

Volume 9 – Número 1
Junho 2015

**Revista da Procuradoria-Geral
do Banco Central**

**Revista da Procuradoria-Geral do
Banco Central**

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do Banco Central do Brasil

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. / Banco Central do Brasil.
Procuradoria-Geral. Vol. 1, n. 9, jun. 2015. Brasília: BCB, 2015.

Semestral (junho e dezembro)
ISSN 1982-9965

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
Caixa Postal 8.670
70074-900 Brasília – DF
Telefone: (61) 3414-1220 – Fax: (61) 3414-2957
E-mail: revista.pgbc@bcb.gov.br



BANCO CENTRAL DO BRASIL

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Volume 9 • Número 1 • Junho 2015

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 9 • Número 1 • Junho 2015

Diretora da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Adriana Teixeira de Toledo – Banco Central, DF

Editora Chefe da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Rosely Palaro Di Pietro – Banco Central, DF

Editor Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Ricardo Ferreira Balota – Banco Central, DF

Editor Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

João Marcelo Rego Magalhães – Banco Central, DF

Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Conselheiros

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – Advocacia-Geral da União, DF

Edil Batista Júnior – Banco Central, PE

Fabiano Jantalia Barbosa – Banco Central, DF

Jefferson Siqueira de Brito Alvares – Banco Central, DF

José Eduardo Ribeiro de Assis – Banco Central, RJ

Lademir Gomes da Rocha – Banco Central, RS

Liliane Maria Busato Batista – Banco Central, PR

Luiz Regis Prado – Ministério Público do Paraná, PR

Marcelo Dias Varella – Centro Universitário de Brasília, DF

Marcelo Labanca Correa de Araújo – Banco Central, PE

Tânia Nigri – Banco Central, SP

Vincenzo Demetrio Florenzano – Banco Central, MG

Consultores

Cassiomar Garcia Silva – Banco Central, DF

Guilherme Centenaro Hellwig – Banco Central, DF

Marcelo Madureira Prates – Banco Central, PR

Bruno Meyerhof Salama – Fundação Getulio Vargas, SP

Camila Villard Duran – Universidade de São Paulo, SP

Ellis Jussara Barbosa de Souza – Banco Central, RJ

Fabício Bertini Pasquot Polido – Universidade Federal de Minas Gerais, MG

Fabício Torres Nogueira – Banco Central, DF

Felipe Chiarello de Souza Pinto – Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP

Flavio José Roman – Banco Central, DF

James Ferrer – *George Washington University*, EUA

João Alves Silva – Banco do Brasil

Leandro Novais e Silva – Banco Central, MG

Luciane Moessa de Souza – Banco Central, RJ

Marcelo Andrade Féres – Procuradoria-Geral Federal, DF

Márcia Maria Neves Correa – Banco Central, RJ

Marcos Antônio Rios da Nóbrega – Universidade Federal de Pernambuco, PE

Marcos Aurélio Pereira Valadão – Universidade Católica de Brasília, DF

Marcus Faro de Castro – Universidade de Brasília, DF
Ney Faeyt Júnior – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS
Otávio Luiz Rodrigues Júnior – Advocacia-Geral da União, DF
Paulo Sérgio Rocha – Ministério Público Federal, DF
Raul Anibal Etcheverry – *Universidad de Buenos Aires*, Argentina
Rubens Beçak – Universidade de São Paulo, SP
Vicente Bagnoli – Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP
Wagner Tenório Fontes – Banco Central, PE
Yuri Restano Machado – Banco Central, RS

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 passaram por padronização editorial, sem alterações de sentido e de conteúdo.

Procuradoria-Geral do Banco Central

Procurador-Geral

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Subprocurador-Geral Chefe de Gabinete do Procurador-Geral

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos

Subchefe de Gabinete do Procurador-Geral

Felipe de Vasconcelos Predosa

Procurador-Geral Adjunto

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

Procurador-Geral Adjunto

Marcel Mascarenhas dos Santos

Subprocuradora-Geral da Câmara de Consultoria Geral

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Procuradora-Chefe da Coordenação-Geral de Consultoria em Organização do Sistema Financeiro

Eliane Coelho Mendonça

Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Internacional, Monetária e em Regimes Especiais

Igor Arruda Aragão

Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro

Alexandre Forte Maia

Subprocurador-Geral da Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho

Procuradora-Chefe da Coordenação-Geral de Processos da Dívida Ativa e Execução Fiscal

Viviane Neves Caetano

Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes

Ériton Bittencourt de Oliveira Rozendo

Subprocurador-Geral da Câmara de Consultoria Administrativa e Assuntos Penais

Arício José Menezes Fortes

Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Administrativa

Leonardo de Oliveira Gonçalves

Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Consultoria e Representação Penal
Cassiomar Garcia Silva

Subprocuradora-Geral da Câmara de Gestão Legal
Adriana Teixeira de Toledo

Procurador-Chefe do Banco Central no Distrito Federal
Milton Zanina Schelb

Procuradora-Chefe do Banco Central no Rio de Janeiro
Fátima Regina Máximo Martins Gurgel

Procurador-Chefe do Banco Central em São Paulo
César Cardoso

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

Procurador-Chefe do Banco Central em Pernambuco
Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

Procuradora-Chefe do Banco Central no Estado da Bahia
José Alves da Rocha Reis Neto

Procurador-Chefe do Banco Central no Estado do Ceará
Jader Amaral Brilhante

Procurador-Chefe do Banco Central no Estado de Minas Gerais
Leandro Novais e Silva

Procuradora-Chefe do Banco Central no Estado do Pará
Ana Leuda Tavares de Moura Brasil

Procuradora-Chefe do Banco Central no Estado do Paraná
Liliane Maria Busato Batista

Sumário

Editorial

Apresentação

Liliane Maria Busato Batista _____ 13

Nota da edição

Ricardo Ferreira Balota _____ 15

Artigos

Responsabilidade Civil Ambiental de Instituições Financeiras

Paulo de Bessa Antunes e Elizabeth Alves Fernandes _____ 19

Aspectos Regulatórios e Jurídicos dos Mecanismos Garantidores de Crédito

Lademir Gomes da Rocha _____ 51

Considerações sobre a Autonomia do Banco Central do Brasil

Eduardo Victor Pontes Carneiro e Fabrizio Almeida Marodin _____ 73

Ressarcimento de Verba Recebida por Servidores Públicos Federais com base em Decisão Judicial Posteriormente Reformada

Lyts de Jesus Santos _____ 97

Aplicação da Lei de Newcomb-Benford na Identificação de Irregularidades: o exemplo dos gastos com cartões de pagamento do governo federal

Gustavo Henrique de Vasconcellos Cavalcanti _____ 131

A Lavagem de Dinheiro como Ameaça para a Estabilidade Financeira: uma abordagem baseada em risco <i>Mauro Salvo</i> _____	173
Compensação de Perdas por Sobras de Exercícios Futuros nas Sociedades Cooperativas de Crédito <i>Adriano Oliveira da Silva</i> _____	197
Política de Integridade Pública em Licitações <i>João Marcelo Rego Magalhães</i> _____	213
O Discurso Jurídico no Brasil e a Hermenêutica Endoprocessual: tecendo fios soltos <i>Virgínia Colares</i> _____	247
Macroprudential Policy in Brazil: Institutional Framework and Recent Experience <i>Cristiano de Oliveira Lopes Cozer</i> _____	271

Pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 119/2015-BCB/PGBC

Parecer elaborado pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil acerca da interpretação de dispositivos da Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001, no que diz respeito às Sociedades de Crédito ao Microempreendedor e à Empresa de Pequeno Porte (SCMEPP).

Diana Loureiro Maciel de Moura, Danilo Takasaki Carvalho e Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira. _____ 285

Petição 7.943/2014-BCB/PGBC

Petição apresentada pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil nos autos da Carta Rogatória nº 9.614 (2014/0295088-6), em que se discutia a obrigação de o Banco Central do Brasil garantir o reembolso de operações crédito realizadas no âmbito do Convênio de Pagamentos e Créditos

Recíprocos (CCR) aplicado no âmbito da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI).

Murilo Santos Ramos e Lucas Farias Moura Maia _____ 305

Parecer Jurídico 267/2015-BCB/PGBC

Parecer que analisa a questão jurídica relativa à realização, por credenciadoras de cartões de crédito, de operações de antecipação de recebíveis com estabelecimentos empresariais credenciados.

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e Isaac Sidney Menezes Ferreira _____ 321

Petição 5.368/2013-BCB/PGBC

Memorial relativo ao Recurso Especial nº 1.359.624-SP, apresentado em sede de Ação Civil Pública que tem por finalidade impor ao Banco Central a obrigação de promover a fiscalização de administradoras de cartão de crédito.

Pablo Bezerra Luciano, Flavio José Roman, Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho e Isaac Sidney Menezes Ferreira _____ 345

Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central _____

385

Apresentação

Tenho a honra de apresentar o nono volume da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, editada com o firme propósito de fomentar a discussão jurídica em assuntos relacionados à autoridade monetária.

Esta revista destaca-se no meio jurídico em razão de sua alta especificidade no trato das inter-relações de dois ramos coirmãos, o Direito e a Economia, uma vez que a tomada de decisões em um âmbito reflete de forma muito significativa no outro, nos exatos contornos da teoria autopoiética sistêmica de Niklas Luhmann.

O diálogo entre esses dois ramos e a sua profícua interlocução têm sido bem retratados, desde 2007, quando publicamos o primeiro exemplar.

Ponto que a revista está totalmente alinhada aos valores e à visão do Banco Central do Brasil, pois pretende ser referência entre os operadores do Direito, a fim de propiciar o aperfeiçoamento contínuo, primando pela excelência dos artigos selecionados, o que bem demonstra o momento de amadurecimento e fortalecimento institucional que vivenciamos.

Em decorrência da relevância dos serviços prestados pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, este periódico pretende ser muito mais do que uma simples revista, mas um fórum permanente de debate de ideias de autores nacionais e estrangeiros, além de um meio de divulgação das manifestações dos membros da Procuradoria em matéria de grande complexidade, como a execução, o acompanhamento e o controle das políticas monetária, cambial, de crédito e de relações financeiras com o exterior; a organização, a disciplina e a fiscalização do Sistema Financeiro Nacional; a gestão das Reservas Internacionais, do Sistema de Pagamentos Brasileiro e dos serviços do meio circulante, matérias de exclusiva competência legal desta autarquia, constituída pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

A fim de instigar a reflexão de nossos leitores, trataremos, nesta edição, de temas palpitantes no cenário jurídico-econômico nacional, tais como a

autonomia do Banco Central do Brasil, a compensação de perdas por sobras de exercícios futuros nas Sociedades Cooperativas de Crédito, a lavagem de dinheiro como ameaça à estabilidade financeira – abordagem baseada em risco –, a política de integridade pública em licitações, a responsabilidade civil ambiental de instituições financeiras, os aspectos regulatórios e jurídicos dos mecanismos garantidores de crédito, os ressarcimento de verba recebida por servidores públicos federais com base em decisão judicial posteriormente reformada e a aplicação da Lei de Newcomb-Benford na identificação de irregularidades – o exemplo dos gastos com cartões de pagamento do governo federal.

A contribuição dos autores, em temas nacionais e estrangeiros, é extremamente salutar, uma vez que o relacionamento social é hoje muito mais intenso, o que gera multiplicidade de demandas e amplia as expectativas em relação à interpretação adequada da ordem jurídica.

Assim, com a ocorrência diária de novos conflitos de interesses de maior monta e maior complexidade, espera-se que a publicação desta revista com artigos e manifestações de seus membros possa embasar e inspirar a defesa do interesse público e, portanto, de toda a sociedade brasileira.

Boa leitura!

Liliane Maria Busato Batista

Procuradora-Chefe do Banco Central no Estado do Paraná

Nota da Edição

Esta edição vem com ótima notícia. Na última avaliação do Qualis – sistema por meio do qual a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) avalia periódicos brasileiros –, a Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central foi classificada no nível B3. Dessa forma, imperativo agradecer a todos os autores e colaboradores o grande empenho na busca do aprimoramento deste periódico, dedicado a fomentar o debate dos temas de Direito Econômico. Publicamos, nesta oportunidade, nove artigos e quatro manifestações da Procuradoria-Geral do Banco Central, em que se abordam temas de interesse da comunidade jurídica.

Abrem a presente edição Paulo de Bessa Antunes e Elizabeth Alves Fernandes, com o artigo Responsabilidade Civil Ambiental de Instituições Financeiras, que trata do tema da responsabilidade ambiental das instituições financeiras, analisando as disposições da Resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014, do Conselho Monetário Nacional, à luz das normas do subsistema normativo de proteção do meio ambiente.

No segundo artigo, Aspectos Regulatórios e Jurídicos dos Mecanismos Garantidores de Crédito, Lademir Gomes da Rocha analisa o arcabouço regulatório do Fundo Garantidor de Crédito (FGC) e do Fundo Garantidor do Cooperativismo de Crédito (FGCoop) e traça as perspectivas de evolução e ampliação desses mecanismos de proteção da poupança popular e de estabilização do sistema financeiro.

No artigo seguinte, Considerações sobre a Autonomia do Banco Central do Brasil, os autores, Eduardo Victor Pontes Carneiro e Fabrizio Almeida Marodin, examinam, com base em análises qualitativas, quais seriam as características ideais, ou qual seria o esboço institucional, que o Banco Central brasileiro deveria apresentar, de modo que cumprisse suas missões constitucionais.

Por seu turno, no artigo Ressarcimento de Verba Recebida por Servidores Públicos Federais com base em Decisão Judicial posteriormente Reformada, Lyts de Jesus Santos analisa se o servidor público federal deve ou não ressarcir os valores percebidos por força de decisão judicial, na hipótese de a tutela antecipada ser posteriormente reformada.

Na sequência, Gustavo Henrique de Vasconcellos Cavalcanti, no artigo Aplicação da Lei de Newcomb-Benford na Identificação de Irregularidades: o exemplo dos gastos com cartões de pagamento do governo federal, apresenta os resultados da aplicação da Lei de Newcomb-Benford, instrumento contabilométrico pela Controladoria-Geral da União para identificação de despesas desviantes em órgãos ou entidades públicas.

A seguir, Mauro Salvo, no artigo A Lavagem de Dinheiro como Ameaça à Estabilidade Financeira: uma abordagem baseada em risco, demonstra como o crime de lavagem de dinheiro pode provocar instabilidade financeira, sob o pálio análise econômica do direito aplicada à criminalidade. Destaca o autor, no final do trabalho, a necessidade da implementação e do aperfeiçoamento dos controles internos das instituições financeiras na prevenção à lavagem de dinheiro.

Adriano Oliveira da Silva discute, no artigo Compensação de Perdas por Sobras de Exercícios Futuros nas Sociedades Cooperativas de Crédito, a questão da compensação de perdas por sobras de exercícios futuros nas sociedades cooperativas de crédito, destacando as especificidades próprias dos entes cooperativos.

No artigo Política de Integridade Pública em Licitações, João Marcelo Rego Magalhães define, pautado em leitura crítica, a Política de Integridade Pública em Licitações como sendo o produto da conjugação do complexo de normas legais que incidem sobre os procedimentos licitatórios, tais como regras sobre sustentabilidade ambiental, conflito de interesses e acesso à informação com o conjunto de entendimentos expressos pelos órgãos de controle externo e pelas consultorias jurídicas dos órgãos e entidades públicos.

