo Banco Central?
 - a1) Se sim, em quais normativos a Cocap deve se orientar para os cálculos?
 - a2) se não, que o COAF seja orientado a seguir os normativos que fundamentam os parcelamentos do Banco Central.
- b) Independente da metodologia, é possível estabelecer o fluxo definido entre os §§ 10 a 15 como condição para o atendimento das demandas encaminhadas pelo COAF?
- c) No caso de entender-se que a metodologia até o momento aplicada pelo COAF está incorreta, é possível convalidar os parcelamentos em andamento e já quitados nos termos dos §§ 16 a 18?
 - c1) caso não seja possível convalidar, a quem caberão os ajustes necessários?

3. As divergências relativas ao procedimento de consolidação do débito residem, em termos esquematizados, sobre os seguintes parâmetros:

	BCB	COAF
Data da consolidação da dívida	Normalmente consolidada na data anterior ao deferimento do parcelamento. Exemplo: parcelamento feito em 06/2023, consolida em <u>31/05/2023</u> .	Consolida na data do parcelamento. Parcelamento feito em 06/2023, consolida no mesmo mês de <u>06/2023</u> .
Encargos que fazem parte do valor consolidado	Inclui no valor consolidado a Selic de 05/2023, exclui o 1,0% do mês de pagamento e calcula a multa de mora até 31/05/2023.	Calcula normalmente a multa até o final do mês do parcelamento (30/06/2023): Inclui Selic de 05/2023, calcula o 1,0% do mês de pagamento em 06/2023, e calcula a multa de mora até 30/06/2023.
Cálculo do valor-base das parcelas	Faz o cálculo de forma rigorosa, até nos centavos, em razão de os valores estarem registrados na contabilidade. Divide o valor consolidado das parcelas em 05/2023 pelo número de parcelas, arredonda na segunda casa decimal, e ajusta o primeiro valor-base de forma que o somatório das parcelas seja igual ao valor consolidado. Exemplo: um parcelamento de R\$ 100.000,00 em 30 vezes geraria parcela-base de R\$ 3.333,33. Contudo, multiplicar esse valor por 30 resultaria em R\$ 99.999,90. Por isso, a primeira parcela-base ficará no valor de R\$ 3.333,43 e as demais, R\$ 3.333,33.	Divide o valor consolidado de 06/2023 por 30 e não faz ajustes na primeira parcela quando necessário. Todas as parcelas têm o mesmo valor.
Data do vencimento da primeira parcela:	Até o final do mês do parcelamento, neste caso 06/2023. (Neste caso não há diferença)	Até o final do mês do parcelamento, neste caso 06/2023. (Neste caso não há diferença)
Valor da primeira parcela em 06/2023	É o valor-base da primeira parcela, mais 1,0% do mês de pagamento, 06/2023.	É o mesmo do valor-base das parcelas (consolidado de 06/2023, dividido pelo número de parcelas)
Valor da segunda parcela em 07/2023	É o valor-base da segunda parcela, mais a Selic de 06/2023, mais 1,0% do mês do pagamento	É o valor-base da parcela, mais 1,0% do mês do pagamento.
Valor da terceira parcela em 08/2023	É o valor-base da terceira-parcela, mais a Selic de 06/2023, mais a Selic de 07/2023, mais 1,0% do mês do pagamento. Demais parcelas seguem o mesmo padrão, acrescentando mais uma Selic.	É o valor-base da parcela, mais a Selic de 07/2023, mais 1,0% do mês do pagamento. Demais parcelas seguem o mesmo padrão, acrescentando mais uma Selic.

4. Instada a apontar os fundamentos que regem a atuação quanto à matéria em apreço, o Coaf se pronunciou no sentido de que interpreta os precedentes encaminhados pela Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC), como por exemplo “Parecer Jurídico 856/2019-BCB/PGBC, Nota Jurídica 4309/2019-BCB/PGBC, Nota Jurídica 310/2021-BCB/PGBC e Nota Jurídica 3493/2021-BCB/PGBC”. (doc. 13).

5. Feito o breve relato, passamos a incursionar no cerne da questão propriamente dita.

APRECIÇÃO

I – DA VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA DO COAF AO BCB

6. De início, sobreleva notar que o Coaf permanece vinculado administrativamente ao BCB a par da autonomia técnica e operacional de que dispõe, nos termos do art. 2º da Lei nº 13.974, de 7 de janeiro de 2020², cuja eficácia foi restabelecida, a partir de 1º de junho de 2023, por força do encerramento da vigência da Medida Provisória nº 1.158, de 12 de janeiro de 2023³, a qual determinava o retorno do órgão ao Ministério da Fazenda (MF).

7. Nesse contexto, a aludida unidade de inteligência financeira goza da independência necessária ao exercício de suas competências legais como um centro nacional para o recebimento e a análise de comunicações de transações suspeitas e outras informações relevantes relacionadas a lavagem de dinheiro, correlatas infrações antecedentes e financiamento do terrorismo, assim como para o compartilhamento dos resultados da sua análise, nos moldes preconizados pela Recomendação 29⁴ do Grupo de Ação Financeira (Gafi), fórum intergovenamental do qual o Brasil faz parte, dedicado a estabelecer padrões internacionais em sede de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação de Armas de Destruição em Massa (PLD/FTP).

8. Vale a pena conferir a nota interpretativa acerca da referida Recomendação 29, *in verbis*:

“E. INDEPENDÊNCIA OPERACIONAL

8. A UIF deverá ser operacionalmente independente e autônoma, o que significa que a UIF deverá ter autoridade e capacidade de desenvolver suas funções livremente, inclusive tomar por conta própria a decisão de analisar, solicitar e/ou disseminar informações específicas. Em todos os casos, isso significa que a UIF tem o direito independente de encaminhar ou disseminar informações para autoridades competentes.

9. As UIFs poderão ser estabelecidas como parte de uma autoridade competente à existente. Quando a UIF se localizar dentro da estrutura de outra autoridade, as funções centrais da UIF deveriam ser distintas daquelas da outra autoridade.

10. A UIF deverá receber recursos financeiros, humanos e técnicos adequados, de forma a assegurar sua autonomia e independência e permitir que a UIF possa cumprir de forma eficaz suas responsabilidades. Os países deveriam possuir processos para garantir que os funcionários da UIF tenham altos padrões profissionais, inclusive padrões de confidencialidade, além de serem idôneos e aptos.

¹ “Art. 2º O Coaf dispõe de autonomia técnica e operacional, atua em todo o território nacional e vincula-se administrativamente ao Banco Central do Brasil.”

² Fruto da conversão da Medida Provisória nº 893, de 19 de agosto de 2019.

³ Conforme Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 39, de 15 de junho de 2023.

⁴ Observe-se o teor da Recomendação 29 emanada do Gafi: “Os países deveriam estabelecer uma unidade de inteligência financeira (UIF) que sirva como um centro nacional de recebimento e análise de: (a) comunicações de operações suspeitas; e (b) outras informações relevantes sobre lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, e de disseminação dos resultados de tal análise. A UIF deveria ser capaz de obter informações adicionais das entidades comunicantes e ter acesso rápido a informações financeiras, administrativas e de investigação que necessite para desempenhar suas funções adequadamente.”

11. A UIF também deverá ser capaz de fazer acordos ou se envolver de forma independente com outras autoridades competentes domésticas ou homólogas estrangeiras na troca de informações.

F. INFLUÊNCIA OU INTERFERÊNCIA INDEVIDA

12. A UIF deverá ser capaz de obter e empregar os recursos necessários para desenvolver suas funções, de forma individual ou rotineira, livre de qualquer influência ou interferência política, governamental ou industrial indevida, que possa comprometer sua independência operacional.”