No artigo O Discurso Jurídico no Brasil e a Hermenêutica Endoprocessual: tecendo fios soltos, Virgínia Colares discute e reflete sobre a complexa relação entre Linguagem e Direito, na busca de estabelecer o diálogo entre esses dois domínios do saber.

Publicamos, ainda, o texto da apresentação feita pelo Procurador-Geral Adjunto Cristiano Cozer no XII Encontro de Assessores Legais de Bancos Centrais, promovido conjuntamente pelo *Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos* (CEMLA) e o *Banco Central de Reserva del Perú* (BCRP), realizado em Lima, no Peru. Com o título *Macroprudential Policy in Brazil: institutional framework and recent experience*, a apresentação traçou o panorama da estrutura das políticas macroprudenciais brasileiras, trazendo exemplos de políticas implementadas para administrar riscos sistêmicos, provindos tanto de fontes internas como de externas.

A seção de pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central conta as seguintes manifestações jurídicas desta Procuradoria: um parecer acerca da interpretação de dispositivos da Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001, no que diz respeito às Sociedades de Crédito ao Microempreendedor e à Empresa de Pequeno Porte; uma petição apresentada nos autos da Carta Rogatória nº 9.614 (2014/0295088-6), em que se discutia a obrigação de o Banco Central garantir o reembolso de operações de crédito realizadas no âmbito do Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos (CCR) aplicado à Associação Latino-Americana de Integração (Aladi); e um parecer que analisa a questão jurídica relativa à realização, por credenciadores de cartão de crédito, de operações de antecipação de recebíveis com estabelecimentos empresariais credenciados.

Boa leitura!

Brasília, 30 de junho 2015.

Ricardo Ferreira Balota

Editor-Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Responsabilidade Civil Ambiental de Instituições Financeiras

Paulo de Bessa Antunes e Elizabeth Alves Fernandes*

Introdução. 1 Instituições financeiras. 1.1 Sistema Financeiro Nacional. 2 Os direitos do meio ambiente, sobre o meio ambiente e ao meio ambiente na Constituição Federal. 3 A responsabilidade civil. 4 A responsabilidade civil ambiental de instituições financeiras. 5 Operações de concessão de crédito sem propriedade fiduciária. 6 Projetos financeiros (project finance). 7 A cláusula de vencimento antecipado. 8 Resolução nº 4.327, de 2014, e Normativo nº 14, de 2014. 9 Conclusões.

Resumo

A Resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014, do Banco Central do Brasil (Bacen), definiu diretrizes para implementação de Política de Responsabilidade Socioambiental por instituições financeiras. Essa iniciativa do Bacen é consistente com a orientação do Acordo da Basileia II e demonstra o reconhecimento de que o risco socioambiental é uma variável que deve estar inserida na análise do macrorrisco da instituição financeira. Contudo, a regulação não propugna que instituições financeiras devam ser irrestritamente responsabilizadas por danos ambientais. Neste artigo, avaliaremos a responsabilidade civil ambiental de instituições financeiras no Brasil e a inserção da Resolução nº 4.327, de 2014, nesse cenário jurídico.

* Paulo de Bessa Antunes é doutor pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e professor de Direito Ambiental da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Elizabeth Alves Fernandes é doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Palavras-chaves: Responsabilidade civil ambiental. Instituições financeiras. Princípios do Equador. Banco Central do Brasil. Projetos financeiros.

Civil environmental liability of financial intitutions

Abstract

The Brazilian Central Brank Resolution No. 4327/2014 defined guidelines for the implementation of Social and Environmental Responsibility Policy by financial institutions. This initiative by the Central Bank is consistent with the guidance of the Basel Accord II and recognizes that the environmental risk is a variable that must be considered in the analysis of macro risk of financial institutions. However, the Central Bank regulation does not urge that financial institutions should be unrestrictedly liable for environmental damages. In this article, we analyze the civil environmental liability of financial institutions in Brazil and the insertion of the Central Bank Resolution No. 4327/2014 in this legal scenario.

Key-words: *Civil environmental liability. Financial intitutions. Equator Principles. Brazilian Central Bank. Project finance.*

Introdução

A proteção ambiental é tema que ganha cada vez mais atenção em todos os setores da sociedade, e não poderia ser diferente no que diz respeito ao setor financeiro. O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) patrocina a chamada iniciativa financeira¹, fundada em 1992, no contexto da Convenção das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento [CNUMAD]. É relevante mencionar os chamados Princípios do Equador, acordo voluntário entre bancos e instituições financeiras, para tratar adequadamente questões relacionadas a meio ambiente e sustentabilidade². Muito embora

1 <<http://www.unepfi.org/>>. Consultado em 5/6/2015.

2 <<http://www.equator-principles.com/>>. Consultado em 5/3/2015.

diversas instituições brasileiras, públicas e privadas, estejam vinculadas a essas iniciativas, o tema não ganhou a necessária importância em nosso país. Todavia, o Banco Central do Brasil (Bacen) publicou a Resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014, que definiu diretrizes para implementação de Política de Responsabilidade Socioambiental por instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Bacen. A medida foi seguida pelo Sistema de Autorregulação Bancária (SARB) com a publicação do Normativo nº 14, de 28 de agosto de 2014³, que busca nortear a avaliação socioambiental por bancos e instituições financeiras.

A normativa do Bacen tem por objetivo levar as instituições financeiras a adotarem políticas razoáveis de avaliação ambiental e a contribuírem, em razão de seu papel na sociedade, para aumento do grau de prevenção e cuidado ambiental. Em nossa opinião, a regulação do Bacen não propugna que instituições financeiras devam ser irrestritamente responsabilizadas por danos ambientais, o que estaria fora das atribuições legais da autoridade monetária.

Riscos socioambientais inserem-se no conjunto de riscos a que estão expostas certas operações de instituições financeiras e operações e projetos conduzidos por terceiros com financiamento concedido por elas. Trata-se de atividades que possuem diferentes formas de ligação com atividades potencialmente poluidoras e com impacto ambiental, que merecem ser avaliadas de forma diferenciada quanto à potencial responsabilização ambiental. Neste artigo, avaliaremos a responsabilidade civil ambiental de instituições financeiras em empréstimos com e sem garantia fiduciária, em operações de *project finance*, as implicações da cláusula de vencimento antecipado de dívida e a inserção da Resolução nº 4.327, de 2014, nesse cenário jurídico.

3 <<http://www.autorregulacaobancaria.org.br/03.asp>>. Consultado em 5/3/2015.

1 Instituições financeiras

1.1 Sistema Financeiro Nacional

As instituições financeiras nacionais estão submetidas a forte regime regulatório, havendo previsão constitucional de um sistema financeiro nacional, o qual, nos termos do art. 192 da Constituição Federal, deve “promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade”. Foi com a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1965, que o sistema financeiro nacional ganhou os contornos que hoje ostenta. Registre-se que, em relação a matérias que são integrantes do que chamamos questões ambientais, desde 1975, o Conselho Monetário Nacional tem a atribuição de limitar, sempre que necessário, “as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover”, por exemplo, “recuperação e fertilização do solo” e “reflorestamento”.

O desenvolvimento econômico depende de acesso aos créditos e aos financiamentos para os entes públicos e privados. É adequada a opinião de Maria Cristina Penido (2009):

Um dos problemas-chave da economia capitalista é o financiamento da atividade produtiva e, em particular, dos investimentos. Dentre as principais contribuições teóricas sobre a importância do crédito bancário no financiamento da atividade produtiva, a de Schumpeter se destaca por colocar em evidência o papel dos bancos como criadores de poder de compra novo, sob a forma de moeda-bancária ou dinheiro de crédito.

O empresário recorre ao crédito bancário para tornar viável seu empreendimento. Mesmo as grandes empresas buscam crédito, quando decidem realizar novas combinações produtivas, as quais não podem ser financiadas com recursos acumulados com base no poder de compra anteriormente constituído.

Referindo-se a Schumpeter, Maria Cristina Penido (2009) complementa: “O financiamento é um ato essencial para as novas combinações produtivas, base do desenvolvimento e da dinâmica da economia capitalista”.

Nesse sentido, o direito possui papel bastante relevante para previsão de cenário jurídico e regulatório que garanta mais segurança às diferentes operações financeiras. Não por acaso, o direito regula a propriedade, os contratos e a atividade empresarial. Contudo, ao disciplinar relações sociais, o direito é capaz de desequilibrar os resultados de análise de custo-benefício, por exemplo, quando ele estabelece regras de responsabilidade. Por isso, o direito também se submete a avaliações de eficiência.

Conforme destacado por Ascarelli, o desenvolvimento econômico e social depende de regulação eficiente pelo direito.

Não teríamos automóveis e aviões ou produtos químicos sem uma conveniente regulação das sociedades anônimas, cambiais, bancos, sociedades seguradoras, patentes de invenções e assim por diante. Os instrumentos elaborados pelo direito comercial caracterizam a nossa época em medida não inferior às máquinas que, sem aqueles instrumentos, o gênio individual teria podido conceber, mas que não poderiam ter sido produzidos e difundidos para o nosso conforto. O gênio de Leonardo adivinhava o domínio do ar, mas sem sociedades, responsabilidade limitada, circulação das ações, bolsa, financiamento, bancos, cambiais, desconto, patente, os aviões não sulcariam os céus.

Os recursos financeiros, que muitas vezes representam a possibilidade de empresas atingirem patamares cada vez mais elevados de atividade, podem ser obtidos por meio do mercado de capitais e da concessão de financiamentos. Mario Schapiro (2009) anota que esse importante papel das instituições financeiras é ainda mais proeminente em contextos em que a captação mobiliária seja menos desenvolvida.

Nos contextos econômicos em que floresceu o mercado para a provisão de capitais, em um porte compatível com a demanda financeira do setor produtivo, coube à captação mobiliária o suprimento de recursos para os investimentos dos empreendedores. Em compensação, naquelas economias em que o mercado não se consolidou como um fornecedor adequado dos montantes financeiros necessários para o ritmo dos investimentos, foram desenvolvidas instituições financeiras, notadamente os bancos, para o desempenho destes papéis.

Instituição financeira corresponde a um conceito amplo, como observa Ruy Rosado (2003), ao afirmar que se deve considerar como instituições financeiras aquelas previstas no art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964: pessoas jurídicas públicas ou privadas, cuja atividade principal ou acessória seja coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros⁴.

Em uma operação financeira, os agentes podem receber recursos por meio da contratação de um empréstimo (dívida) ou em razão da internalização de agentes financiadores. Atualmente, são cada vez mais comuns os financiamentos de projetos com participação societária de agentes financiadores (SHAPIRO, 2009, p. 172). A primeira opção é mais simples, pois se trata de se recorrer ao mercado de dívida. A segunda opção, concessão de participação acionária a investidores, é dotada de maior complexidade. Nesse sentido, Oliver Williamson (1988) afirma que a forma da operação financeira de captação de recursos depende do tipo e do grau de risco do projeto e dos ativos envolvidos.

A abordagem TCE afirma que alguns projetos são fáceis de financiar por dívida e devem ser financiados por dívida. São projetos para os quais a especificidade dos ativos físicos é baixa a moderada. Quando a especificidade dos ativos torna-se grande, no entanto, as reivindicações de preferência dos detentores de bônus contra o investimento garantem proteção limitada – porque os ativos em questão têm disponibilidade limitada. Não só o custo de financiamento da dívida, portanto, aumenta, mas os benefícios de uma supervisão mais próxima também crescem. O resultado é que o financiamento de capital próprio, que proporciona uma maior supervisão intrusiva e envolvimento através do conselho de administração (e, em empresas de capital aberto, permite que a participação acionária seja concentrada) é o instrumento financeiro preferido para projetos onde a especificidade dos ativos é grande.

Na prática, instituições financeiras operam grande variedade de produtos e atividades que abrangem concessão de crédito, gerenciamento de ativos, projetos

4 Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. § Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

financeiros (*project finance*), operação de *commodities* e outros. Essas atividades possuem diferentes vínculos com atividades potencialmente poluidoras e com impacto ambiental e devem ser avaliadas em relação a potencial de responsabilidade ambiental.

2 Os direitos do meio ambiente, sobre o meio ambiente e ao meio ambiente na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 faz referência à proteção ambiental em vários de seus dispositivos, tendo destinado ao tema um capítulo exclusivo, consubstanciado no art. 225. Muito embora as Constituições anteriores e significativa legislação ordinária tenham previsto medidas de proteção ao meio ambiente, em especial à saúde humana, a Carta de 1988 traz algumas novidades qualitativas essenciais, dentre as quais podemos destacar: (i) o caráter intergeracional da defesa do meio ambiente; (ii) o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental do ser humano; (iii) a proteção ambiental como um componente essencial da ordem econômica; e (iv) o dever de proteger áreas dotadas de valores ecológicos relevantes. Assim, a Constituição Federal, em rápidas linhas, definiu um direito *ao* meio ambiente, um direito *sobre* o meio ambiente e um direito *do* meio ambiente. Logo, não é difícil perceber o caráter complexo e multifacetário do tema ora tratado. O consagrado professor Alexandre Kiss (1993, p. 553) nos lembra que

um meio ambiente degradado pela poluição e confrontado pela destruição de toda sua beleza e variedade é contrário à satisfação de condições de vida melhores e ao desenvolvimento, pois a quebra do equilíbrio ecológico fundamental é danosa à saúde física e moral.

Aqui consagra-se o direito *ao* meio ambiente.

No Mandado de Segurança nº 22.164 – SP, publicado no Diário de Justiça de São Paulo em 17 de novembro de 1995, o Ministro Celso de Mello, Relator do caso, também consignou a fundamentalidade e a indisponibilidade do direito ao meio ambiente saudável como direito de toda a coletividade social, consagrando o direito *ao* meio ambiente.

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social.

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade [grifos nossos].

Quanto ao direito *sobre* o meio ambiente, também o Supremo Tribunal Federal decidiu no célebre caso da arguição de inconstitucionalidade da Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente relativa à supressão de vegetação em casos excepcionais:

É lícito ao Poder Público – qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) – autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III).

A compatibilização das dimensões da proteção ambiental é, do ponto de vista jurídico, uma das questões mais árduas dos dias atuais. Nesse sentido, Canotilho (2011, p. 17) refere-se à proteção de um núcleo essencial ambiental, que não se confunde com a proteção máxima do meio ambiente, em âmbito nacional,

regional ou internacional.

Talvez seja mais rigoroso, no contexto conceitual do direito português, falar de um núcleo essencial de um direito fundamental ao ambiente e qualidade de vida. Este núcleo essencial pressupõe, desde logo, a procura do nível mais adequado de acção, ou seja, que a execução das medidas de política do ambiente tenha em consideração o nível mais adequado de acção, seja ele de âmbito internacional, nacional, regional, local ou sectorial [...]. A Constituição não exige, porém, a protecção máxima do ambiente como pressuposto inelimitável da salvaguarda do núcleo essencial do direito ao ambiente se com isso se pretender significar a proibição de qualquer intervenção humana prejudicial ao ambiente.