9. Como se vê, a ingerência repudiada pelos padrões internacionais recai sobre as atividades-fim do Coaf, sem embargo dos consectários inerentes ao vínculo administrativo junto à Autoridade Monetária, ainda que aquele órgão detenha estrutura organizacional própria.

10. Com efeito, antes mesmo da conversão da Medida Provisória nº 893, de 19 de agosto de 2019, na Lei nº 13.974, de 2020, representantes do BCB e do Coaf – à época denominado Unidade de Inteligência Financeira (UIF) – deliberaram no sentido de que o regime de contabilização das receitas da UIF a serem apropriadas pelo Banco Central deve obedecer aos ditames do Manual de Orientações e Procedimentos da PGBC (MOPPGBC) e do Manual de Serviço de Contabilidade e Execução Financeira (MSF) do BCB, respeitando-se o plano de contas desta Autarquia, nos termos das diretrizes traçadas pela Ata 997/2019-BCB/PGBC e repisadas pelo Parecer Jurídico 856/2019-BCB/PGBC⁵.

11. À semelhança, na hipótese de parcelamentos de crédito decorrente da atuação do Coaf que constitua dívida ativa do BCB por força do art. 9^o, caput, da Lei nº 13.974, de 2020, deve-se conferir tratamento na linha estabelecida pela PGBC e consignada no item 05-05-04-02 do MOPPGBC – com especial atenção ao teor do subitem 4^o –, a ser prestigiada em razão do parágrafo segundo do mesmo dispositivo legal, combinado com o art. 4^o, incisos II e III, da Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998⁸.

12. Sob essa perspectiva, também merece observância, pelo Coaf, o seguinte fluxo de trabalho delineado pela Cocap à luz do entendimento consagrado pela PGBC, componente responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídico de todos os órgãos ora referidos, sem prejuízo de se cogitar que o rito seja inserido em tópico próprio do item 05-02-01⁹ do MOPPGBC:

5 De autoria do Procurador Hilário Barbosa Falleiros Júnior, com despachos do Procurador-Chefe Marcus Vinícius Saraiva Matos, do Subprocurador-Geral Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho e do Procurador-Geral Adjunto Flavio José Roman.

6 “Art. 9^o Constituem Dívida Ativa do Banco Central do Brasil os créditos decorrentes da atuação do Coaf inscritos a partir de 20 de agosto de 2019. § 1^o Continuam integrando a Dívida Ativa da União as multas pecuniárias e seus acréscimos legais relativos à ação fiscalizadora do Coaf nela inscritos até 19 de agosto de 2019.

§ 2^o Compete aos titulares do cargo de Procurador do Banco Central do Brasil o exercício das atribuições previstas no art. 4^o da Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, em relação ao Coaf.”

7 “4. Na consolidação da dívida para parcelamento, a taxa de juros Selic mensal deve ser acumulada até o mês anterior ao do pedido de parcelamento, incluindo a Selic do mês da consolidação da dívida em substituição ao 1% do mês de consolidação (Parecer 2005/485/PGBCB-GABIN, MSF 45.01.5-I, Portaria nº 105.123, de 2019). As taxas Selic dos meses seguintes e os juros de mora de 1%, referentes ao mês do pagamento, serão aplicados na apuração de cada prestação. (NR)”

8 “Art. 4^o São atribuições dos titulares do cargo de Procurador do Banco Central do Brasil: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.229-43, de 2001)

(...)
II - as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Banco Central do Brasil; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.229-43, de 2001)

III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.229-43, de 2001)”

9 “TÍTULO: 05. CÁLCULOS E PERÍCIAS JUDICIAIS
CAPÍTULO: 02. Trâmite para solicitação e supervisão dos cálculos
SEÇÃO: 01. Solicitações de Cálculo”

“Consolidação de dívida e informações para parcelamento

13. Em casos que o COAF necessite de simulação para fins de parcelamento, deverá informar:

- i) Data de vencimento para fins da aplicação dos juros de mora, de que trata o §1º do art. 37 da Lei nº 10.522 (visto que os juros são contados a partir do primeiro dia do mês subsequente, conforme inciso I do art. 37 da Lei 10.522);
- ii) Data do vencimento da obrigação para fins da aplicação da multa de mora de 2,0% (visto que a multa de mora é contada a partir do primeiro dia após o vencimento do débito, acrescida a cada 30 dias, de igual percentual, até o limite de 20,0%, conforme inciso II do art. 37 da Lei 10.522). Caso, por algum motivo o COAF entenda que não se deva aplicar a multa de mora de 2,0%, deverá deixar isso claro no pedido (Exemplo: a) não aplicar multa de mora, pois; ou, b) aplicar multa de mora somente até a data de DD/MM/AAAA, pois.....; c) outras situações. (Comentário nosso: Dessa forma a COCAP ficará orientada em como proceder e evitaremos retrabalho);
- iii) Que se trata de simulação para fins de parcelamento;
- iv) Qual é o valor original da dívida;
- v) Em qual data deve ser feita a consolidação (O artigo 7º da portaria 105.123, de 22/10/2019 orienta nesse sentido);
- vi) O número de parcelas, devendo dizer se devemos observar os valores mínimos de que trata a Portaria 105.123, de 22/10/2019: R\$ 5.000,00 para pessoas jurídicas, e R\$ 1.000,00, pessoas físicas;
- vii) Outras informações que o COAF julgar relevantes.

14. Como resposta ao pedido de consolidação de parcelamento, a COCAP informará:

- i) O valor consolidado da multa;
- ii) O valor-base da primeira parcela ajustada;
- iii) O valor-base das demais parcelas;
- iv) O valor da primeira prestação a ser paga até o último dia do mês em que está sendo feita a simulação do parcelamento. (Caso o COAF constate a necessidade de recálculo desta parcela, em função de que não houve o pagamento dentro do mês da simulação, deverá solicitar a referida atualização, conforme § 2º e § 3º do art. 7º, da Portaria 105.123);
- v) O cálculo da demais prestações, será feito de acordo com o § 3º do art. 7º, da Portaria 105.123.

Atualização de parcela

15. Em casos que o COAF necessite apenas do valor da próxima parcela, deverá informar:

- i) Qual é o valor base da parcela que está sendo calculada e a data da consolidação da dívida, visto que os juros moratórios serão calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação do débito, § 3º, art. 7º, da Portaria 105.123;

- ii) Qual parcela deseja calcular;
- iii) A data de vencimento da parcela que será calculada;
- iv) Se as demais parcelas estão em dia. Não estando em dia, deverá descrever detalhadamente quais não foram pagas e as datas dos vencimentos de cada uma delas, visto as implicações do art. 8º da Portaria 105.123, em especial o seu parágrafo 2º;
- v) Outras informações que o COAF julgar relevantes.”

13. Nesse passo, uma observação se faz pertinente. No tocante ao tema “consolidação de dívida e informações para parcelamento”, o fluxo descrito no item 14, IV, prevê que “caso o COAF constate a necessidade de recálculo desta parcela, em função de que não houve o pagamento dentro do mês da simulação, deverá solicitar a referida atualização, conforme § 2º e § 3º do art. 7º, da Portaria 105.123”. Convém pontuar, todavia, o teor do art. 7º, §5º, da referida Portaria 105.123, de 2019, *in verbis*: “Caso não seja efetuado o pagamento da primeira parcela até o último dia do mês em que o interessado for notificado do deferimento do pleito, o ato de concessão perderá sua eficácia”. Recomenda-se, nessa toada, a seguinte distinção:

“14. Como resposta ao pedido de consolidação de parcelamento, a COCAP informará:

(...)