A chamada protecção integral seria uma aplicação desbalanceada do direito *do* meio ambiente em comparação ao direito *sobre* o meio ambiente e *ao* meio ambiente. Como se sabe, a vida humana somente é possível com utilização dos recursos ambientais, que são a base que torna possível a atividade humana e, portanto, a vida em sociedades complexas. Assim, a atividade financeira, objeto desse artigo, é essencial para que os direitos *sobre* e *ao* meio ambiente possam ser exercidos plenamente, pois não se desconhece que eles demandam cada vez mais recursos económicos. O direito *do* meio ambiente, que protege de áreas especialmente qualificadas em razão de seus valores ambientais, igualmente, demanda grande carga de recursos económicos.

Na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540-1, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgada pelo tribunal pleno em 1º de setembro de 2005, que tratava da possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, a discussão sobre os limites ao desenvolvimento também ganhou palco. Nessa medida, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o princípio do desenvolvimento sustentável, que requer justo equilíbrio entre desenvolvimento nacional e preservação da integridade do meio ambiente.

A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): o princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do

justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações [grifos nossos].

Nesse contexto, a Constituição Federal recorreu ao sistema de responsabilização como ferramenta para proteção ambiental. O art. 225, § 3º, estabeleceu: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. A Constituição Federal previu, portanto, um regime tripartite de responsabilidade ambiental: (i) responsabilidade civil, caracterizada pela imposição ao poluidor da obrigação de reparar/recuperar os danos que tenham sido causados ao meio ambiente; (ii) responsabilidade administrativa, relacionada à ocorrência de uma infração administrativa; e (iii) responsabilidade penal, caso a ação ou omissão praticada configure crime.

Na nossa opinião, as três esferas de responsabilização ambiental atendem a finalidades preventivas, retributivas e restituidoras diversas, em que graus diferenciados de lesividade ambiental e ao ordenamento jurídico legitimam cada uma das esferas de responsabilização ambiental. Nesse sentido, um de nós, em obra anterior, afirmou que

a poluição é um fenômeno inerente à atividade humana, que, em todas as suas diferentes manifestações, realiza-se sempre pelo consumo de recursos ambientais. Ela é uma categoria genérica, que se desenvolve em três graus: (i) a poluição em sentido estrito ou desprezível; (ii) o dano ambiental; (iii) o crime ambiental (ANTUNES, 2002, p. 243-244).

Complementamos:

Esses três níveis são construídos desde um ponto de vista social e não puramente técnico. O dano ambiental é a categoria mais importante porque é o mais generalizado. Ele também é uma categoria geral, pois incidente sobre todos os diferentes elementos que compõem o meio ambiente, sendo, portanto, obrigatória a sua decomposição para que se possa compreender os caminhos de sua reparação (ANTUNES, 2002).

Contudo, cabe notar que a delimitação do âmbito das três esferas de responsabilização ambiental não foi determinada pela Constituição Federal. Mais: conforme se demonstrará, a legislação brasileira infraconstitucional também não autoriza que se considere como irrestrita a responsabilização ambiental.

3 A responsabilidade civil

A responsabilidade civil é uma técnica jurídica de alocação de perdas e danos por meio da fixação de equivalências entre atividades humanas. O direito optou por converter, como regra geral, os prejuízos injustos em equivalentes devidos pelo agente à vítima. A responsabilidade civil ambiental, todavia, não é, por natureza, diversa da responsabilidade civil em geral, haja vista que somente opera após o fato. A novidade na área ambiental está no mal compreendido princípio do poluidor pagador (PPP), que busca internalizar os custos ambientais de determinada atividade, com vistas a restabelecer certo grau de igualdade no mercado e, sobretudo, evitar que a sociedade subsidie atividades que degradem o ambiente.

O fundamento geral da responsabilidade civil é que aquele que causa dano a terceiro deve compensar o mal sofrido, ou seja, o fundamento inicial é que o lesado deveria receber indenização suficiente para conduzi-lo ao seu estado anterior (*status quo ante*). Havendo restrições práticas a essa condução, a reparação funcionaria como indenização. Assim, a responsabilidade civil pressupõe, em seu âmago, uma conduta ilícita que cause dano a outrem, vinculados por um nexo de causalidade.

Em matéria ambiental, anteriormente à promulgação da Constituição Federal, a Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), havia tratado de diversas questões e conceitos relacionados à proteção ambiental e previa a aplicação do regime da responsabilidade civil objetiva por danos ambientais, estabelecendo, portanto, um regime mais amplo de responsabilização em relação à responsabilidade civil extracontratual ordinária. Destaque-se o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938, de 1981:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (grifou-se).

Ademais, o art. 3º, inc. IV, da Política Nacional do Meio Ambiente define como poluidora “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”⁵.

Conforme se depreende de uma análise sistemática da Política Nacional do Meio Ambiente, poluidores diretos e indiretos são objetivamente responsáveis na esfera cível por danos ambientais. Não importa, para imputação de responsabilidade civil, a configuração de dolo ou culpa do agente causador do dano. Ademais, ao prever a possibilidade de responsabilização de agentes indiretos, a lei esgarça o requisito do nexo de causalidade em um conceito jurídico indeterminado, sem que, todavia, estabeleça os limites para esse esgarçamento. Essa ação é particularmente inapropriada para a responsabilização ambiental irrestrita de instituições financeiras.

5 O conceito de degradação ambiental também foi definido pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, no inc. III do art. 3º, o qual define poluição como a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: (a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; (b) estabeleçam condições adversas às atividades sociais e econômicas; (c) afetem desfavoravelmente a biota; (d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e (e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

4 A responsabilidade civil ambiental de instituições financeiras

Diante da abertura normativa e da excessiva generalidade do conceito de poluidor indireto na Política Nacional do Meio Ambiente, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça tem legislado na matéria, como se observa no Recurso Especial nº 1.071.741/SP⁶, em que o Tribunal estabeleceu:

Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano urbanístico-ambiental e de eventual solidariedade passiva, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem.

Mais:

4. Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura*, e do favor *debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. Precedentes do STJ.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no Recurso Especial REsp nº 650.728/SC, que ampliou ao extremo o conceito de nexo de causalidade, equiparando, sem mais: (i) quem faz; (ii) quem não faz quando deveria fazer; (iii) quem deixa fazer; (iv) quem não se importa que façam, quem financia para que façam; e (v) quem se beneficia quando outros fazem.

Embora em nenhum desses dois casos haja menção expressa à responsabilidade ambiental de instituições financeiras, eles são ordinariamente indicados como precedentes para a possibilidade jurídica (ainda que em tese) de responsabilização integral de instituições financeiras por danos ambientais, na condição de poluidores indiretos.

⁶ Superior Tribunal de Justiça, RESP: 1.071.741/SP, 2ª Turma, DJE 16/12/2010, Relator Ministro Herman Benjamin.

A decisão judicial examinada resultou em um nexo de causalidade meramente teórico, nada tendo a ver com uma situação real que possa indicar vínculo concreto entre uma ação ou omissão e um evento danoso. Constituiu-se, portanto, um nexo de causalidade puramente especulativo, distante do mundo fenomenológico. Admite-se, em tese, que uma opção legislativa pudesse ter gerado essa circunstância, pois, em tal caso, haveria uma opção política da sociedade, que, por mais discutível que seja, encontra um grau de legitimidade social e, principalmente, de previsibilidade incomparável com o grau quase lotérico das decisões judiciais em temas de responsabilidade ambiental. Ademais, dado que o direito brasileiro não se prende ao sistema de precedentes judiciais, não há que se atribuir força quase normativa às decisões mencionadas, que, nos termos de nosso regime jurídico, devem se restringir aos casos concretos.

Assim, parece assistir razão à professora Ada Pellegrini (2002, p. 314), ao afirmar que “a configuração dessa forma de responsabilidade civil depende da existência de um dano ao meio ambiente e do nexo causal com a atividade do agente”. Isso significa que, embora a responsabilidade civil ambiental seja objetiva para todos os agentes, ela não pode ser irrestrita e desconstituir completamente o nexo de causalidade, sob pena de inovar no mundo jurídico, sem a devida base legal. O necessário nexo causal não se impõe ao acaso. Ele é determinante para que o poluidor direto, que é aquele que detém maior controle sobre os riscos ambientais, adote as medidas necessárias para prevenção, mitigação e pronta remediação de danos. A racionalidade primacial do direito ambiental é preventiva, e, por isso, sua efetividade depende da responsabilização do poluidor direto.

Como um de nós já se manifestou em obra anterior, o conceito de poluidor indireto e da aplicação da *deep pocket doctrine* pode gerar distorção dos custos de responsabilização ambiental para os maiores agentes econômicos e fomentar a irresponsabilidade de agentes intermédios de cadeias produtivas.

A ampliação do conceito de poluidor indireto pode implicar uma verdadeira indução a não responsabilização dos proprietários de atividades poluentes que, de uma forma ou de outra, encontrem-se vinculados a cadeias produtivas maiores, haja vista que a responsabilidade se transferirá automaticamente para aquele que detenha maiores recursos econômicos, como é o caso, por exemplo, dos aterros industriais destinados à guarda e destinação final de resíduos sólidos; o que, para a proteção ambiental, é

a pior solução possível, pois implicaria maior degradação ambiental e a inviabilização prática do sistema de disposição final de resíduos sólidos. Contudo, a mudança de orientação jurisprudencial, até onde se sabe, ainda é uma mera aspiração. Ressalte-se o fato de que a ambiguidade dos termos da lei é um convite à insegurança e à proliferação de decisões imprevisíveis (ANTUNES, 2013, p. 517).

No mesmo sentido, Rômulo Sampaio (2013, p. 31) afirma que, se a imputação de responsabilidade ambiental recai sobre o poluidor indireto – que, no caso de instituições financeiras, elas tendem a ser o elo que detém mais recursos –, não há nenhum incentivo para que o operador direto internalize os necessários deveres de proteção ambiental.

Se o poluidor direto sabe de antemão que na hipótese de dano ambiental a reparação será imputada ao indireto que financiou o empreendimento segundo uma preferência implícita pelos legitimados da ação civil pública por aqueles que, aparentemente, detém mais recursos, o poluidor direto não tem qualquer incentivo para internalizar deveres de cuidado. O indireto pode cobrar mais pelo financiamento e o direto, sabendo que está pagando mãos e que pode se desincumbir da responsabilidade por interpretações judiciais atécnicas, assumirá riscos maiores e não internalizará deveres de cuidado por acreditar que alguém estará sempre pronto para arcar, via decisão judicial, com eventual prejuízo do dano.

Ademais, o esgarçamento irrestrito da noção de poluidor indireto gera impactos concorrenciais importantes relacionados à insegurança jurídica e à distorção dos custos de transação de atores competidores (distorção entre operadores diretos e entre operadores indiretos). Os custos de transação ambiental⁷ são altos, e o operador direto tenderá sempre a não adotar as medidas

7 Sobre os custos de transação, Paul Krugman afirma que: “Os custos de chegar a uma troca ou um acordo de compra ou de venda são conhecidos como custos de transação. [...] Exemplos de custos de transação incluem os seguintes: Custos de comunicação entre as partes interessadas, custos que podem ser muito altos se há muitas pessoas envolvidas; custos de fazer acordos cujo cumprimento seja obrigatório por lei, custos que podem ser altos se for preciso contratar advogados que cobram muito; atrasos custosos por causa da barganha, mesmo que a transação seja potencialmente benéfica para ambos os lados, cada lado pode resistir, em um esforço para extrair termos mais favoráveis, levando ao aumento dos esforços e de utilidade que deixa de ser usufruída” (KRUGMAN, 2007, p. 398/399).

mais eficientes se houver um operador indireto com mais recursos e que não participe da gestão do empreendimento. Essa não é a racionalidade do direito ambiental, pois conduz a um cenário ineficiente do ponto de vista econômico e ambiental, reproduzindo uma retórica ambientalista inteiramente dissociada, até mesmo de uma interpretação legítima do contexto normativo.

Assim, a ampliação *ad infinitum* do nexo de causalidade é problemática, sob qualquer ponto de vista que se adote, seja do jurídico-constitucional, seja do econômico, o da pura lógica formal ou o das relações de imputação.

Todavia, particularmente em relação às instituições financeiras, há decisão monocrática, proferida em 9 de dezembro de 2014, pela desembargadora federal Marga Tessler, convocada pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Agravo de Instrumento nº 1.433.170 – SP (2014/0326642-9), que merece o devido destaque. Na hipótese, a magistrada afirmou:

A relação do [Banco Interamericano de Desenvolvimento] BID com a Fazenda Pública do Estado de São Paulo rege-se unicamente pelo contrato de empréstimo entre eles firmado, não havendo, tal como dito na decisão agravada, nexo de causalidade entre a liberação dos recursos para a obra, concedido pelo BID, e a ausência ou erro dos estudos acerca do impacto ambiental do projeto.

Com base nessa premissa de ausência de nexo de causalidade entre o contrato de financiamento e o dano ambiental, a magistrada indeferiu o pedido de tutela antecipada e consignou que “em uma primeira análise, não se vislumbra qualquer responsabilidade do BID pelos danos ambientais ocasionados na execução do Projeto Várzeas do Tietê, sendo parte ilegítima para ocupar o polo passivo da presente demanda”.

Transcrevemos a seguir trechos da referida decisão monocrática, emitida pela desembargadora federal Marga Tessler.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento no art. 539, II, b, parágrafo único, do Código de Processo Civil, contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 13ª Vara Cível de São Paulo, SJ/SP, Dr. Wilson Zauhy Filho que, excluindo do polo passivo o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID,

indeferiu o ingresso do Ministério Público Federal na lide e determinou a remessa dos autos a uma das Varas de Fazenda Pública da Capital, ante o reconhecimento de sua incompetência.

[...]

É o relatório. Decido.

Inicialmente, é importante salientar que o Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar agravo de instrumento em duas hipóteses: a) contra decisão que não admite recurso especial, nos termos do art. 544 do Código de Processo Civil; e b) contra decisões interlocutórias proferidas por Juiz Federal nas causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no país, conforme dispõe o art. 539, II, b e parágrafo único, do CPC. Assim, como a decisão que reconhece a incompetência do Juízo é interlocutória, cabível a interposição de agravo de instrumento.

[...]

Com efeito, verifica-se, dos documentos apresentados até aqui, que o mesmo figura no projeto apenas como seu financiador.

Não se provou, nem se indicou por qualquer modo, que a ele coubesse exigir a realização de estudos acerca do impacto ambiental das obras projetadas com os recursos disponibilizados.

A afirmação, assim, de que a liberação dos recursos foi fundamental para a degradação do meio ambiente não se sustenta, por ausência de nexo de causalidade.

A ação de financiar, no caso, em nada contribuiu para a ocorrência do dano. A ausência ou o erro dos estudos acerca do impacto ambiental do projeto, que não se logrou demonstrar sejam imputáveis ao BID, é que poderão dar azo ao dano, caso venha a ser comprovado.

A cláusula legal invocada pelo Ministério Público Federal (Lei 6.938/81, art. 3º, inciso IV), de seu turno, não tem aplicação ao tema, considerando que ao BID não se atribui a prática de poluição, de que cuida referido dispositivo (fl. 300/301).

[...]

Em juízo estreitamente perfunctório, verifica-se que a relação do BID com a Fazenda Pública do Estado de São Paulo rege-se unicamente pelo contrato de empréstimo entre eles firmado, não havendo, tal como dito na decisão agravada, nexo de causalidade entre a liberação dos recursos para a obra, concedido pelo BID, e a ausência ou erro dos estudos acerca do impacto ambiental do projeto.

No presente caso, em uma primeira análise, não se vislumbra qualquer responsabilidade do BID pelos danos ambientais ocasionados na execução do Projeto Várzeas do Tietê, sendo parte ilegítima para ocupar o polo passivo da presente demanda.

Assim, INDEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

Ademais, a desembargadora federal Marga Tessler, no exercício da função ministerial, invocou como precedente uma decisão emitida pelo ministro Mauro Campbell Marques, no Agravo nº 1.432.601, julgado em 21 de março de 2014, em caso que envolvia discussão de responsabilidade do BID por vícios no processo de licitação, para execução de projeto financiado por meio de empréstimo concedido ao Governo do Distrito Federal. Naquele caso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que

a relação do BID com o ente estatal rege-se unicamente pelo contrato de empréstimo entre eles firmado, onde qualquer problema na licitação será resolvido pelo Distrito Federal, sem que isso repercuta na relação estabelecida entre o BID e aquele ente federativo, uma vez que não há qualquer liame jurídico estabelecido entre o BID e os licitantes.

No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao analisar a responsabilidade ambiental do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), em caso que envolveu financiamento concedido a projeto em que ocorreu dano ambiental, já havia decidido que o simples financiamento de atividade mineradora não legitima a instituição financeira a figurar no polo de demanda ambiental, se não for comprovado que o banco tinha conhecimento da ocorrência de danos ambientais, quando liberou parcelas intermediárias ou finais do financiamento que havia sido concedido.

Quanto ao BNDES, o simples fato de ser ele a instituição financeira incumbida de financiar a atividade mineradora da CMM, em princípio, por si só, não o legitima para figurar no polo passivo da demanda. Todavia, se vir (*sic*) a ficar comprovado, no curso da ação ordinária, que a referida empresa pública, mesmo ciente da ocorrência dos danos ambientais, ou ciente do início da ocorrência deles, houver liberado parcelas intermediárias ou finais dos recursos para o projeto de exploração

minerária da dita empresa, aí sim, caber-lhe-á responder solidariamente com as demais entidades réis pelos danos ocasionados no imóvel de que se trata, por força da norma inscrita no artigo 225, *caput*, par. 1º, e respectivos incisos, notadamente os incisos IV, V e VII da Lei Maior (Agravo de Instrumento nº 2002.01.00.036329-1 – TRF 1ª Região).

Em nossa opinião, não há base legal para que instituições financeiras sejam responsabilizadas por danos ambientais causados por terceiros, quando elas tiverem agido com toda a cautela que lhes cabe e verificado a legalidade de autorizações e licenças ambientais necessárias para a atividade a ser financiada. É esse o dever institucional e legal que cabe a elas: que instituições financeiras atuem como elos fomentadores de um comportamento coletivo compatível com os deveres constitucionais de proteção ambiental. Nesse ponto, quando a legislação ambiental quis definir um dever específico de cautela para as instituições financeiras, ela o fez expressamente.

A Política Nacional do Meio Ambiente, ao mencionar instituições financeiras no art. 12, previu que elas “condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, (...), e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo CONAMA”.

A Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, Lei de Biossegurança, previu no art. 2º, § 4º:

As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos no **caput** deste artigo devem exigir a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, sob pena de se tornarem co-responsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento desta Lei ou de sua regulamentação.

Entende-se que, se a Lei de Biossegurança pretendesse qualificar irrestritamente as instituições financeiras como corresponsáveis ambientais indiretas e solidárias por poluição e danos ao meio ambiente causados por terceiros beneficiados por financiamento, não precisaria condicionar a corresponsabilidade à omissão na exigência de Certificado de Qualidade em Biossegurança.

Seguindo a mesma racionalidade, o novo Código Florestal, Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, previu, no art. 78-A (incluído pela Lei nº 12.727, de 17 de outubro de 2012): “Após 5 (cinco) anos da data da publicação desta Lei, as instituições financeiras só concederão crédito agrícola, em qualquer de suas modalidades, para proprietários de imóveis rurais que estejam inscritos no CAR”. Isso significa que, ao mencionar as instituições financeiras, o Código Florestal consignou apenas que a concessão de crédito deve se submeter à avaliação de que os proprietários de imóveis rurais estejam inscritos no Cadastro Ambiental Rural (CAR).

Um posicionamento jurisprudencial de responsabilização irrestrita de instituições financeiras vai muito além do que a legislação ambiental aplicável previu e constitui um cenário de insegurança que é prejudicial ao desenvolvimento nacional e ao meio ambiente. Como bem coloca Mario Schapiro (2009, p. 26), um ambiente de insegurança jurídica para proteção contratual de credores e agentes financiadores gera restrições de crédito que se refletem em menos desenvolvimento financeiro e econômico.

Diante de um ambiente inseguro, informado por uma parca proteção aos direitos de propriedade de acionistas ou credores, ou ainda por regras contratuais imprecisas e sujeitas a ampla margem de controvérsias, a expectativa dos autores de filiação *Law and Finance* é a da restrição do interesse e da disponibilidade de investidores em prover capital para empreendimentos de terceiros. Ante ao receio proporcionado por um ambiente institucional débil, que pode potencializar os conhecidos e inerentes problemas de agência, os detentores de capital tenderiam a retrair o seu poder de ação. Ato contínuo, formar-se-ia um quadro de constrangimento financeiro, associado, por sua vez, a um ambiente econômico de menor desenvolvimento.

No mesmo sentido, Maria Cristina Penido (2009) afirma:

Como os demais agentes econômicos, os bancos atuam com base em expectativas em relação ao futuro em um mundo de incerteza e irreversibilidade, o que confere um potencial instabilizador à atividade bancária. As expectativas otimistas ou pessimistas sob o estado do negócio ao longo do ciclo econômico podem conduzir à assunção excessiva de risco, ao financiamento de atividades especulativas e ao racionamento de crédito, com efeitos adversos sobre o crescimento econômico.

Não se pode terceirizar para as instituições financeiras as atividades de controle ambiental, como parece ser o pano de fundo que envolve as decisões criticadas nesse artigo. Não há dúvida de que as instituições financeiras, ao exigirem a documentação adequada pertinente para concessão de crédito, exercem importante papel, contudo, tal papel não pode se expandir, seja porque não há base legal para tal, seja porque isso implicaria desnecessário e irrazoável aumento do custo do dinheiro, pois uma auditoria de desempenho, dos estudos ambientais, das condições de operação de empreendimentos e tantos outros controles a cargo dos órgãos ambientais certamente seriam inseridos no custo do dinheiro a ser transacionado.

5 Operações de concessão de crédito sem propriedade fiduciária

Nas operações de concessão de crédito sem propriedade fiduciária, a instituição financeira não é capaz de, diretamente, produzir um dano ambiental. É o operador direto que detém o controle da atividade. Seria, por exemplo, o caso de se responsabilizar o departamento de trânsito por um acidente, pelo fato de haver licenciado o veículo.

Assim, embora não se discuta que instituições financeiras detêm papéis social e institucional importantes e que não devem fomentar atividades irrazoavelmente danosas ao meio ambiente⁸, ou seja, atividades ilícitas, no caso dos financiamentos sem participação acionária, a instituição financeira não possui controle sobre as atividades operacionais do agente financiado. Nessa modalidade, as instituições financeiras não poderiam obter, por um custo razoável, informações suficientes sobre todas as questões operacionais do negócio do financiado. Ainda que as obtivessem, os riscos operacionais não poderiam ser acompanhados diariamente e fisicamente pela instituição financeira.

8 Nesse sentido concordamos com Rômulo Sampaio, ao afirmar: "A primeira e mais importante premissa é a de que, de fato, não se pode mais admitir que as instituições financeiras fiquem à margem do dever geral de precaução. Pela importância das suas atividades e pelo poder centralizador que detêm, devem somar esforços com a sociedade e com o Poder Público para ampliar o dever de cuidado constitucionalmente consagrado. Estão, portanto, inseridas na própria sociedade, amplamente considerada, para efeito do dever que recai de forma compartilhada sobre o Poder Público e sobre todos nós, pessoas físicas ou jurídicas dos mais diversos setores da economia e que, juntos, formamos a coletividade prevista no art. 225, caput da CF 1988" (SAMPAIO, *op. cit.*, p. 101).

Ao conceder crédito, instituições financeiras não atuam como empresários dos negócios de terceiros. Ademais, o poder de polícia de controle ambiental é indelegável, como amplamente reconhecido em nossos tribunais⁹.

Ademais, conforme visto no tópico anterior, a responsabilização objetiva e integral de instituições financeiras por danos causados por poluidores diretos gera externalidades negativas no mercado financeiro, conforme já ficou demonstrado na experiência dos Estados Unidos. Em 1980, os Estados Unidos publicaram o *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA), que, inicialmente, previu a possibilidade de responsabilização ambiental de instituição financeira. Em 1990, a Justiça americana julgou o importante caso *United States v. Fleet Factors Corporation*¹⁰, considerando a *Fleet Factors* responsável pela remediação de um imóvel contaminado por disposição irregular de resíduos pelo terceiro financiado pelo banco.

Para Antônio Reis (2011),

[O] efeito de *United States v. Fleet Factors Corp.* foi devastador sobre o mercado de crédito. Subitamente, não bastaria não estar envolvido no dia a dia das atividades financiadas, abrindo-se enorme janela de subjetividade em relação à matéria. O receio da responsabilidade ambiental acabou por congelar a oferta de novos financiamentos.

Maria de Fátima Cavalcante (2007) descreve que “após essa condenação, uma pesquisa conduzida pela Associação dos Bancos Americanos constatou a redução de 46% dos financiamentos para atividades consideradas ambientalmente arriscadas, como, por exemplo a indústria química.” Desnecessário dizer que os custos sociais e econômicos foram infinitamente maiores do que os eventuais

9 Veja, por exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF na ADI 1717/DF Rel. Min. Sydney Sanches. J. 07/11/2002 - Tribunal Pleno: “DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649/98, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do “caput” e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime” (grifo nosso).

10 *United States v. Fleet Factors Corp.*, 901 F.2d 1550 (11th Cir. 1990).

ganhos ambientais da decisão, como reconhecido pela agência ambiental dos Estados Unidos, o que se verá neste estudo.

Os efeitos econômicos da interpretação judicial no caso *Fleet Factors* levaram a *United States Environmental Protection Agency* (USEPA) (Agência Ambiental dos Estados Unidos) a publicar, em 1995, um comunicado conjunto com o Departamento de Estado dos Estados Unidos, no sentido de que se comprometiam a não perseguir a responsabilização judicial de instituições financeiras. Em 1996, a questão foi esclarecida com a edição da Lei de Conservação de Ativos e Responsabilidade de Financiadores (*Asset Conservation, Lender Liability and Deposit Insurance Protection Act*).

Atualmente, nos Estados Unidos, o ato de concessão de empréstimo não é suficiente para desencadear, por si só, responsabilidade ambiental, pois o contrato de empréstimo não leva consigo o necessário elemento de controle sobre o negócio do financiado. Sob a legislação americana do CERCLA, o maior perigo para um credor se mostra quando ele se torna demasiadamente envolvido nos assuntos do seu devedor. No caso *DuFrayne v. FTB Mortgage Services, Inc.*¹¹, por exemplo, os tribunais da Pensilvânia entenderam que a decisão de converter dívida em capital sinaliza abandono da proteção concedida a financiadores. Se o credor detém parte do capital de seu devedor, seu papel é equivalente ao de um investidor. No caso *U.S. v. Bestfoods*¹², a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou que uma parte capaz de influenciar as operações de uma empresa é considerada como operador direto.

Assim, a temática em questão já vem sendo discutida há bastante tempo pela prática de outros países, e é desnecessário repetir erros que foram cometidos e superados por outros, como é o caso *Fleet Factors Corp.*

6 Operações de concessão de crédito com propriedade fiduciária

No caso de concessão de crédito em que a propriedade fiduciária se consolide na titularidade da instituição financeira, a análise do risco de responsabilização ambiental do agente financiador merece avaliação específica.

¹¹ *DuFrayne 194 BR 354* – Bankr. Court, Pennsylvania, 1996.

¹² *United States v. Bestfoods*, No. 97-454, 1998.

O parágrafo único do art. 1.368-B do Código Civil, com redação dada pela Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014¹³, determina:

O credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual lhe tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que vier a ser imitado na posse direta do bem.

Trata-se de reconhecimento legal de o credor fiduciário responde pelas obrigações fiscais *propter rem*¹⁴, ao se consolidar a propriedade.

Assim, entendemos que, no Brasil, existe a possibilidade legal de que o credor fiduciário também se tornar responsável por passivos ambientais de imóvel dado em garantia ao se consolidar a propriedade, seguindo a racionalidade do art. 1.368-B do Código Civil, embora esse dispositivo legal nada mencione sobre a responsabilidade ambiental.

Nesse sentido, Carlos Alberto Salles (2014) entende que a obrigação ambiental acompanha o direito real transmitido, independentemente de previsão contratual sobre o assunto:

[...] da caracterização das obrigações ambientais de recuperação do solo como obrigações *propter rem* extraem-se algumas importantes consequências que devem ser destacadas. Primeiro, a vinculação dessas obrigações a um direito real, significando dizer que o titular do domínio da

13 “Art. 1.368-B. A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014.) Parágrafo único. O credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual lhe tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que vier a ser imitado na posse direta do bem.” (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014.)

14 No que se refere às obrigações *propter rem*, nas palavras de Manuel Henrique Mesquita (2003, p. 100): “... são os vínculos jurídicos por virtude dos quais uma pessoa, na qualidade de titular de um direito real, fica adstrita a outra (titular ou não, por sua vez, de um *ius in re*) à realização de uma prestação de *dare* ou de *facere*”.

coisa responde pelos gravames produzidos pelo bem de sua propriedade. Segundo, que tais obrigações transferem-se junto com a transmissão da coisa, por meio de negócios jurídicos. Vale dizer, independentemente de previsões contratuais a respeito, a obrigação de reparar o solo degradado transfere-se ao adquirente. Terceiro, que tais obrigações transferem-se também ao sucesso a título singular.

Em relação às obrigações ambientais *propter rem*, o Superior Tribunal de Justiça, entende que “a obrigação de recuperar a degradação ambiental ocorrida na faixa da reserva legal abrange aquele que é titular da propriedade do imóvel, mesmo que não seja de sua autoria deflagração do dano, tendo em conta sua natureza *propter rem*”.

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DANO AMBIENTAL EM RESERVA LEGAL. DEVER DE RECUPERAÇÃO. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. ABRANGÊNCIA DO PROPRIETÁRIO ATUAL, INDEPENDENTEMENTE DE QUEM CAUSOU O DANO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que a obrigação de recuperar a degradação ambiental ocorrida na faixa da reserva legal abrange aquele que é titular da propriedade do imóvel, mesmo que não seja de sua autoria a deflagração do dano, tendo em conta sua natureza *propter rem*. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1137478/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 21/10/2011)

Cabe destacar que a questão foi amplamente debatida nos Estados Unidos, e lá, atualmente, o financiador que executa a propriedade dada em garantia não será considerado proprietário para efeitos de responsabilidade ambiental, se não participar do gerenciamento da atividade desenvolvida no imóvel antes da execução e se se desfizer do imóvel em tempo comercialmente razoável¹⁵. Contudo, a proteção concedida pelo direito americano não é a regra no direito comparado. No Reino Unido, por exemplo, não há previsão de isenção de responsabilidade de entidade financeira que consolide a propriedade sobre colateral.