- iv) O valor da primeira prestação a ser paga até o último dia do mês em que está sendo feita a simulação do parcelamento. (Caso o COAF ainda não tenha notificado o devedor a respeito do deferimento do pedido e constate a necessidade de recálculo desta parcela por falta de tempo razoável para pagamento dentro do mês da simulação, deverá solicitar a referida atualização, conforme § 2º, § 3º e § 5º do art. 7º, da Portaria 105.123);”

14. Além disso, parâmetros como termo inicial dos juros de mora e de multa de mora, a serem informados pelo Coaf por ocasião da solicitação de cálculo, dão margem a dúvidas. Recomendável, portanto, que o fluxograma acima venha a repisar ou fazer menção às definições veiculadas no item 03-09-02 do MOPPGBC, contemplando toda sorte de situações, como por exemplo:

“4. Para o início da contagem dos juros, deve-se observar em qual das seguintes situações o caso concreto se amolda: (NR)

4.1. ausência de recurso (apenas decisão de 1ª instância): a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do prazo para pagamento previsto na intimação da decisão de primeira instância; (NR)

4.2. recurso não conhecido (interposto intempestivamente): a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do prazo para pagamento previsto na intimação da decisão de primeira instância; (NR)

4.3. desistência de recurso interposto, homologada por meio do Acórdão CRSFN: a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do prazo para pagamento previsto na intimação da decisão de primeira instância; (NR)

4.4. recurso conhecido e não provido (decisão de 1ª instancia mantida pelo CRSFN): a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do prazo para pagamento previsto na intimação da decisão de primeira instância; (NR)

4.5. recurso conhecido e provido parcialmente (sem modificação do valor da multa pelo CRSFN, porém com abolição/mitigação da pena de inabilitação): a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do prazo para pagamento previsto na intimação da decisão de primeira instância; (NR)

4.6. recurso conhecido e provido parcialmente (com modificação do valor da multa pelo CRSFN): a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do prazo para pagamento previsto na intimação da decisão de segunda instância; (NR)

4.7. recurso conhecido e não provido (porém, com convalidação da pena de inabilitação em pena pecuniária pelo CRSFN): a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do prazo para pagamento previsto na intimação da decisão de segunda instância. (NR)”

15. Desponta claro, assim, o prestígio ao primado da vinculação administrativa dentro do marco de aprimoramento institucional encartado no art. 2º da Lei nº 13.974, de 2020, com o propósito, notadamente, de uniformizar a compreensão do tema e as rotinas procedimentais relacionadas ao regime de parcelamento dos créditos de titularidade do BCB decorrentes da atuação da unidade de inteligência financeira em comento.

II – DA VEDAÇÃO À DECLARAÇÃO DE INVALIDADE DE SITUAÇÃO PLENAMENTE CONSTITUÍDA DEVIDO À MUDANÇA DE ENTENDIMENTO NO ÂMBITO DO COAF

16. A propósito da possibilidade de convalidação da metodologia até então adotada pelo Coaf em face de parcelamentos quitados e em andamento, assim pondera a consulente:

“16. Finalmente, como há parcelamentos já quitados e em andamento, na possibilidade de se verificar que a metodologia por eles adotada não é correta, apresenta-se uma sugestão de como tratar estes casos.

17. Tendo em vista que:

- a) As diferenças entre a metodologia da PGBCB e do COAF não geram diferenças significativas (em alguns casos o COAF cobrou a mais e em outros cobrou a menos);
- b) Que esses parcelamentos já foram acordados (existem termos de acordos já firmados);
- c) Que para esses parcelamentos já foram emitidas certidões de quitação;
- d) Que o refazimento de toda documentação poderá gerar confusão processual.

18. Sugere-se que, para esses parcelamentos e até que seja emitida orientação para aquele órgão, seja mantida a metodologia atual e que as novas orientações a serem emanadas somente valham a partir da comunicação das mudanças para o COAF.”

17. Deveras, o caso concreto atrai, por analogia, a inteligência do art. 5º, §1º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), em ordem a coibir a declaração de invalidade de situação plenamente constituída devido à superveniente mudança de orientação, ainda que se trate de entendimento adotado *de per si* pelo Coaf, mediante interpretação equivocada dos precedentes da PGBC. Observe-se o teor do citado preceptivo legal:

Revisão quanto à validade por mudança de orientação geral

Art. 5º A decisão que determinar a revisão quanto à validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos cuja produção de efeitos esteja em curso ou que tenha sido concluída levará em consideração as orientações gerais da época.

§ 1º É vedado declarar inválida situação plenamente constituída devido à mudança posterior de orientação geral.”

18. Nessa toada, a um só tempo, ratifica-se a validade e resguarda-se a produção de efeitos do parcelamento em curso ou que tenha sido concluído em conformidade com as orientações pelo Coaf outrora, a bem do princípio da segurança jurídica.

CONCLUSÃO

19. Diante desse cenário, concludo este pronunciamento nos seguintes termos:
- i. em atenção à vinculação administrativa a qual está submetido, merece observância, pelo Coaf, o fluxo de trabalho delineado pela Cocap à luz do entendimento consagrado pela PGBC, componente responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídico de todos os órgãos ora referidos, sem prejuízo de se cogitar que o rito seja inserido em tópico próprio da referência 05-02-01 do MOPPGBC, conforme itens 12 a 14 ut supra e nos termos do art. 2º e 9º, caput e §2º, da Lei nº 13.974, de 2020, c/c art. 4º, incisos II e III, da Lei nº 9.650, de 1998; e
 - ii em homenagem ao princípio da segurança jurídica, resta convalidada a produção de efeitos dos parcelamentos em curso ou que tenham sido concluídos em conformidade com as orientações adotadas *de per si* pelo Coaf à época, por aplicação analógica do comando que emerge do art. 5º, §1º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942

É como elevo o assunto à apreciação de Vossa Senhoria.

CAMILA MONTENEGRO LIMA
Procuradora do Banco Central
Procuradoria Especializada de Processos da Dívida Ativa e Execução Fiscal (PRDIV)
OAB/DF 45.702

De acordo. Ao senhor Procurador-Geral Adjunto, em razão do assunto.

MARCUS VINÍCIUS SARAIVA MATOS
Subprocurador-Geral substituto
Câmara de Contencioso Judicial e Dívida Ativa (CJrPG)
OAB/DF 16.409

Aprovo. À Gecon/Cocap para ciência e providências de alçada.

ERASTO VILLA VERDE DE CARVALHO FILHO
Procurador-Geral Adjunto do Banco Central
Departamento de Contencioso Judicial e Gestão Legal (DPG-2)
OAB/DF 9.393

Petição 6.662/2023-BCB/PGBC

Memoriais apresentados pelo Banco Central do Brasil (BC) perante o Supremo Tribunal Federal na Reclamação 61.944/PA para garantir a autoridade da decisão proferida no RE 1.055.941/SP (Tema 990 da Repercussão Geral) no Superior Tribunal de Justiça, sob a tese da constitucionalidade do compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da Unidade de Inteligência Financeira (UIF) e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.

Ricardo Ferreira Balota

Procurador do Banco Central

Luciana Lima Rocha

Procuradora-Chefe do Banco Central

Lucas Farias Moura Maia

Subprocurador-Geral do Banco Central

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos

Procurador do Banco Central

Erasto Villa Verde de Carvalho Filho

Procurador-Geral do Banco Central, substituto

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MEMORIAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

E DO

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS

Supremo Tribunal Federal (STF). Reclamação nº 61.944/PA. Reclamante: Ministério Público do Estado do Pará. Reclamado: Superior Tribunal de Justiça (STJ). Reclamação para garantir a autoridade da decisão proferida no RE 1.055.941/SP (Tema 990 da Repercussão Geral) pelo Superior Tribunal de Justiça. Tese: 1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no RHC 147707/PA que contraria o precedente qualificado desse Supremo Tribunal Federal. Memoriais do Banco Central do Brasil.