15 Cf. Lei de Conservação de Ativos e Responsabilidade de Financiadores (*Asset Conservation, Lender Liability and Deposit Insurance Protection Act*).

7 Projetos financeiros (*project finance*)

Os projetos financeiros (*project finance*) são modalidade bastante peculiar de financiamento. O Acordo da Basileia II define o *project finance* como

[...] um método de financiamento pelo qual o financiador considera primordialmente as receitas geradas por um único projeto tanto como fonte de receita quanto como garantia pelo recurso financiado. Este tipo de financiamento é utilizado normalmente para projetos de grande porte e complexidade que exigem muitos recursos e que podem compreender, por exemplo, usinas de energia, indústrias químicas, mineração, infraestrutura de transporte, meio ambiente, e telecomunicações. [...] O tomador do recurso é geralmente uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) que não está autorizada a utilizar o recurso para além do desenvolvimento, operação e gestão da instalação financiada. A consequência deste tipo de financiamento é que o repagamento depende primordialmente do fluxo de caixa do projeto e do valor colateral dos recursos do projeto¹⁶.

Nas operações de *project finance*, a engenharia financeira é suportada contratualmente pelo fluxo de caixa do projeto, e os ativos e recebíveis do projeto são considerados garantia. Nesse caso, o envolvimento das instituições financeiras é muito maior. Na fase operacional do projeto, é exigida garantia fidejussória dos controladores; ou penhor ou alienação fiduciária em favor dos principais financiadores das ações representativas do controle da beneficiária; ou penhor dos direitos emergentes do contrato de concessão em favor dos principais financiadores; ou outorga, aos principais financiadores, do direito de assumir o controle da beneficiária.

Assim, no caso do *project finance*, as instituições financeiras possuem, ou têm condições de possuir, informações detalhadas sobre os riscos operacionais do empreendimento, até mesmo porque o financiamento será remunerado com fluxo de caixa do projeto, e este está intrinsecamente relacionado com os riscos operacionais (durante sua instalação e operação). Nesse caso, a gestão da instalação do empreendimento, incluindo-se o gerenciamento adequado

¹⁶ Basileia II, disponível em <<http://www.bis.org/publ/bcbs118.pdf>>. Consultada em 10/2/2015.

da obtenção de licenças ambientais e da implementação de condicionantes e medidas mitigadoras e compensatórias, e os riscos durante a operação do empreendimento interessam à instituição financeira envolvida.

É por essa razão que diversas instituições financeiras se organizaram, desde 2002, em torno da iniciativa que ficou conhecida como Princípios do Equador, aplicável às atividades de *project finance*. Os Princípios do Equador baseiam-se nas políticas e nas diretrizes do Banco Mundial e da *International Finance Corporation* (IFC) e estabelecem uma estrutura de avaliação e gestão de riscos ambientais em *project finance*, em operações em que o custo de capital seja superior a US\$10 milhões. Nesse ponto, cabe destacar que a iniciativa do Bacen com a Resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014, segue a racionalidade dos Princípios do Equador, no sentido de definir diretrizes para que instituições financeiras implementem ações de avaliação de riscos ambientais que demonstrem a adoção de cautelas razoáveis para promoção da proteção ambiental.

8 A cláusula de vencimento antecipado

Por meio da cláusula de vencimento antecipado, o financiador pode obrigar o financiado a quitar antecipadamente a dívida, se alguma cláusula contratual (por exemplo, a que exija cumprimento da legislação ambiental) for descumprida. Embora a cláusula de vencimento antecipado seja comumente tida como instrumento de fomento do aumento dos graus de cautela e proteção ambiental, essa análise deve ser feita cuidadosamente, pois, na prática, essa cláusula nem sempre é benéfica ao meio ambiente.

No caso, por exemplo, de financiamentos por meio de *project finance*, o vencimento antecipado pode fazer com que o empreendimento não entre em operação, impossibilitando tanto o pagamento da dívida (garantida pelos recebíveis) quanto o custeio dos custos de transação de mitigação e recuperação de danos ambientais. Além disso, se uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) não consegue entrar em operação em razão do vencimento antecipado do financiamento, a paralização do empreendimento, além de não trazer necessariamente benefícios ao meio ambiente, a depender do caso concreto, também pode inviabilizar projetos de desenvolvimento econômico.

9 Resolução nº 4.327, de 2014, e Normativo nº 14, de 2014

Preocupado com os riscos decorrentes de operações realizadas por instituições financeiras, o Bacen publicou a Resolução nº 4.327, de 2014, que prevê a obrigação de instituições financeiras estabelecerem um Plano de Ação para implementação de Política de Responsabilidade Socioambiental (PRSA). A iniciativa do Bacen é consistente com o Acordo da Basileia II e reconhece que o risco socioambiental é uma variável a ser inserida na análise do macrorrisco da instituição financeira.

O artigo 6º da Resolução nº 4.327, de 2014, previu as seguintes ações de gerenciamento do risco socioambiental: (i) estabelecimento de sistemas, rotinas e procedimentos de identificação, classificação, avaliação, monitoramento e mitigação; (ii) registro de dados; (iii) avaliação prévia de impactos socioambientais; (iv) readequação dos procedimentos a alterações legislativas.

Práticas ambientais inapropriadas por parte de operadores diretos financiados por instituições financeiras podem reduzir o valor de propriedades dadas em garantia e/ou aumentar a probabilidade de multas ou de responsabilização, que reduzem a capacidade de pagamento do devedor. Por exemplo, a contaminação de um imóvel dado em garantia tanto dificulta a capacidade de a instituição financeira recuperar os recursos emprestados, quanto diminui o valor do imóvel destinado a compensar eventuais perdas e gera potencial risco de responsabilização ambiental da instituição financeira, se ela se torna proprietária do imóvel. Contudo, é incorreto afirmar que a Resolução nº 4.327, de 2014, propugna a responsabilidade civil de instituições financeiras.

Nesse contexto, o Normativo nº 14, de 2014, do Sistema de Autorregulação Bancária (SARB), buscou definir diretrizes e procedimentos para as práticas socioambientais de instituições financeiras. A iniciativa autorregulatória tem por objetivos: (i) demonstrar diligência e comprometimento das instituições financeiras na avaliação de impactos socioambientais em suas operações e atividades; (ii) definir patamar mínimo de procedimentos e práticas, evitando disparidades da concorrência; (iii) instrumentalizar procedimentos para a análise de risco socioambiental nas atividades e operações das instituições; (iv) servir de parâmetro para fiscalização do regulador; e (v) constituir elementos de defesa em demandas judiciais.

Em nossa opinião, a iniciativa do Bacen e do SARB, da Federação Brasileira de Bancos (Febraban), segue a racionalidade da Lei Anticorrupção (Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013), que previu no art. 7º: “Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica [...]”. A Resolução nº 4.327, de 2014, segue a tendência jurídica de estabelecimento de mecanismos e procedimentos internos de controle e auditoria que demonstrem a adoção de cautelas compatíveis com o papel que instituições financeiras exercem na sociedade.

Entretanto, não há definição clara dos limites a serem observados pelas instituições financeiras. Em nossa opinião, não há nenhuma obrigação de que as instituições financeiras realizem estudos e análises que ultrapassem os limites do legalmente exigível, não sendo razoável que elas atuem como se fossem instituições corregedoras de órgãos de controle ambiental. Da mesma forma, alegações feitas por terceiras partes no sentido de que um ou outro mutuário está degradando o meio ambiente, em nossa opinião, não são suficientes para que se possa caracterizar o “conhecimento” necessário para responsabilizar o financiador. É desnecessário dizer que o sistema constitucional brasileiro contempla os princípios do contraditório e da ampla defesa, impedindo que denúncias unilaterais sejam tidas como verdades absolutas.

10 Conclusões

O tema da responsabilidade ambiental de instituições financeiras precisa ser analisado sob o prisma do dever constitucional de compatibilização da proteção ambiental com o desenvolvimento e a livre iniciativa e da coexistência de diferentes mandamentos normativos constitucionais que compõem o conteúdo dos direitos fundamentais.

Entendemos que a análise da responsabilidade civil ambiental de instituições financeiras deve diferenciar as operações de concessão de crédito por meio de empréstimo (contratação de dívida), e as sub-hipóteses, com ou sem propriedade fiduciária, das operações e produtos em que a instituição financeira atua como

quase empresário. No primeiro caso, a responsabilização civil ambiental na condição de poluidor indireto é inapropriada pelas razões expostas neste artigo, com especificidades no caso de consolidação de propriedade fiduciária; na segunda hipótese, a instituição financeira poderia, eventualmente (a depender do caso concreto), ser responsabilizada na condição de poluidor direto. Em nossa opinião, a linha delimitadora é o grau de influência da instituição financeira sobre o risco operacional do poluidor direto.

Nesse cenário jurídico, a Resolução nº 4.327, de 2014, prevê mecanismos e procedimentos internos de controle e auditoria que demonstrem a adoção de cautelas compatíveis com o papel que instituições financeiras exercem na sociedade. A preocupação do Bacen não se refere exclusivamente à responsabilidade civil ambiental de instituições financeiras. Passivos ambientais ou projetos de grande impacto ambiental geram riscos reflexos para as atividades de instituições financeiras, tais como: (i) risco de redução do valor de empresas sobre as quais elas detêm interesses; (ii) risco de redução da capacidade de pagamento e/ou retorno de projetos; (iii) desgaste na reputação da instituição financeira; e (iv) risco de passivos ambientais sobre o colateral e outras garantias reais. Esses riscos ambientais reflexos recomendam a adoção de cautela de avaliação ambiental e de análise apropriada de documentação ambiental por instituições financeiras.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Os Contratos Bancários e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Revista dos Tribunais. V. 811, maio, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **O Dano Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Direito Ambiental**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

ASCARELLI, Tulio. **Desenvolvimento Histórico do Direito Comercial e o Significado da Unificação do Direito Privado**. Tradução de Fábio Konder Comparato. RDM 114/244.

SISTEMA DE AUTORREGULAÇÃO BANCÁRIA (SARB). **Normativo nº 14**, de 28 de agosto de 2014.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução nº 4.327**, de 25 de abril de 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação Civil Pública em Matéria Ambiental e Denúncia da Lide**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, 2002.

KISS, Alexandre. Concept and Possible Implications of a Right to Environment. In: MAHONEY, K. E.; MAHONEY, P. (ed.). **Human Rights in the Twenty-first Century**. Dordrecht: Nijhoff, 1993.

KRUGMAN, Paul e WELLS, Robin. **Introdução à Economia**. Trad. Helga Hoffmann. São Paulo: Campus/Elsevier, 2007.

MESQUITA, Manuel Henrique Mesquita. **Obrigações Reais e Ônus Reais**. Porto: Almedina, 2003.

PENIDO, Maria Cristina. **Breve Nota sobre o Papel dos Bancos no Financiamento da Atividade Produtiva**. ConvênioBNDES/FECAMP/CECON-IE-UNICAMP/IE-UFRJ. Projeto de Estudos sobre as perspectivas da indústria financeira brasileira e o papel dos bancos públicos, maio, 2009.

REIS, Antonio. Financiamentos e a Responsabilidade Civil Ambiental. In: SAMPAIO, Rômulo S.R.; LEAL, Guilherme, J. S.; REIS, Antonio Augusto (Org). **Tópicos de Direito Ambiental – 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SALLES, Carlos Alberto de. **Propriedade Imobiliária e Obrigações “propter rem” pela recuperação ambiental do solo degradado**. Revista de Direito Ambiental, nº 34, São Paulo, 2014.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Responsabilidade Civil Ambiental das Instituições Financeiras**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SCHAPIRO, Mario. **Novos Parâmetros para a Intervenção do Estado na Economia**: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP, 2009, 326 p.

TOSINI, Maria de Fátima Cavalcante. **Risco Ambiental para as Instituições Financeiras**. São Paulo: Annablume, 2007.

WILLIAMSON, Oliver. **Corporate Finance and Corporate Governance**. *The Journal of Finance*, vol. 43, nº. 3, jul., 1988.

Aspectos Regulatórios e Jurídicos dos Mecanismos Garantidores de Crédito

Lademir Gomes da Rocha*

Introdução. 1 As razões econômicas e jurídico-institucionais da constituição de mecanismos de garantia de crédito. 2 O arcabouço regulatório do Fundo Garantidor de Crédito e do Fundo Garantidor de Cooperativismo de Crédito. 3 Perspectivas para os mecanismos garantidores.

Resumo

Este artigo trata das questões jurídicas e regulatórias inerentes ao funcionamento dos mecanismos de garantia de crédito contra instituições financeiras. Aborda, primeiramente, as razões de ordem econômica e jurídica envolvidas na constituição e na regulação dos fundos garantidores. Analisa também o arcabouço regulatório do Fundo Garantidor de Crédito (FGC) e do Fundo Garantidor de Cooperativismo de Crédito (FGCoop), a fim de traçar seu desenho institucional, compreender suas finalidades e objeto, o âmbito de garantia por eles proporcionada, o valor garantido, as instituições participantes e a formação dos fundos que custeiam as coberturas prestadas pelos mecanismos seguradores. Por fim, traça as perspectivas de evolução e ampliação dos referidos mecanismos, indicando os pressupostos, os contornos e os limites da proteção adicional por eles conferida.

* Procurador do Banco Central, mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Palavras-chave: Regulação econômica. Regulação do sistema financeiro. Mecanismos garantidores de crédito contra instituições financeiras.

Regulatory and Legal Matters of the Deposit Insurance Schemes in Brazil

Abstract

This article deals with the legal and regulatory issues related to the functioning of deposit insurance schemes in Brazil. First it analyzes the economic and legal reasons involved in the creation and regulation of deposit insurances mechanisms. It also analyzes the regulatory framework of the FGC and FGCoop in order to trace its institutional design, understand their purpose and object, the scope of guarantee provided by them, the guaranteed value, the participating institutions and the training of funds defray the coverage provided by deposit insurances schemes. Finally, traces of trends and expansion of these schemes, indicating the assumptions, the contours and limits of the additional protection afforded by them.

Keywords: *Economic regulation. Financial regulation. Deposit insurance schemes in Brazil.*

Introdução

A constituição de instrumentos garantidores de créditos contra instituições financeiras – comumente denominados, com certa imprecisão, de seguros de depósitos – apresenta-se como resposta regulatória a exigências econômicas e jurídicas diversas. Embora focados, conforme os limites e as condições legais e regulatórias variáveis, na proteção microeconômica dos depositantes e dos aplicadores assimetricamente desinformados, seu escopo macroeconômico é evitar que o abalo na confiança provocado pela crise de liquidez ou de solvibilidade de determinada instituição (crise da empresa) “contagie” as demais instituições financeiras que, apesar de solventes, sejam estruturalmente ilíquidas ante o incremento dos saques das disponibilidades de depósitos e de outras

aplicações financeiras exigíveis, fenômeno que, por seu efeito propagador, pode comprometer a estabilidade do sistema financeiro e o funcionamento regular da economia (crise do sistema).