RELATOR: MINISTRO CRISTIANO ZANIN

EMINENTE MINISTRO CRISTIANO ZANIN,

A Reclamação (Rcl) nº 61.944/PA, distribuída à relatoria de Vossa Excelência, foi aviada pelo Ministério Público do Estado Pará (MPPA) para garantir a autoridade da decisão desse excelso Supremo Tribunal Federal (STF) que, em 4 de dezembro de 2019, proveu o Recurso Extraordinário (RE) nº 1.055.941/SP, ao apreciar o Tema 990 da Repercussão Geral; decisão essa ora desafiada por julgado proferido pela 6ª Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 15 de agosto de 2023, no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* (RHC) nº 147.707/PA.

2. Com efeito, o Plenário do STF, na decisão afrontada, proveu o RE nº 1.055.941, do Ministério Público Federal (MPF), assentando ser “*constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF [...] com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial*”¹, nos “*termos do voto do Relator*”² do RE, a teor do qual “*não há dúvidas [...] quanto à possibilidade de a UIF compartilhar relatórios de inteligência (RIF por intercâmbio) por solicitação do Ministério Público, da polícia ou de outras autoridades competentes*”³ (grifos originais).

3. Já a 6ª Turma do STJ, em sentido diametralmente oposto, proveu, na decisão reclamada, o RHC nº 147.707, da parte impetrante, afirmando tese de direito pela “IMPOSSIBILIDADE” de “RELATÓRIOS SOLICITADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL DIRETAMENTE AO COAF SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL”⁴ e declarando, assim, “*a ilicitude dos relatórios de inteligência financeira solicitados diretamente pela autoridade policial ao COAF*”⁵, a Unidade de Inteligência Financeira (UIF) do Brasil, denominada Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).

4. Para chegar a esse ponto, o voto condutor da decisão reclamada, proferida por maioria de três votos⁶ contra dois⁷, esposou estas três premissas:

(i) em caso no qual “*a autoridade policial solicitou diretamente ao COAF o envio dos relatórios de inteligência financeira, sem a existência de autorização judicial*”, tem-se “*situação [...] diversa da análise pelo STF*” assentada no julgamento do RE nº 1.055.941⁸;

(ii) no julgamento do RE nº 1.055.941, o STF teria fixado os mesmos parâmetros para a atuação tanto do fisco quanto do Coaf no “*compartilhamento de provas [sic] entre o UIF (antigo COAF [sic]) e a Receita Federal do Brasil (RFB) com os órgãos de persecução penal, nos casos em que o UIF e a RFB constatarem a ocorrência de ilegalidades e comunicam os fatos aos órgãos de persecução penal com autoridades de persecução penal*”⁹ (grifo ora apostado); e

1 Ementa de julgamento do RE nº 1.055.941, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 4/12/2019, DJe-243, divulg. em 5/10/2020 e public. em 6/10/2020, com republicação no DJe-052, divulg. em 17/3/2021 e public. em 18/3/2021, que pode ser conferida à pág. 1 das 551 do registro de inteiro teor do julgado, disponível no sítio do STF na internet.

2 Acórdão do RE nº 1.055.941, que pode ser conferido às págs. 1-2 das 551 do registro de inteiro teor do julgado.

3 Pág. 43 do voto do Min. Dias Toffoli, relator do RE nº 1.055.941, correspondente à pág. 56 das 551 do registro de inteiro teor do julgado.

4 Ementa de julgamento do RHC nº 147.707, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. em 15/8/2023, DJe de 24/8/2023, disponível no sítio do STJ na internet.

5 *Idem*.

6 Dos Ministros do STJ Antonio Saldanha Palheiro, relator do RHC nº 147.707, e Sebastião Reis Júnior, bem como do Desembargador Jesuíno Rissato, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), convocado para atuar na 6ª Turma do STJ na forma do art. 56 do Regimento Interno da Corte (RISTJ).

7 Dos Ministros do STJ Rogerio Schietti Cruz e Laurita Vaz.

8 Ementa de julgamento do RHC nº 147.707, item 3.

9 Ementa de julgamento do RHC nº 147.707, item 2, com grifo ora apostado.

(iii) a hipótese examinada no julgamento do RHC nº 147.707, de “*autoridade policial [que] solicitou diretamente ao COAF o envio dos relatórios de inteligência financeira, sem a existência de autorização judicial*”, seria “*similar*” à que a 3ª Seção do STJ “*analisou [...] ao julgar o RHC n. 83.233/SP, no qual o Ministério Público requisitou diretamente à Receita Federal do Brasil o envio da declaração de imposto de renda de determinadas pessoas, o que foi considerado ilícito*”¹⁰.

5. A decisão da estreita maioria da 6ª Turma do STJ desautoriza, inequivocamente, o referido acórdão do STF no RE nº 1.055.941, como se percebe com clareza da leitura dos seguintes excertos do voto do relator do acórdão reclamado:

“[...] o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP, decidiu pela licitude do compartilhamento de provas entre a Receita Federal e os órgãos de persecução penal para fins criminais. O acórdão foi assim ementado:

[...]

Inferre-se do julgado que é possível o compartilhamento dos relatórios de inteligência da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com os órgãos de persecução penal, ou seja, constatadas pela UIF ou pela Receita Federal do Brasil ilegalidades nos **processos administrativos fiscais** [sic], deve ser feita a comunicação com os órgãos de persecução penal.

No presente caso, constata-se que o **órgão policial** requisitou [sic] **diretamente ao COAF** (atual UIF) [sic] relatórios de inteligência financeira **sem autorização judicial**, em uma **situação diversa da qual foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal**. A Terceira Seção desta Corte Superior analisou **situação similar**, ao julgar o **RHC n. 83.233/SP**, no qual o **Ministério Público requisitou diretamente à Receita Federal do Brasil** o envio da **declaração de imposto de renda** de determinadas pessoas, o que foi considerado **ilícito** por esta Corte Superior.

[...]

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso em habeas corpus para reconhecer a ilicitude dos Relatórios de Inteligência Financeira n. 42864.131.6590.8821 e 42995.131.6590.8821 do COAF.**” (voto condutor do julgamento do RHC nº 147.707 pela 6ª Turma do STJ, com grifos ora apostos).

6. O STF, afinal, ao julgar o RE nº 1.055.941, nos termos do voto do relator, secundado por todos os demais Ministros (vencido apenas o Ministro Marco Aurélio) que então compunham o Pleno da Suprema Corte, assentou:

(i) a constitucionalidade do compartilhamento de Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs) do Coaf “*com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial*”¹¹, tanto pela modalidade denominada “*Disseminação espontânea*”¹² (ou do RIF “*de ofício*”¹³) quanto pela modalidade denominada “*Disseminação a pedido*”¹⁴ (ou do RIF “*por intercâmbio*”¹⁵, “*a pedido*”¹⁶ ou

¹⁰ Ementa de julgamento do RHC nº 147.707, itens 3 e 4.

¹¹ Ementa de julgamento do RE nº 1.055.941, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 4/12/2019, DJe-243, divulg. em 5/10/2020 e public. em 6/10/2020, com republicação no DJe-052, divulg. em 17/3/2021 e public. em 18/3/2021, que pode ser conferida à pág. 1 das 551 do registro de inteiro teor do julgado, disponível no sítio do STF na internet.

¹² Pág. 32 do voto do Min. Dias Toffoli, relator do RE nº 1.055.941, correspondente à pág. 45 das 551 do registro de inteiro teor do julgado.

¹³ Confirmam-se, e.g., as págs. 12-13 e 108 das 551 do registro de inteiro teor do julgamento do RE nº 1.055.941.

¹⁴ Pág. 32 do voto do Min. Dias Toffoli, relator do RE nº 1.055.941, correspondente à pág. 45 das 551 do registro de inteiro teor do julgado.

¹⁵ Confirmam-se, e.g., as págs. 56 e 317 das 551 do registro de inteiro teor do julgamento do RE nº 1.055.941.

¹⁶ Confirmam-se, e.g., as págs. 57, 206, 276 e 396-397 das 551 do registro de inteiro teor do julgamento do RE nº 1.055.941.

“por solicitação”¹⁷), destacando em relação a essa última, aliás, nos “termos do voto do Relator”¹⁸, que “não há dúvidas [...] quanto à possibilidade de a UIF compartilhar relatórios de inteligência (RIF por intercâmbio) por solicitação do Ministério Público, da polícia ou de outras autoridades competentes”¹⁹;

(ii) a inequívoca **diferenciação** de tratamento conferido à RFB e ao Coaf em relação a boa parte dos parâmetros esposados a respeito do compartilhamento, com autoridades de persecução penal, dos distintos tipos de subsídio resultantes de suas inconfundíveis atuações, tratados, a propósito, em tópicos separados dos votos condutores do RE nº 1.055.941, nada obstante a coincidência, *mutatis mutandis*, de alguns parâmetros a serem observados por ambas as instituições, e a consequente fixação das correspondentes teses de repercussão geral; e

(iii) a consequente e também inequívoca distinção entre casos – e, portanto, entre correlatos precedentes – nos quais a RFB compartilhe **provas** com autoridades de persecução penal, a exemplo de declarações de imposto de renda, e casos bem distintos nos quais o Coaf dissemine a autoridades de persecução penal RIFs, que **não constituem prova**, mas “*peças de inteligência financeira, sujeitas ao regime jurídico próprio das correspondentes atividades de inteligência*”²⁰, inconfundível com o regime processual penal de investigação ou de produção probatória em juízo, bem assim com o regime de atuação da RFB.

7. Falam por si nesse sentido – e de modo eloquente – os termos dos votos proferidos no julgamento do RE nº 1.055.941 pelo relator, Ministro Dias Toffoli (que ao cabo do julgamento acordou, tal como os demais Ministros, “*em aderir à proposta formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes*”²¹), e o dos demais Ministros que há época integravam o Plenário do STF, assim como outras passagens de suas manifestações, ao longo do julgamento, que compõem os registros de inteiro teor do alentado *decisum* dessa Corte Suprema, disponibilizados em seu sítio na *internet*.

8. Nada obstante, ante o considerável volume desses registros de inteiro teor, que montam a 551 páginas, faz-se remissão ao anexo conjunto de alguns dos seus excertos mais emblemáticos, no que tange aos três pontos destacados no precedente parágrafo 7, à guisa de contributo que ora se oferece com o melhor propósito de facilitar sua consulta. A par disso, destaca-se dentre tais excertos anexos, no próprio corpo dos presentes memoriais, a sua seguinte pequena amostra exemplificativa:

“VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE E RELATOR):

I – INTRODUÇÃO.

[...]

Em que pese no caso concreto a celeuma versar acerca de situação na qual a Receita Federal, após procedimento administrativo e constituição do crédito tributário encaminhou ao Ministério Público Federal representação fiscal para fins penais (acompanhada de dados regularmente obtidos no curso da fiscalização), é necessário **expandir** a apreciação do compartilhamento de

17 Confirmam-se, e.g., as págs. 56-57 e 134 das 551 do registro de inteiro teor do julgamento do RE nº 1.055.941.

18 Acórdão do RE nº 1.055.941, que pode ser conferido às págs. 1-2 das 551 do registro de inteiro teor do julgado.

19 Pág. 43 do voto do Min. Dias Toffoli, relator do RE nº 1.055.941, correspondente à pág. 56 das 551 do registro de inteiro teor do julgado.

20 Pág. 41 do voto do Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE nº 1.055.941, correspondente à pág. 396 das 551 do registro de inteiro teor do julgado.

21 Acórdão do RE nº 1.055.941, que pode ser conferido às págs. 1-2 das 551 do registro de inteiro teor do julgado.

informações para fins penais de modo a abarcar o acesso do Ministério Público e da autoridade policial aos dados protegidos pelos sigilos bancário e fiscal por **qualquer outra via**.

[...]

[...] conquanto cada órgão ou instituição pública mencionado na Lei Complementar nº 105/2001 tenha **regramento em legislações específicas**, todos eles – quando se trata de informações sigilosas – são alcançados pelas disposições da referida legislação complementar²².

[...]

[...] o compartilhamento de informações sigilosas não é um procedimento estanque, em que o encaminhamento aos órgãos de persecução penal (Ministério Público ou autoridade policial) tem sempre igual caminho. Os dados sigilosos encontram-se na posse de instituições vocacionadas para sua guarda (Receita Federal para dados fiscais; instituições financeiras e Banco Central para dados bancários etc.). Note-se que a legislação definiu, ainda, a possibilidade de trâmite dos dados de movimentações financeiras para o COAF e para a Administração Fazendária (LC nº 105/06) [os grifos deste parágrafo e dos dois acima transcritos que o precedem não constam no original e foram ora apostos para efeito de ênfase quanto ao que mais de perto interessa ao exame do objeto da Rcl nº 61.944/PA].

[...]

A Lei nº 9.613/98 também dispõe, em seu art. 15, sobre o dever do COAF de comunicar ‘às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito’.

Por isso, a Receita Federal, além de se inserir na cadeia de alimentação dos dados que embasam a apreciação da Unidade de Inteligência Financeira (UIF) – com informações cadastrais dos contribuintes e comunicações de procedimentos de investigação em curso em seu âmbito de competência –, é também destinatária de suas comunicações.

Nesse passo, sem a apreciação do compartilhamento para fins penais das informações fiscais e bancárias diretamente pela UIF, se poderia ter dúvidas sobre os limites do compartilhamento direto dos mesmos dados pela Receita Federal.

Portanto, o completo deslinde do tema carece da análise de ambas as situações de compartilhamento de dados fiscais/bancários.

Justifica-se, desse modo, que a Corte abranja, em seu exame da questão, o compartilhamento de informações pela UIF, superando-se, dessa forma, qualquer barreira processual que impeça esse amplo debate.

Aliás, minhas convicções não inovam no que tange à jurisprudência da Corte no sentido da possibilidade de exame de ponto que não tenha sido objeto do acórdão atacado no julgamento de tema de repercussão geral.

[...]

²² Cabe pontuar, nada obstante, que RFB e Coaf são alcançadas por conjuntos distintos de disposições da Lei Complementar (LC) nº 105, de 10 de janeiro de 2001, como se vê, por exemplo, do cotejo entre seu art. 2º, § 6º, e seus arts. 5º e 6º.

IV – A UNIDADE DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA (UIF).

Instituído pela Lei nº 9.613/98, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) [...] teve como finalidade [...] receber, examinar e identificar as suspeitas de lavagem de capitais [...]. Sua criação se relaciona diretamente com os **compromissos internacionais assumidos pelo Brasil** nas **convenções de Viena (1988), Palermo (2000)** e especialmente na de **Mérida** (ratificada pela **ONU em 2003**) [...] [os grifos deste parágrafo não constam no original e foram ora apostos para efeito de ênfase quanto ao que mais de perto interessa ao exame do objeto da Rcl nº 61.944/PA].

[...]

[...]. O ponto mais diretamente relacionado com a discussão posta diz respeito à disseminação do resultado do trabalho de inteligência realizado pela UIF.