Assim, embora os instrumentos garantidores de créditos foquem nas consequências de eventual quebra da empresa bancária, não é desarrazoado inseri-los na lógica da regulação prudencial ou preventiva, na medida em que, assumindo, *ex ante*, o encargo de honrar com as obrigações do devedor insolvente, atenuam o “efeito de contágio” resultante de eventual quebra de confiança, correlacionado à distribuição assimétrica da informação entre os agentes econômicos e à consequente seleção adversa das instituições depositárias pelos poupadores e investidores financeiros. Acrescente-se a isso o fato de os mecanismos de seguro haverem incorporado, de forma progressiva, funções claramente prudenciais, como no caso brasileiro, em que os fundos garantidores existentes prestam assistência em operações de liquidez e de reestruturação das instituições participantes. Assim, tem-se um cenário em que, ao lado da função propriamente garantidora dos créditos dos depositantes e aplicadores, relacionada ao escopo de saneamento das **consequências**, há a função prudencial, relacionada ao enfrentamento das **causas** dos abalos financeiros¹.

No plano internacional, a experiência pioneira do *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC)² serviu de base para expansão dos instrumentos garantidores de crédito, adotados por diversos países, especialmente a partir da década de 1990. Segundo a *International Association of Deposit Insurers* (IADI) – associação internacional constituída em 2002, para assegurar a efetividade dos sistemas de seguro de depósito – de doze jurisdições em 1974, o mundo saltou para 113 em janeiro de 2014. Além disso, quarenta países estavam em fase de

1 Nesse sentido, divirjo do posicionamento de Prates, que situa os mecanismos de seguros de depósito, juntamente com os regimes de resolução e de responsabilidade dos administradores de instituições financeiras, entre as instituições regulatórias que visam corrigir, e não prevenir, crises bancárias, contrapondo-os, assim, aos instrumentos de regulação prudencial. Prates sustenta que a chamada “rede de proteção bancária”, por lidar com os efeitos das crises, cumpre função distinta da regulação prudencial, focada na prevenção dos riscos, cuja eficácia e efetividade, aliás, o i. articulista questiona (PRATES, Marcelo Madureira. *Why prudential regulation Will fail to prevent financial crisis. A legal approach*. In: *Working Papers Series* n° 335, Brasília: Banco Central do Brasil, novembro de 2013). Entendemos, porém, que, ao lado da função estritamente garantidora, tanto o FGC como o FGCoop assumiram funções preventivas, fornecendo suporte à liquidez e à reestruturação das instituições participantes. Ademais, mesmo a função garantidora não visa corrigir os efeitos danosos das crises bancárias, mas evitar o efeito contágio e, portanto, fazer com que a crise na empresa financeira transmita-se para o sistema, cumprindo finalidade claramente preventiva ou prudencial.

2 Um breve apanhado histórico sobre os seguros de depósitos nos Estados Unidos da América, em especial sobre o *Federal Deposit Insurance*, pode ser encontrado em: FDIC – FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION, *A Brief History of Deposit Insurance in the United States*. Estados Unidos: Washington, 1998. Disponível em: <<https://www.fdic.gov/bank/historical/brief/brhist.pdf>>. Acesso em 11 de novembro de 2014.

implementação ou de estudo acerca da formulação de mecanismos ou sistemas garantidores de crédito³.

Nesse contexto, a instituição, no Brasil, de um mecanismo de proteção dos titulares de créditos contra instituições financeiras foi pioneiramente autorizada, com alguma tardança, pela Resolução nº 2.197, de 31 de agosto de 1995, e sua instituição efetiva ocorreu com a aprovação, pela Resolução nº 2.211, de 16 de novembro de 1995, do estatuto e do regulamento do Fundo Garantidor de Crédito (FGC), entidade privada sem fins lucrativos, destinada a administrar o referido mecanismo⁴. Alterações de regulação e de governança ulteriores deram ao FGC seu desenho institucional, sua estrutura e suas funções atuais.

Ademais, aproveitando o cabedal de experiência do FGC, a Resolução nº 4.150, de 30 de outubro de 2012, estabeleceu os requisitos e as características mínimas do Fundo Garantidor de Cooperativismo de Crédito (FGCoop), norteados a elaboração, pelo sistema cooperativista de crédito, do estatuto e do regulamento do FGCoop, aprovados pela assembleia geral de constituição em 27 de setembro de 2013, e, em seguida, pela Resolução nº 4.284, de 5 de novembro de 2013.

No esforço de compreender as questões jurídicas e regulatórias dos mecanismos de garantia de crédito contra instituições financeiras, o presente artigo trata, primeiramente, das razões de ordem econômica e jurídica envolvidas na constituição dos fundos garantidores. Na sequência, analisa o arcabouço regulatório do FGC e do FGCoop, traçando seu desenho institucional, compreendendo finalidades e objeto dos mecanismos garantidores, âmbito de garantia por eles proporcionada, valor garantido, instituições participantes e formação dos fundos que custeiam as coberturas prestadas pelos mecanismo seguradores. Por fim, a título de fechamento da análise empreendida, traça as perspectivas de evolução e ampliação dos referidos mecanismos, indicando os pressupostos, os contornos e os limites da proteção adicional por eles conferida.

3 Dados disponíveis no site do IADI: <<http://www.iadi.org/di.aspx>>. Acesso em 7 de novembro de 2014.

4 Conforme informações do Banco Central do Brasil, disponíveis em: <<http://www.bcb.gov.br/?fundosfgcfcgcoop>>. Acesso em 7 de novembro de 2014.

1 As razões econômicas e jurídico-institucionais da constituição de mecanismos de garantia de crédito

Associa-se a instituição de mecanismos garantidores ou seguradores de depósitos a razões de ordem econômica, relacionadas ao funcionamento do sistema bancário, especialmente a falhas decorrentes da assimetria de informações⁵ dos depositantes ou dos investidores acerca da situação econômico-financeira e da capacidade de gerenciamento de riscos das instituições financeiras captadoras, e na possível produção de **efeitos externos negativos** advindos da crise da empresa bancária, potencialmente geradores de crise sistêmica⁶. Nesse contexto, a adoção de tais mecanismos visa a minimizar, de um lado, os problemas de seleção adversa das instituições depositárias, de outro, o desencadeamento de corridas bancárias, capazes de comprometer a sobrevivência de instituições que, embora sejam financeiramente saudáveis, não disponham de liquidez suficiente para honrar todas as suas obrigações imediatamente exigíveis, com reflexos negativos na disponibilização do crédito e dos meios de pagamento.

A dimensão estritamente jurídica do problema não tem merecido a devida atenção dos que analisam a escolha institucional pela adoção dos mecanismos garantidores. Conquanto não contradigam as razões econômicas, as razões jurídicas evidenciam os aspectos institucionais subjacentes à racionalidade econômica da atividade de intermediação bancária e a consequente distribuição dos riscos entre os agentes econômicos e os entes reguladores envolvidos na dinâmica de funcionamento do sistema financeiro.

5 A relevância do problema da assimetria de informação no âmbito do mercado financeiro e seu potencial gerador de crises têm sido objetos de abundante interesse acadêmico. Veja-se, entre outros: STIGLITZ, Joseph e WEISS, Andrew. *Credit Rationing in Market with Imperfect Information*. In: *The American Economic Review*, n. 71, v. 3, p. 393-416, 1981; MISHKIN, Frederic. *Asymmetric Information and Financial Crises: a historical perspective*. In: *Financial Markets and Financial Crises* m Hubbard, 1991; DENARDIN, Anderson Antonio. Crises Financeiras, Assimetria Informacional e a Dinâmica de Ajustamento Macroeconômico no Brasil. Anais do XLI Encontro Nacional de Economia. Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação e Economia (ANPEC). Disponível em: <<http://EconPapers.repec.org/RePEc:anp:en2013:060>>. Acesso em 9 de janeiro de 2015.

6 Como destacam Miller e Zang, semelhantemente ao aquecimento global provocado pela poluição, crises originadas no mercado financeiro produzem externalidades negativas severas, para eles consistentes na desvalorização dos ativos em poder do público, no deslocamento do risco financeiro das instituições para outros investidores, devido a mecanismos legais e contratuais que limitam a sua responsabilidade e a propagação de choques por toda a estrutura do sistema financeiro (MILLER, Marcus e ZHANG, Lei. *Whither capitalism? Financial externalities and crisis*. 16º Congresso Mundial do IEA, Beijing, 2011. Disponível em: <<http://www.iea-world.org/docs/1044.pdf>>. Acesso em 2 de fevereiro de 2015).

De modo particular, trata-se de enfatizar a **natureza jurídica do depósito bancário**, expressão ambígua que mais oculta do que revela o arranjo jurídico-obrigacional que vincula as pessoas físicas e jurídicas depositantes e as instituições financeiras depositárias das disponibilidades captadas da poupança popular. Além disso, trata-se de avaliar os reflexos das restrições ou **vedações jurídico-institucionais à alocação de recursos públicos (*bail-out*)**⁷ na solução de crises bancárias e, destacadamente, na satisfação dos créditos dos depositantes e aplicadores, substituindo-os por recursos providos pelos agentes econômicos envolvidos na atividade de bancária, incluindo-se aí sócios, controladores e grandes credores (*bail-in*)⁸.

No tocante à natureza jurídica, o depósito bancário envolve entrega de coisa fungível, regulando-se, por isso, pelas normas do contrato de mútuo, consoante estabelece o art. 645 do Código Civil. Ademais, a captação das disponibilidades de poupança pelas instituições financeiras insere-se no contexto da atividade de intermediação financeira. Nesse quadro, o depósito bancário assume feições substancialmente distintas do depósito em geral de coisas fungíveis. De fato, o depósito de grãos e de *commodities* em geral, conquanto envolva entrega de coisa fungível ao depositário, não transfere para ele a propriedade da coisa depositada, não estando ele, pois, autorizado a dispor da coisa depositada como se fosse sua.

7 *Bail-out* é expressão ambígua que tanto designa uma situação em que há venda excessiva de ações de uma companhia, causada pela perda da confiança na rentabilidade ou na viabilidade da empresa, como a necessidade de ajuda financeira para manter a empresa funcionando. Estritamente, a expressão assumiu a conotação em que um agente econômico privado ou o Poder Público oferecem dinheiro, sob a forma de empréstimo ou participação societária, a fim de prevenir a quebra de determinada empresa. Do ponto de vista regulatório, o *bail-out* governamental assume especial relevo, na medida em que envolve a sempre politicamente controvertida alocação de fundos públicos para salvar empresas privadas da bancarrota. Para os fins deste artigo, *bail-out* descreve a situação em que o Poder Público utiliza recursos públicos para prevenir ou sanear problemas de liquidez ou insolvência das instituições autorizadas, em virtude das consequências negativas sobre a estabilidade do sistema regulado e a economia. A propósito do conceito, veja-se o verbete *Bailout, in: Investopedia*, disponível em: <<http://www.investopedia.com/terms/b/bailout.asp>>. Acesso em 29 de fevereiro de 2015.

8 A expressão *bail-in* compreende as medidas pelas quais sócios e controladores devem suportar as perdas de suas empresas, de modo que seus credores fiquem satisfeitos. Contudo, sua extensão a determinados grupos de credores justifica-se em razão não apenas dos volumes emprestados ou investidos nas instituições autorizadas e nos fundos por eles administrados, como também pelo grau de risco (e, portanto, de retorno esperado) dos investimentos realizados. Assim, em caso de malogro dos negócios das empresas autorizadas, tais credores são chamados a suportar perdas, seja pela subordinação do pagamento dessas dívidas ao cumprimento das demais obrigações das empresas devedoras, seja pela conversão da dívida em participação societária (ver, sobre isso, o verbete *Definition of bail-in, in: Financial Times*, ft.com/lexicon, disponível em: <http://lexicon.ft.com/term?term=bail_in>. Acesso em 29 de fevereiro de 2015). Nesse sentido, embora os mecanismos garantidores sejam, a rigor, terceiros não credores das instituições participantes, a origem da principal fonte de recursos formadores dos fundos mutualistas que eles administram (contribuições formadas de recursos captados pelas instituições participantes) permite enquadrá-los como instrumentos de *bail-in*, em contraposição à lógica do *bail-out*. Estritamente, é possível correlacionar a oposição entre *bail-in* e *bail-out* aos problemas das externalidades negativas, no seguinte sentido: na ausência de mecanismos regulatórios que forcem a internalização dos riscos e custos da atividade financeira – ou seja, mecanismos de *bail-in* –, os custos de prevenção e saneamento de crises financeiras tenderão a recair sobre toda a coletividade, mediante alocação de fundos públicos (*bail-out*).

De forma diversa, o impropriamente denominado depósito bancário transfere a propriedade do dinheiro para a instituição financeira, que, no cumprimento de seu objeto social, dispõe dos recursos captados em suas operações ativas⁹. Nesse sentido, a ideia de intermediação financeira pode, se inadequadamente compreendida, conduzir a compreensão equivocada da atividade do banco, uma vez que, comumente, o intermediário de um negócio apenas representa os interesses das partes envolvidas na negociação, as quais estabelecem entre si o negócio jurídico. Por sua vez, a instituição financeira celebra, com depositante e com mutuário, contratos distintos e incomunicáveis, de modo que a empresa que comercia o dinheiro figura ora como devedora do depositante ou aplicadora financeira (operação passiva da instituição financeira), ora como credora de simples mútuo ou financiamento (operação ativa).

A consequência mais significativa disso é que, sendo decretada a intervenção ou a liquidação extrajudicial da instituição financeira ou sendo reconhecida sua situação falimentar, suspende-se a exigibilidade dos depósitos e das aplicações financeiras, que não são propriedades dos depositantes, mas créditos que eles, por meio das referidas operações passivas, constituíram na instituição depositária, não se aplicando a eles, portanto, o instituto da restituição¹⁰.

Daí a importância, para o depositante ou para o aplicador comum, que não reúne condições para corrigir sua severa assimetria informacional acerca da situação econômico-financeira da empresa captadora, de um mecanismo institucional que, ante a impossibilidade de satisfação do crédito pela depositária, honre o contrato de depósito, ainda que de forma limitada quanto ao tipo de aplicação e ao montante confiado.

Por outro lado, o interesse público na instituição desse mecanismo resulta da constatação de que a soma de comportamentos individuais, racionais se isoladamente considerados, pode redundar, pela generalização da desconfiança, em corrida bancária que se realiza, indistintamente, contra instituições solventes e insolventes, gerando um efeito dominó ou de contágio capaz de comprometer a solidez do sistema financeiro e da economia do país.

9 Nesse sentido, a clássica formulação de Pontes de Miranda, ao assinalar que “o dinheiro, feito no banco, faz o banco adquirir a propriedade do que se depositou” (Tratado de Direito Privado, 4ª ed., São Paulo: RT, 1983, Tomo LII, § 5.423).