A esse respeito, as notas do GAFI dispõem que

‘[a] UIF deverá ser capaz de disseminar, **espontaneamente ou a pedido** [grifo ora apostado], as informações e os resultados de suas análises para as autoridades competentes relevantes. Deveriam ser usados canais dedicados, seguros e protegidos para a disseminação.

• **Disseminação Espontânea:** A UIF deverá ser capaz de disseminar as informações e resultados de suas análises para as autoridades competentes quando houver suspeita de lavagem de dinheiro, crimes antecedentes ou financiamento do terrorismo. Com base na análise da UIF, **a disseminação das informações deverá ser seletiva e permitir que as autoridades destinatárias se concentrem em casos/informações relevantes.**

• **Disseminação a pedido:** A UIF deverá ser capaz de responder a pedidos de informações de autoridades competentes de acordo com a Recomendação 31. **Quando a UIF receber um pedido de uma autoridade competente, a decisão de conduzir a análise e/ou disseminar as informações para as autoridades solicitantes será da própria UIF** [...].

[...]

Como se observa, **o sistema de UIF adotado pelo Brasil está de acordo com os padrões internacionais.** A relação entre a UIF e o sistema financeiro deve ser tão aberta quanto tem sido, e não vejo sua forma de proceder como uma afronta à garantia constitucional do sigilo financeiro.

[...] **não há acesso a extratos bancários.** A UIF ‘recebe somente informações de operações consideradas suspeitas pelo comunicante ou realizadas em ‘dinheiro vivo’ em valores superiores aos limites fixados em atos normativos’.

[...]

V – DO INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES ENTRE A UNIDADE DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA (UIF) E AS AUTORIDADES COMPETENTES.

Como já explicitado ao longo de meu voto, a UIF funciona como uma grande base de dados que reúne todas as operações financeiras e transações que, por lei, devem ser comunicadas por diversas entidades, como, por exemplo, bancos, corretoras, seguradoras e cartórios.

[...]

[...] a UIF tem amplo espectro de fontes de informação e pode compartilhar seus RIF de forma igualmente abrangente.

O conteúdo e a forma de disseminação dos RIF, considerando as informações prestadas nestes autos pela UIF, **preservam o sigilo financeiro do indivíduo ao não incluírem extratos bancários**. Embora do RIF possa constar o detalhamento de certas movimentações e operações, ele se restringe às operações especificamente consideradas no alerta de suspeita da transação e, de toda a forma, não atinge a íntegra da movimentação financeira do cidadão (como ocorreria com a juntada de extratos bancários ou mesmo a descrição integral de todas as operações realizadas pelo cliente).

[...]

Nesse sentido, estou convicto de que os relatórios de inteligência disseminados pela UIF, repito, ‘não t[ê]m por finalidade fornecer um extrato completo de transações de um determinado cliente ou conjunto de clientes’, mas tão somente a função de “chamar a atenção para certas transações[,] contrapartes ou situações que foram consideradas atípicas ou suspeitas’ (Petição/STF nº 69.779/19 [...])

Dessa perspectiva, por entender preservada a **intangibilidade da intimidade e do sigilo de dados**, que gozam de proteção constitucional (art. 5º, incisos X e XII, da CF), **não há dúvidas, para mim, quanto a possibilidade de a UIF compartilhar relatórios de inteligência (RIF por intercâmbio) por solicitação do Ministério Público, da polícia ou de outras autoridades competentes**.

[...]

É extremamente importante enfatizar, ainda, a absoluta e intransponível impossibilidade da geração de RIF por encomenda (**fishing expedition**) contra cidadãos que não estejam sob investigação criminal de qualquer natureza ou em relação aos quais não haja alerta já emitido de ofício pela unidade de inteligência com fundamento na análise de informações contidas em sua base de dados.

[...]

É estreme de dúvidas, como já afirmei anteriormente, que a Unidade de Inteligência Financeira não é um órgão investigativo e, portanto, **sua base de dados e seus relatórios de inteligência (RIF) não constituem prova criminal**.

Em relação à UIF, esclareço que as **premissas de meu voto decorrem integralmente** das informações apresentadas pela UIF, pelo Banco Central do Brasil e pelas **Recomendações do GAFI**, razão pela qual **não inovam quanto à forma de atuação da unidade de inteligência brasileira**.

Nessa conformidade, estabeleço o seguinte **no tocante à Unidade de Inteligência Financeira** [esses primeiros grifos ao lado, neste parágrafo, bem como os do parágrafo que imediatamente lhe precede, não constam no original e foram ora apostos para efeito de ênfase quanto ao que mais de perto interessa ao exame do objeto da Rcl nº 61.944/PA]:

[...]

VI – DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL.

[...]

VIII – TESE.

Ao aderir, **com a ressalva em parte de meu entendimento**, à compreensão da maioria, à luz das sugestões do Ministro **Alexandre de Moraes**, ficam fixadas as seguintes teses de repercussão geral:

[...]

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR E PRESIDENTE):

[...]

[...] a UIF é um órgão de inteligência, ela não é um órgão de fiscalização, ela não é um órgão de persecução. Ela é um órgão que recebe alertas [...].

[...]. É por isso que foi importante a observação do eminente Procurador-Geral da República de que o Ministério Público **não pode fazer requisição**; e se o faz, está errado. Ele **pode fazer pedido** de esclarecimento, mas ele **não pode determinar** ou requerer nada à UIF, porque ela tem que ter autonomia de análise das informações por si recebidas. Então **não pode o Ministério Público requisitar à UIF que ela requisite ao banco uma informação**. Por isso que a UIF trata todas essas comunicações, seja a disseminação, sejam solicitações, com a denominação ‘comunicação’. Nós fazemos comunicações, nós recebemos comunicações, porque o que o Gafi quer é a autonomia da unidade de inteligência. **A única coisa que ela faz é inteligência**. [os grifos deste parágrafo e do que imediatamente o precede não constam no original e foram ora apostos para efeito de ênfase quanto ao que mais de perto interessa ao exame do objeto da Rcl nº 61.944/PA].

[...]

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE E RELATOR):

[...]

Diante das premissas de meu voto, eu apresento as seguintes teses:

Primeiro, **em relação à Unidade de Inteligência Financeira (UIF)**, esclareço que as **premissas de meu voto foram integralmente fundadas** nas próprias informações apresentadas pela UIF, pelo Banco Central do Brasil e pelas **recomendações do GAFI**, razão pela qual **não inovam quanto à forma de atuação da Unidade de Inteligência Financeira**. Ou seja, todas as teses que aqui trago e que estão nas premissas de meu voto quanto à UIF estão **de acordo com o que a UIF segue, com o que o Banco Central segue e com as orientações do GAFI**.

Leio:

I - É **constitucional o compartilhamento**, pela Unidade de Inteligência Financeira (UIF), dos relatórios de inteligência financeira (RIF) **com órgãos de persecução penal** para fins criminais;

II - A Unidade de Inteligência Financeira (UIF) **não é órgão de investigação penal, e sim de inteligência**, competindo-lhe receber, examinar e identificar suspeitas de atividades ilícitas e compartilhá-las com as autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis (art. 15 da Lei nº 9.613/98);

III - O conteúdo e a forma de compartilhamento dos RIF preservam o sigilo financeiro do indivíduo, pois, embora deles possam constar informações específicas sobre as movimentações e operações consideradas suspeitas, eles não fornecem um extrato completo de todas as transações de um determinado cliente ou conjunto de clientes;

IV - São lícitas as comunicações dirigidas pelas autoridades competentes à UIF que não tratem de requisição, possuindo a UIF plena autonomia e independência para analisá-las, produzir o RIF e compartilhá-lo com as autoridades competentes;

E aqui há uma diferença entre o item IV e o item V. O item IV dispõe que são lícitas as comunicações dirigidas pelas autoridades competentes à UIF. Todavia, o item seguinte – e isso tudo com base em informações fornecidas pela UIF e pelo Banco Central e com fundamento em critérios teóricos a respeito dos aspectos do combate ao crime internacional – dispõe:

V - Não é possível a geração de RIF por encomenda – os chamados internacionalmente **fishing expeditions** – contra cidadãos relativamente aos quais **não haja alerta emitido de ofício** pela unidade de inteligência **nem procedimento investigativo formal estabelecido pelas autoridades competentes**;

VI - Os RIF caracterizam-se como meio de obtenção de prova e **não constituem prova criminal**.

Isso também está de acordo com os **entendimentos internacionais**, do Banco Central e da própria UIF. Os **relatórios** são meios de obtenção de prova e **não podem ser considerados prova**.

E por último:

VII - O recebimento das comunicações, a produção e o compartilhamento dos RIF são realizados única e exclusivamente mediante sistemas eletrônicos de segurança com os certificados e registros de acesso.

Essas informações não podem ficar tramitando via e-mail, via algum sistema que não tenha controle de acesso, de recebimento e de compartilhamento.

Então, essas são as teses de meu voto relativas à UIF. Repito: todas estão de acordo com os diálogos que tivemos com a UIF, o Banco Central e o GAFI.

Em relação à Receita Federal, proponho as seguintes teses, diante do que trouxe em meu voto:

[...]

III - O Ministério Público Federal, ao receber a representação fiscal para fins penais e instaurar procedimento investigativo criminal (PIC), deve comunicar tal medida ao juízo competente, tendo em vista o compartilhamento de informações protegidas por sigilo fiscal. Então, aqui, quanto a essa informação, e só no caso da Receita, quando se abre o PIC, se comunica ao Juízo. **Não fiz essa recomendação em relação ao antigo Coaf e a atual UIF. Está bem clara a diferença das teses em relação à UIF e à Receita Federal** [os grifos deste parágrafo e dos que o precedem neste “ADITAMENTO AO VOTO” não constam no original e foram ora apostos para efeito de ênfase quanto ao que mais de perto interessa ao exame do objeto da Rcl nº 61.944/PA].

[...]

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: [...].

[...]

VI. Unidades de Inteligência Financeira.

[...]

A Unidade de Inteligência é um grande banco de dados que recebe informações dos bancos, das seguradoras, dos cartórios de registro de imóveis, de joalherias. A Unidade de Inteligência Fiscal recebe diversas informações. Recebe e produz relatórios, cruza dados, mas não abre uma investigação contra a pessoa A, contra a pessoa B, contra a pessoa C; ela não vai devassar a vida de A, B, ou C.

[...]

A partir da **Recomendação 29 do Gafi** (Grupo de Ação Financeira), se estabelece não só no Brasil, mas **no mundo todo** que adota o sistema, a **possibilidade de as Unidades de Inteligência Financeira agirem não só espontaneamente, mas também em face de eventual pedido** de órgão fiscalizador. Há essa **dupla atuação** [os grifos deste parágrafo não constam no original e foram ora apostos para efeito de ênfase quanto ao que mais de perto interessa ao exame do objeto da Rcl nº 61.944/PA].

[...]

Tanto de ofício quanto a pedido, a UIF só pode atuar nos seus limites legais. Se um órgão pedir uma informação, ela só pode devolver a resposta nos exatos limites que poderia realizar se fosse espontaneamente. Não pode extrapolar e nem tem poderes para isso. Não estou dizendo que ocorre, apenas para fixar que a própria atuação da UIF não se altera se a atuação é a pedido ou espontaneamente na coleta de dados. Até porque é um banco de dados preexistente. Não se pode dizer: ‘UIF, investigue alguém a partir de tais dados’[.] Não. Mas: ‘UIF, o que você tem em relação a isso? [os grifos deste parágrafo e os do que o precede acima transcrito não constam no original e foram ora apostos para efeito de ênfase quanto ao que mais de perto interessa ao exame do objeto da Rcl nº 61.944/PA]’”.

9. A afronta à autoridade da decisão do STF no RE nº 1.055.941, no caso, já se estampa inequívoca no cotejo entre essa pequena amostra dos seus registros e os do julgado da 6ª Turma do STJ no RHC nº 147.707. E isso, claro, demonstra a consistência da pretensão veiculada na Rcl nº 61.944 e, quando menos, sua sobeja plausibilidade jurídica (*fumus boni iuris*), a respaldar inclusive seu provimento liminar.

10. Por seu turno, a premência do acolhimento dessa pretensão, a caracterizar sério *periculum in mora* que clama também por seu provimento liminar, revela-se nas graves implicações constitucionais e de direito internacional da afronta à decisão do STF, presente o impacto que tal afronta já tem tido sobre o fluxo de informações no sistema de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa (PLD/FTP).

11. Com efeito, em sua interlocução institucional com atores do sistema, no exercício das competências previstas no art. 3º, II, da Lei nº 13.974, de 7 de janeiro de 2020, e no art. 14, § 2º, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, o Coaf já tem recebido reiteradas manifestações de autoridades competentes sobre sua hesitação em solicitar diretamente à UIF do País, sem prévia intermediação

ou tutela judicial, após o advento do julgado do STJ no RHC nº 147.707, intercâmbio de inteligência financeira por meio de eventual disseminação de RIF em face de informação sobre procedimentos investigativos conduzidos por essas autoridades.

12. A compreensível hesitação dessas autoridades decorre, claro, da perspectiva de virem a ter o resultado de seus procedimentos investigativos invalidado, tal como se deu no caso objeto do RHC nº 147.707, a pretexto de que, como “a autoridade policial solicitou diretamente ao COAF o envio dos relatórios de inteligência financeira, sem a existência de autorização judicial”, isso constituiria “situação [...] diversa da análise pelo STF” assentada no julgamento do RE nº 1.055.941 e caracterizaria “a ilicitude dos relatórios de inteligência financeira solicitados diretamente pela autoridade policial ao COAF”²³.

13. Isso, por seu turno, faz com que o Coaf deixe de receber, por meio de solicitações diretas de autoridades competentes, informações sobre seus procedimentos investigativos, um dos mais críticos insumos para a produção e a disseminação de inteligência financeira, em conformidade com o gênero de “mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes” a que se refere o citado art. 14, § 2º, da Lei nº 9.613, de 1998, em linha com o correspondente regramento internacional internalizado com “caráter cogente”²⁴ no ordenamento pátrio.

14. Ademais, configura-se, aí, grave ciclo vicioso: a exigência de prévia autorização judicial, em afronta à decisão do RE nº 1.055.941, para que autoridades de investigação possam solicitar ao Coaf o compartilhamento de RIF priva o Coaf de obter, por “mecanismos [...] que viabilizem ações rápidas e eficientes”, informações sobre procedimentos que essas autoridades estejam conduzindo; e ao se privar o Coaf do recebimento de informações sobre procedimentos investigativos por vias “rápidas e eficientes”, inviabilizam-se “ações rápidas e eficientes” do próprio Coaf na produção e disseminação dos RIFs denominados “por intercâmbio” ou “por solicitação”, podendo-se até mesmo deixar de produzir muitos RIFs de qualquer maneira.