10 Pelo fato de o “depósito irregular” tornar o banco depositário proprietário da coisa depositada é que não se aplica ao numerário em poder da instituição financeira o instituto da restituição, regulado pela lei falimentar (STJ, REsp 504.300/MG e REsp 501.401/MG). Pela mesma razão, o numerário que se encontra em poder do banco responde pelas dívidas da instituição, sendo, por isso, penhorável (STJ, REsp 317629/SP, REsp 287749/SP e o já referido REsp 212.886/MA).

Conquanto seja do interesse público evitar a generalização dos saques bancários, a instabilidade financeira e a crise sistêmica, há, no Brasil, severas restrições institucionais ao uso de recursos públicos para socorrer as instituições financeiras em dificuldade. Ressalvadas as hipóteses restritas em que o Banco Central pode realizar operações de redesconto com finalidade de provisão de liquidez, ou em que pode ser editada lei específica que autorize que os limites gerais sejam transpostos, o art. 28, *caput*, da Lei de Responsabilidade Fiscal proíbe o uso de “recursos públicos, inclusive de operações de crédito, para socorrer instituições do Sistema Financeiro Nacional, ainda que mediante a concessão de empréstimos de recuperação ou financiamentos para mudança de controle acionário”, ou seja, veda o *bail-out*. Em contrapartida, o § 1º do referido preceito prevê que a prevenção de insolvência e outros riscos inerentes ao funcionamento das instituições financeiras ficará a cargo de fundos e de outros mecanismos constituídos pelas próprias instituições, no caso, pelos fundos garantidores de crédito.

Tem-se, assim, por um lado, a necessidade econômica de instrumentos que previnam os riscos inerentes ao mercado bancário, entre eles o risco de liquidez e de insolvência da instituição financeira¹¹ e, por contágio, o risco sistêmico, mediante mecanismos que garantam aos poupadores e investidores assimetricamente desinformados o cumprimento das obrigações assumidas pelas instituições depositárias, minimizando ou evitando o comportamento de “manada”; de outro, os aspectos jurídico-dogmáticos que evidenciam precisamente a natureza creditícia da obrigação assumida pelas instituições captadoras de depósitos e outras aplicações financeiras e os arranjos jurídico-institucionais que impedem ou limitam severamente o uso de recursos públicos para socorrer instituições do Sistema Financeiro Nacional, abrangendo a

11 Conquanto o arranjo institucional brasileiro possibilite que os mecanismos garantidores prestem auxílio ou suporte financeiro às instituições participantes, não é seu objetivo permitir que instituições ineficientes continuem operando e ampliem, assim, o indesejado risco moral. Ao contrário, uma rede efetiva de proteção do sistema financeiro não pode funcionar adequadamente sem medidas prudenciais mediante as quais o regulador pode “forçar” as instituições ineficientes a se reestruturarem, de forma que operem de modo adequado; e, se frustrado esse desiderato, sem adequado regime de liquidações, que permita a exclusão dessas instituições do sistema financeiro operativo. A mitigação do risco moral no funcionamento dos mecanismos seguradores não é preocupação acadêmica, mas algo que sensibiliza os entes reguladores. A propósito, veja-se: IADI – *International Association of Deposit Insurers*, 2013. *Enhanced Guidance for Effective Deposit Insurance Systems: Mitigating Moral Hazard*, maio de 2013, disponível em: <http://www.iadi.org/docs/IADI_Mitigating_Moral_Hazard_Enhanced_Guidance_2013-05.pdf>. Acesso em 19 de fevereiro de 2015. Assinale-se, porém, que não é tarefa fácil precisar em que medida os mecanismos garantidores resultam em risco moral, e, havendo risco, a forma de mitigá-lo. A situação agrava-se com a atribuição de novas tarefas para os mecanismos garantidores, como a assistência às instituições participantes. A propósito, veja-se: IWAMURA, Mitsuru. *Deposit insurance and moral hazard*. In: *Boj Monetary and Economic Studies*, vol. II, nº 1, julho de 1993.

concessão de empréstimos de recuperação ou financiamentos para mudança de controle acionário e/ou reestruturação societária¹².

As razões econômicas e jurídico-institucionais convergem, assim, para justificar a constituição de mecanismos garantidores de créditos contra as instituições que autorizadamente operam no mercado financeiro, captando recursos da poupança popular. Tais mecanismos assumem, no quadro institucional brasileiro, a forma de fundos patrimoniais privados, formados por contribuições obrigatórias das instituições participantes, geridos e titularizados por pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos (associações), constituídas na forma da legislação civil, com vistas ao atendimento de finalidades de interesse público (estabilidade e solidez do sistema financeiro) e privado (satisfação dos créditos dos depositantes das instituições financeiras).

2 O arcabouço regulatório do Fundo Garantidor de Crédito e do Fundo Garantidor de Cooperativismo de Crédito

Seguindo o caminho das melhores práticas regulatórias internacionais, como em outras áreas da regulação financeira, o Brasil favoreceu a constituição de mecanismos garantidores de créditos contra as instituições captadoras de disponibilidades da poupança popular. O primeiro passo nessa direção foi dado com a edição da Resolução nº 2.197, de 31 de agosto de 1995, do Conselho Monetário Nacional, que autorizou a instituição de mecanismo de proteção dos titulares de créditos contra instituições financeiras. O normativo foi seguido da edição da Resolução nº 2.211, de 16 de novembro de 1995, que aprovou o estatuto e o regimento interno do FGC. Após sucessivas alterações, o FGC foi regulado pela Resolução nº 4.222, de 23 de maio de 2013, em vigor.

Posteriormente à constituição do FGC, foram dados passos decisivos para ampliar o escopo de proteção dos titulares de crédito noutros segmentos da atividade financeira. Em 30 de outubro de 2012, foi editada a Resolução nº 4.150,

¹² Importante registrar que, embora a literatura internacional destaque que a atuação dos bancos centrais como prestamistas de última instância se constitua num dos pressupostos para uma rede de proteção do sistema bancário efetiva, no caso brasileiro essa forma de atuação sofre severas restrições legais. Diante desse cenário restritivo, a função de prestamista das instituições financeiras acabou sendo, em grande parte, absorvida pelos próprios mecanismos garantidores, em reforço da prevalência do objetivo de assegurar a liquidez e estabilidade do sistema financeiro sobre o objetivo de proteção dos depositantes assimetricamente desinformados.

que fixou os requisitos e as características mínimas do FGCoop, com estatuto e regulamento aprovados em assembleia dos participantes realizada em 27 de novembro de 2013, formalizado pela Resolução nº 4.284, de 5 de novembro de 2013.

Assim, ao lado do FGC, entidade voltada à proteção dos créditos dos depositantes e aplicadores nas instituições financeiras de um modo geral¹³ (com as limitações legais e regulatórias relativas ao tipo de aplicação ou captação realizada pelas instituições participantes e ao montante assegurado), existe, para cooperativas de crédito e bancos cooperativos, o FGCoop. Interessa analisar o arranjo regulatório dos referidos mecanismos de proteção, que apresentam, ao lado de traços majoritariamente comuns, diferenças singulares que merecem ser referidas.

Cumpra assinalar que o arranjo regulatório doméstico dos mecanismos garantidores ou “seguradores” de créditos observa, sem desrespeitar as determinações legais aplicáveis, as recomendações da *International Association of Deposit Insurers (IADI)*, particularmente os *Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems (Core Principles)*, cuja última versão é de junho de 2009¹⁴. De fato, cotejando as normas que regulam os referidos mecanismos, vê-se que a aderência às referidas *guidelines* é notável.

Ambos os mecanismos estruturam-se com vistas à realização de duas finalidades fundamentais – a proteção aos depositantes e investidores das instituições associadas (instituições financeiras de modo geral, no caso do FGC, e instituições que atuam no segmento de crédito cooperativo, no caso do FGCoop); e a estabilidade e a prevenção de crises no sistema financeiro e cooperativo de crédito – que se realizam no duplo objeto dos mecanismos garantidores¹⁵:

13 Participam obrigatoriamente do FGC a Caixa Econômica Federal, os bancos múltiplos e comerciais (exceto, após a instituição do FGCoop, os bancos cooperativos), os bancos de investimento, os bancos de desenvolvimento, as financeiras, as sociedades de crédito imobiliário, as companhias hipotecárias e as associações de poupança de empréstimo.

14 Disponível em: <http://www.iadi.org/cms/secure/docs/JWGD1%20CBRG%20core%20principles_18_June.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2014.

15 Os estatutos de ambos os mecanismos garantidores se referem a três finalidades: proteção aos depositantes e investidores, contribuição para manutenção de estabilidade do sistema financeiro ou cooperativo de crédito e contribuição para a prevenção de crise sistêmica (do sistema bancário ou do sistema cooperativo de crédito). Ocorre que, na prática, os dois últimos objetivos se sobrepõem e são alcançados por meio dos mesmos instrumentos de atuação: prestação de assistência ou suporte financeiro para as instituições participantes, que se distinguem do pagamento dos credores de depósitos bancários e outros investimentos financeiros não só em razão do destinatário dos recursos (as instituições, ao invés de seus credores), como também pela natureza (empréstimo em vez de pagamento com sub-rogação) e pelo escopo (preventivo em vez de reparador do dano sofrido pelos credores) das operações realizadas. Daí a opção de correlacionar as finalidades dos mecanismos garantidores ao objeto das operações realizadas, distinguindo o campo de atuação reparadora (que tem como beneficiários os credores das instituições participantes) do campo da atuação preventiva (que, ao beneficiar as instituições, visa a preservar a estabilidade e a solidez do sistema (bancário ou cooperativo de crédito)).

a garantia de crédito contra as instituições associadas, na hipótese de intervenção e de liquidação extrajudicial da instituição participante¹⁶ e contratação de operações de assistência ou de suporte financeiro para as instituições associadas.

A correlação existente entre essas duas finalidades (proteção individual ao credor/depositante e proteção do sistema), que mutuamente se reforçam, é elemento estruturante dos mecanismos de proteção de crédito contra instituições financeiras. Pode-se afirmar, até mesmo, numa perspectiva histórica, que a proteção ao credor/depositante, embora se apresente como objetivo imediato dos mecanismos garantidores, subordina-se, finalisticamente, ao objetivo mediato de proteção ao sistema bancário.

Considerados isoladamente de seus efeitos sistêmicos, os inadimplementos (*defaults*) dos créditos dos depositários contra as instituições depositantes não seriam suficientes, por si sós, para justificar a instituição de mecanismos coercitivos (involuntários) de proteção, aparentemente contraditórios com a ideia de disciplina de mercado e de precificação do risco de cada depositante, mais eficientemente protegidos por instrumentos contratuais (voluntários) de “seguros de crédito”.

De fato, outras relações contratuais, que envolvem créditos de consumidores (e. g., crédito de adquirentes de imóveis na planta) e créditos trabalhistas não mereceram, de legisladores e reguladores, a mesma preocupação, porque os *defaults* não ensejam efeitos externos significativos, como o risco sistêmico. Todavia, o risco de comprometimento da funcionalidade do sistema bancário e, portanto, da disponibilidade de crédito e de meios de pagamento, em virtude do comportamento de manada dos credores/depositantes, fez com que a proteção ao sistema (objetivo mediato) se firmasse como a razão principal para que os credores assimetricamente desinformados fossem coercitivamente protegidos (objetivo imediato), observados os limites institucionais dos mecanismos de proteção.

Contudo, a regulação em vigor no Brasil dá um passo adiante, no sentido de afirmar a prevalência do objetivo macroeconômico (proteção ao sistema) em relação ao objetivo microeconômico (proteção ao depositante), na medida em que, de objetivo mediato, ela foi erigida a objetivo direto dos mecanismos de proteção adotados pelo regulador brasileiro.

¹⁶ No caso do FGC, o art. 3º, inciso II, do Anexo I da Resolução nº 4.222, de 2013, admite a possibilidade de prestação de garantia de crédito contra instituições associadas que, por força da legislação em vigor, não estejam sujeitas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial, mas que tenham sua insolvência reconhecida pelo Banco Central do Brasil.

Não se trata de um detalhe insignificante: uma coisa é alcançar a proteção ao sistema de forma indireta, por meio do reforço à confiança do depositante bancário no resgate de seu crédito, ao assegurá-lo com recursos que foram os fundos garantidores; outra é utilizar os recursos do fundo de seguro em operação de assistência de liquidez ou de reestruturação das instituições depositária (devedoras), evitando (atuação prudencial) que a iliquidez ou a insolvibilidade da instituição se consume, função tradicionalmente exercida pelos bancos centrais, mediante uso de recursos das reservas bancárias.

A racionalidade por traz dessa mudança no *modus operandi* dos mecanismos garantidores relaciona-se à internalização dos custos correspondentes à garantia da funcionalidade do sistema bancário ou cooperativo de crédito: a lógica tradicional *bail-out* (uso de recursos públicos para socorro às instituições) cede lugar ao *bail-in* (sendo esse risco suportado com recursos privados, compulsoriamente exigíveis).

Relativamente à operacionalidade dos referidos mecanismos, são as seguintes as características estruturantes.

a) Proteção explícita e limitada

O caráter explícito da proteção conferida pelos mecanismos garantidores evidencia-se na ausência de margem de apreciação do administrador do fundo para deliberar, *ex-post* e discricionariamente, sobre a concessão da cobertura. Verificada a ocorrência do evento que enseja a pretensão securitária (intervenção ou liquidação extrajudicial ou reconhecimento da insolvência da instituição devedora), a proteção se dá nos limites da regulação, igualmente explícitos, quanto ao tipo de depósito ou aplicação protegida e ao valor por instituição ou conglomerado, não sendo lícito ao administrador reduzir ou ampliar a cobertura a que o depositante ou aplicador tem direito.

Em campos diametralmente opostos ao dos créditos que são objetos de garantia explícita e limitada, há os créditos objetos de garantia especial e os créditos não garantidos. Tanto em relação ao FGC como ao FGCoop são garantidos: os depósitos a vista ou sacáveis mediante aviso prévio; os depósitos de poupança; os depósitos a prazo, com ou sem emissão de certificado; os depósitos mantidos em contas não movimentáveis por cheques, destinadas a registro e controle do

fluxo de recursos referentes à prestação de serviços de pagamento de salários, vencimentos, aposentadorias, pensões e similares; as captações realizadas por meio de letras de câmbio, letras imobiliárias, letras hipotecárias, letras de crédito imobiliário e letras de crédito do agronegócio; e as operações compromissadas que têm como objetos títulos emitidos após 8 de março de 2012 por empresa ligada. Trata-se de enumeração exaustiva (quanto à modalidade de captação protegida pela garantia ordinária), não sendo adequado ampliar seu escopo de proteção por meio de interpretação extensiva, seja de outras captações realizadas pelas instituições participantes, seja de outros créditos (tributários, trabalhistas, consumeristas) contra as referidas instituições.

Há outras restrições regulatórias: a) a garantia total de créditos de cada pessoa contra mesma instituição associada ou conglomerado é limitada a R\$250 mil (até 23 de maio de 2013, o limite era de R\$70 mil): para esse efeito, somam-se os créditos (nas distintas modalidades de aplicação protegidas) de cada pessoa física ou jurídica contra cada instituição (ou conglomerado); b) nas contas conjuntas, o valor de R\$250 mil é dividido pelo número de titulares, mas o crédito do valor garantido é feito de forma individual; c) créditos titulados por associações, condomínios, cooperativas, grupos ou administradoras de consórcio, entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e demais sociedades e associações sem personalidade jurídica e entidades assemelhadas são garantidos até R\$250 mil.

b) Adesão e contribuição compulsórias

Contornando problemas de seleção adversa, inerentes à assimetria informacional dos depositantes/credores, as instituições autorizadas, obrigatoriamente, participam do esquema de garantia de crédito relacionado a suas atividades de intermediação financeira (sistema financeiro em geral ou sistema cooperativo de crédito).