15. Afinal, além da natural demora que a exigência de prévia decisão judicial implicaria, sua anteposição comprometeria o sigilo legal das atividades de inteligência financeira, inviabilizando sua eficiência e efetividade. Isso porque procedimentos judiciais vinculam-se a regime processual de sigilo/publicidade bem distinto daquele atinente à “inteligência financeira, sujeit[a] ao regime jurídico próprio das correspondentes atividades de inteligência”²⁵, como destacado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE nº 1.055.941. Com efeito, os procedimentos de prévia autorização judicial para solicitar RIFs, ainda que, de início, tramitassem em sigilo (como interceptações telefônicas, e.g.), pouco depois estariam indevidamente expostos a pessoas contra quem a lei impõe sigilo em matéria de inteligência financeira, incidente em relação “a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação” (art. 11, II, da Lei nº 9.613, de 1998), por ser isso “imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal). Com isso, estaria também comprometida, inevitavelmente, qualquer perspectiva de “ações [...] eficientes” e efetivas no particular, deixando de haver alertas de inteligência que pudessem subsidiar inclusive requerimentos de autoridades

23 Os trechos transcritos nesse parágrafo são da Ementa de julgamento do RHC nº 147.707 pela 6ª Turma do STJ.

24 Confirmam-se, a propósito, as págs. 60-61 e 71 do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello ao apreciar o RE nº 1.055.941, correspondentes às págs. 488-489 e 499 das 551 que compõem o registro de inteiro teor do julgado.

25 Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE nº 1.055.941 – págs. 40-41 do voto e págs. 395-396 das 551 que compõem os registros de inteiro teor do julgamento, disponíveis no sítio do STF na internet.

policiais, e.g., em etapas iniciais de seus procedimentos, configurando-se aí o aludido ciclo vicioso em que uma exigência de prévio requerimento judicial para solicitação de RIF por autoridade de investigação acabaria por inviabilizar, ao invés de subsidiar, a efetividade de futuros requerimentos do gênero.

16. Enfim, cabe registrar que, a prevalecer a decisão da 6ª Turma do STJ, terminar-se-á por gerar uma situação de desequilíbrio no sistema de combate à lavagem de dinheiro implantado pela Lei nº 9.613, de 1998, haja vista que ela, ao prever em seu art. 15, o dever de o COAF comunicar “às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito”, admite o caminho inverso, qual seja, de a autoridade competente para a persecução penal solicitar informações detidas pelo COAF, necessárias à apuração de crimes por investigados, devendo esse órgão disponibilizá-las. Impedir esse caminho de via dupla implica a fragilização ou, mesmo, a inviabilização do objetivo proposto pela lei.

17. Além disso, por ter a decisão reclamada emanado, no caso, do egrégio STJ, prestigiada Corte Superior de uniformização jurisprudencial, o precedente firmado no RHC nº 147.707 já tem repercutido em tempo recorde, na transição do próprio mês passado, em que proferida a decisão reclamada, para o corrente mês de setembro de 2023, inclusive no entendimento esposado em decisões proferidas no âmbito de diversas Cortes do País²⁶, assim como em mídia especializada da área jurídica²⁷, com grande potencial multiplicador, portanto.

18. O quadro de insegurança jurídica que aí avulta em relação à autoridade da decisão do STF no RE nº 1.055.941 – e, portanto, no que tange à validade do regramento normativo e do padrão internacional de funcionamento do sistema de PLD/FTP – é objeto de intensa preocupação tanto do Coaf quanto do Banco Central do Brasil (BCB), e não só pelo fato de lhe ser administrativamente vinculado aquele Conselho, que é a UIF nacional, a teor do art. 2º da Lei nº 13.974, de 2020. Esse quadro de insegurança preocupa igualmente o BCB como autoridade monetária e de supervisão financeira, por seus impactos sobre o aparato institucional que visa à prevenção efetiva do uso do sistema monetário-financeiro como canal para a prática de crimes de terrorismo, lavagem de dinheiro, de proliferação de armas de destruição em massa e outros graves ilícitos.

19. Isso, afinal, é tudo que se quer evitar, a bem da estabilidade, da higidez e da eficiência do sistema financeiro, que a Constituição determina, em seu art. 192, seja “*estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade*”, o que exige ambiente de negócios saudável e sustentável, que, por seu turno, pressupõe criticamente o funcionamento de sistema financeiro sólido, íntegro e eficiente, que se alinhe, portanto, às diretivas internacionais de PLD/FTP a cuja implementação se dedicam foros como o Conselho de Segurança das Nações

26 A exemplo do julgamento do Mandado de Segurança nº 1013069-82.2021.4.01.0000 pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1), em sua sessão de 31 de agosto de 2023 (certidão de julgamento anexa), de decisão proferida pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3), em 5 de setembro de 2023, nos autos do *Habeas Corpus* nº 5028342-42.2022.4.03.0000, ou de decisão de trancamento de inquérito proferida naquela mesma data pelo Juiz de Direito Leonardo Valente Barreiros, de Vara Especializada em Lavagem de Dinheiro do Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP (TJSP), disponibilizada com tarjas pela URL <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-coaf-inquerito-trancado.pdf>.

27 Confirmam-se, para citar só alguns exemplos, artigos como os difundidos pelo veículo Consultor Jurídico pelas URLs <https://www.conjur.com.br/2023-set-17/juiz-tranca-inquerito-compartilhamento-ilegal-relatorio-coaf>; <https://www.conjur.com.br/2023-ago-29/policia-nao-pedir-dados-financeiros-direto-coaf-stj>; <https://www.conjur.com.br/2023-set-15/leite-teixeira-gestao-poder-informacional-processo-penal>; e <https://www.conjur.com.br/2023-set-04/falta-lei-judiciario-evita-coaf-vire-repositorio-dados>.

Unidas (CSNU), o Grupo de Ação Financeira (Gafi) ou *Financial Action Task Force* (FATF) e o Comitê de Basileia para Supervisão Bancária, bem como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, notadamente por meio do seu *Financial Sector Assessment Program* (FSAP).

20. Aliás, o desalinhamento às referidas diretivas internacionais, notadamente às emanadas do CSNU e do Gafi, desafia tanto compromissos internacionais soberanamente firmados pelo Brasil, para dar efetividade, por sinal, a comandos constitucionais como os consagrados nos incisos VI a VIII do art. 4º da Carta de 1988, quanto Resoluções editadas pelo CSNU com força cogente, ao amparo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas.

21. Todo esse impacto, portanto, anima tanto o BCB quanto o Coafa, com a mais respeitosa vênia, pugnar até mesmo por que Vossa Excelência avalie a pertinência de, à vista de novas informações e considerações como as trazidas nestes memoriais, conceder antecipação interlocutória da tutela buscada pela Rcl nº 61.944, ou mesmo reconsiderar ou reverter sua decisão inicial de indeferimento do pedido de liminar nela veiculado, para suspender os efeitos do acórdão firmado pela 6ª Turma do STJ no RHC nº 147.107 em 15 de agosto e publicado no Diário da Justiça Eletrônico (DJe) de 24 de agosto de 2023.

Brasília (DF), 22 de setembro de 2023.

RICARDO FERREIRA BALOTA

Procurador do Banco Central
Procuradoria Especializada de Processos
Judiciais Relevantes
OAB/SP 246.432

LUCIANA LIMA ROCHA

Procuradora-Chefe do Banco Central
Procuradoria Especializada de Processos
Judiciais Relevantes (PRJUD)
OAB/DF 25.743

LUCAS FARIAS MOURA MAIA

Subprocurador-Geral do Banco Central
Câmara de Contencioso Judicial e
Dívida Ativa (CJI PG)
OAB/GO 24.625

RAFAEL BEZERRA XIMENES DE VASCONCELOS

Procurador do Banco Central
Diretor de Supervisão do Conselho de Controle
de Atividades Financeiras (Coaf)
OAB/DF nº 40.695

ERASTO VILLA-VERDE DE CARVALHO FILHO

Procurador-Geral do Banco Central, substituto
OAB/DF 9.393