A determinação de vinculação obrigatória das instituições financeiras às formas associativas que administram os respectivos mecanismos de garantia de crédito implica restrição ao princípio da liberdade de associação (Constituição Federal – CF –, art. 5º, XVII). Trata-se, porém, de restrição legítima, na medida em

que observa o postulado normativo aplicativo da proporcionalidade¹⁷: trata-se de exigência regulatória necessária ao ingresso e/ou à permanência das instituições participantes no mercado regulado, não menos severa, diga-se de passagem, que a própria exigência de autorização prévia (CF, art. 170, parágrafo único)¹⁸.

Atente-se, porém, que, se o problema da seleção adversa dos pequenos e médios poupadores é minimizado (ou praticamente eliminado) com a cobertura securitária que o mecanismo garantidor confere aos principais instrumentos de captação das instituições financeiras, há a tendência, em contrapartida, de que a existência de mecanismos garantidores incentive as instituições participantes a se exporem a riscos desmedidos, sabedoras de que suas principais obrigações com seus credores/depositantes estão protegidas pelos fundos mutualistas, caso elas se tornem insolventes.

Por essa razão, a otimização dos efeitos regulatórios dos fundos ou mecanismos garantidores só pode ser assegurada se outros instrumentos e instituições regulatórios, em especial a regulação e a supervisão prudencial, os regimes de liquidação e as normas de responsabilização civil, administrativa e penal dos administradores e controladores das instituições financeiras, funcionarem de modo eficiente, equitativo e eficaz.

Por outro lado, não se pode ignorar que a vinculação e a contribuição obrigatórias geram, além da minimização dos problemas de seleção adversa, efeitos positivos indiretos na concorrência no âmbito do mercado bancário ou cooperativo de crédito, na medida em que estimulam o ingresso no mercado e a competitividade das instituições menores, que não usufruam da reputação de solidez e segurança das instituições maiores.

17 Adoto aqui a distinção elaborada por Ávila (2012) entre regras, princípios e postulados normativos aplicativos, entre os quais insere-se a proporcionalidade.

18 A situação assemelha-se à do condomínio edilício, que, por força de lei, acarreta vinculação obrigatória entre proprietário e condomínio, configurando restrição legítima não só à liberdade associativa, mas também ao direito de propriedade (STJ, REsp 1.231.171/DF). Observe-se que uso de formas associativas privadas, com sua eficácia consequentemente restritiva sobre a liberdade de associação, de empresa e de propriedade, tem sido utilizada com frequência no âmbito da regulação financeira, visando a realização eficaz e eficiente de objetivos de interesse público, num movimento que, ao representar, em certa medida, uma "fuga para o direito privado", visa a desonerar o Erário, ainda que parcialmente, da necessidade de alocar recursos públicos limitados, seja para assegurar a infraestrutura necessária para o regular funcionamento do mercado, seja para implementar medidas saneadoras, quando esse funcionamento revelar-se disfuncional. Nesse contexto, inserem-se, por exemplo, as *clearings*, infraestruturas de mercado indispensáveis ao funcionamento seguro, eficiente e eficaz do Sistema de Pagamento Brasileiro, reguladas pela Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001.

c) Fundamento *ex ante*

As contribuições privadas e as demais fontes, também privadas, que compõem os fundos mutualistas geridos pelos mecanismos garantidores devem gerar patamar adequado de capitalização, conforme critérios atuariais, que os torne aptos a fazer frente a suas obrigações, tanto as relacionadas com a cobertura dos créditos dos depositantes e aplicadores, como as que se referem a atendimento das necessidades de liquidez e de custos de reestruturação das instituições participantes.

Atingidos os patamares considerados aptos de capitalização, o regulador pode, com certa discricionariedade, reduzir ou dispensar novas contribuições durante o período em que os fundos mantiverem capitalização adequada (nem insuficiente, nem excessiva, com vistas às exigências atuariais projetadas).

d) Natureza privada das receitas e da cobertura

Consideradas as restrições legais, a formação de *funding* dos mecanismos garantidores é custeada exclusivamente por recursos privados. Isso se desdobra na natureza também privada da cobertura e, em última instância, na natureza dos mecanismos garantidores, sem prejuízo da finalidade pública que eles realizam, dada sua importância para realização de um bem público, que é a solidez do sistema financeiro e, conseqüentemente, a estabilidade econômica.

Como já foi dito, mecanismos garantidores realizam importante internalização dos riscos e, portanto, dos custos da atividade financeira privada, corrigindo falhas configuradas em externalidades negativas (risco sistêmico). Porém, não podem passar despercebidos, na medida em que fortalecem a confiança na possibilidade de resgate dos créditos contra as instituições participantes, geram ou contribuem para geração de importante bem público, que é a solidez do sistema financeiro. Justifica-se, porém, também sobre esse aspecto, a exigência de contribuição das instituições participantes para a formação do *funding*, a necessidade de evitar o comportamento *free-rider*¹⁹ das instituições que

¹⁹ Embora o enfrentamento do problema do *free-riding* possa ser identificado como uma das justificativas para a instituição de mecanismos de proteção, na medida em que “precificam” os riscos da atividade intermediadora e impõem que os custos correspondentes sejam suportados pelas instituições participantes e seus clientes, o próprio funcionamento desses mecanismos não é isento de gerar problemas internos próprios do *free-rider*, como a tendência à assunção de riscos excessivos, seja pelos depositantes e investidores, seja pelas instituições participantes, que, confiantes na proteção oferecidas pelos seguros de depósito, tendem a assumir riscos exagerados (*moral hazard*). A rigor, a contribuição para

captam os depósitos e as aplicações protegidas, pois, embora o bem público perseguido (solidez do sistema financeiro) beneficie toda a coletividade, são elas, as instituições financeiras, as principais interessadas em que esse bem público seja adequadamente provido, por terem no regular funcionamento do mercado financeiro sua fonte de lucro.

- e) Limitação da responsabilidade da participante às contribuições a que está obrigada

Diferentemente do que ocorre nas sociedades limitadas, em que os sócios adimplentes com suas cotas respondem solidariamente pelo inadimplemento dos demais cotistas, a natureza associativa (sem fins lucrativos, portanto, não empresarial) dos mecanismos garantidores impede o encadeamento de responsabilidade solidária entre os participantes.

Isso não compromete, contudo, a responsabilidade do próprio mecanismo perante os credores das instituições participantes dentro, obviamente, dos limites regulatórios de cobertura. Vale dizer, eventual inadimplemento das contribuições por parte de uma instituição que participa obrigatoriamente do esquema de proteção não desonera o mecanismo garantidor da obrigação de pagar, nos limites regulatórios, os créditos dos depositantes e aplicadores da referida instituição.

3 Perspectivas para os mecanismos garantidores

A institucionalização tardia, porém bem-sucedida, de mecanismos garantidores de créditos no âmbito do sistema financeiro no Brasil abriu perspectivas da elaboração de instrumentos protetores semelhantes, visando assegurar créditos em outras searas da vida econômica, e não apenas em campos descobertos da atividade financeira.

o custeio do sistema não sofre variações correspondentes aos riscos de cada carteira e de cada instituição depositária, levando a uma situação caracterizada, de um lado, pelo rateio simétrico dos custos, de outro, pela alocação assimétrica dos riscos, que, na ausência de correções regulatórias, tende a beneficiar instituições e investidores mais temerários em detrimento de instituições e investidores mais avessos a riscos.

Mesmo em outros âmbitos da atividade econômica autorizada pelo Banco Central do Brasil ou outros entes supervisores, a existência de créditos desprotegidos (leia-se garantidos apenas pelo patrimônio das instituições devedoras, ou, nas hipóteses legais, de seus sócios e controladores) fornece combustível para a indagação sobre conveniência e oportunidade política da formulação de novos mecanismos garantidores.

A resposta a essa indagação implica compreensão de duas questões atavicamente relacionadas à instituição de mecanismos garantidores, quais sejam: i) a definição dos pressupostos jurídicos e econômicos da instituição da garantia adicional; e ii) os contornos subjetivos e objetivos da proteção conferida.

Relativamente aos pressupostos, a instituição de mecanismos garantidores justifica-se quando: a) houver formação de relações de direito de crédito em que os titulares dos direitos creditórios forem assimetricamente desinformados na comparação com os devedores/tomadores dos recursos (assimetria informacional desfavorável aos credores); b) a incerteza inerente ao risco de crédito puder comprometer a funcionalidade, a eficiência e a equidade do sistema contratual no âmbito do qual a relação de crédito for originada, podendo ou não gerar efeitos negativos extrassistêmicos (externalidade negativas).

No tocante aos contornos da proteção conferida, mecanismos garantidores implicam: a) definição clara dos direitos de crédito protegidos pela garantia e dos limites de cobertura (segurança jurídica); b) definição do prêmio pelo risco de crédito (precificação do risco, expressa nas contribuições dos participantes); c) internalização do risco (*bail-in*), mediante constituição prévia de fundos financeiros (fundamento *ex ante*), formados exclusivamente com o aporte de recursos privados, com vistas a excluir ou a minimizar a necessidade do aporte de recursos externos (públicos ou privados).

Definidos esses contornos, podemos cogitar a instituição de mecanismos garantidores, entre outras situações, nos seguintes âmbitos ou microsistemas econômicos: no **sistema contratual dos consórcios**, no âmbito do qual os consorciados, assimetricamente desinformados, possuem direitos creditórios oponíveis aos grupos dos quais participam, administrados pelas empresas de consórcio²⁰; na **construção civil**, em que os adquirentes de imóveis na planta,

20 A propósito, o art. 9º da Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, que dispõe sobre o sistema de consórcios, autorizava o Poder Executivo a constituir entidade privada, sem fins lucrativos, destinada a administrar mecanismo de proteção aos

assimetricamente desinformados, possuem direitos creditórios ante as empresas de construção civil, cuja obrigação de entrega do bem é diferida no tempo; no âmbito da previdência complementar privada, em que os participantes (segurados/beneficiários), assimetricamente desinformados, constituem direitos de crédito contra as entidades de previdência privada.

Cumpre destacar, porém, que a instituição de mecanismos garantidores não configura nem dever dos órgãos legislativos ou reguladores, nem, por correspondência, direito subjetivo dos credores assimetricamente desinformados, pois envolve decisões políticas dos entes legitimados acerca da distribuição dos riscos da atividade econômica e do ônus de suportar os custos inerentes a esses riscos.

Além de problemas e custos de organização e de decisões alocativas, há o sempre difícil problema da calibragem regulatória: se, por um lado, mecanismos garantidores reduzem os riscos de seleção adversa e favorecem a precificação prévia dos riscos de crédito, por outro, a precificação prévia desses riscos implica custos, que, uma vez internalizados, não apenas se refletem nos preços praticados no âmbito dos microssistemas em que eles são instituídos, como também tendem a favorecer excessiva exposição a risco pelas instituições participantes e pelos investidores – comportamento temerário inerente a situações que favorecem o risco moral –, demandando de legisladores e reguladores a realização de calibragem normativa adequada.

Referências

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

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Fundos Garantidores** – FGC e FGCoop. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?fundosfgcfcgcoop>>. Acesso em: 7 nov. 2014.

titulares de cotas em grupos de consórcio, em caso de decretação de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência da administradora. Todavia, devido a uma interpretação equivocada do preceito do art. 61, § 1º, da Constituição Federal, a Presidência da República vetou o preceito, estiolando o sistema contratual de consórcios de importante instrumento de garantia dos credores assimetricamente desinformados.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008**. Dispõe sobre o Sistema de Consórcios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11795.htm>. Acesso em: 5 jan. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001**. Dispõe sobre a atuação das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e de liquidação no âmbito do sistema de pagamentos brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10214.htm>. Acesso em: 12 de jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.231.171-DF**. Recurso Especial. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 9 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1231171#DOC1>. Acesso em: 13 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 212.886-MA**. Recurso Especial. Rel. Ministro Eduardo Ribeiro. Brasília, DF, 29 de junho de 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/italistarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900397177&dt_publicacao=28/08/2000>. Acesso em: 12 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 287.749-SP**. Recurso Especial. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, DF, 1º de março de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=212886&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 317.629-SP**. Recurso Especial. Rel. Ministra Nancy Andrigui. Brasília, DF, 7 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=212886&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 501.401-MG**. Recurso Especial. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 14 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=212886&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 504.300-MG**. Recurso Especial. Rel. Ministro Humberto Gomes da Barros. Brasília, DF, 20 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=212886&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. **Resolução nº 4.222, de 23 de maio de 2013**. Altera e consolida as normas que dispõem sobre o estatuto e o regulamento do Fundo Garantidor de Créditos (FGC). Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2013/pdf/res_4222_v2_P.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. **Resolução nº 4.150, de 30 de outubro de 2012**. Estabelece os requisitos e as características mínimas do Fundo Garantidor de Créditos das cooperativas singulares de crédito e dos bancos cooperativos integrantes do Sistema Nacional de Crédito Cooperativo (SNCC). Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2012/pdf/res_4150_v1_O.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. **Resolução nº 4.284, de 5 de novembro de 2013**. Aprova o estatuto e o regulamento do Fundo Garantidor do Cooperativismo de Crédito (FGCoop e estabelece a forma de contribuição. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2013/pdf/res_4284_v2_P.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

DENARDIN, Anderson Antonio. **Crises financeiras, assimetria informacional e a dinâmica de ajustamento macroeconômico no Brasil**. Anais do XLI Encontro Nacional de Economia. Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação e Economia (ANPEC), disponível em: <<http://EconPapers.repec.org/RePEc:anp:en2013:060>>. Acesso em: 9 jan. 2015.

FDIC – FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION. **A Brief History of Deposit Insurance in the United States**. Estados Unidos: Washington, 1998. Disponível em: <<https://www.fdic.gov/bank/historical/brief/brhist.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

FINANCIAL TIMES LEXICON. Definition of Bail-in. Disponível em: <http://lexicon.ft.com/term?term=bail_in>. Acesso em: 29 fev. 2015.

IADI – INTERNATIONAL ASSOCIATION OF DEPOSIT INSURERS. **Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems (Core Principles)**. Basileia, 2009. Disponível em: <http://www.iadi.org/cms/secure/docs/JWGDI%20CBRG%20core%20principles_18_June.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014>.

IADI – INTERNATIONAL ASSOCIATION OF DEPOSIT INSURERS, 2013. **Enhanced Guidance for Effective Deposit Insurance Systems: Mitigating Moral Hazard**. Basileia, 2013. Disponível em: <http://www.iadi.org/docs/IADI_Mitigating_Moral_Hazard_Enhanced_Guidance_2013-05.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2015.

IADI – International Association of Deposit Insurers. **Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems (Core Principles)**. Basileia, 2014. Disponível em: <<http://www.iadi.org/di.aspx>>. Acesso em: 7 nov. 2014.

INVESTOPEDIA. **Verbete Bailou**. Disponível em: <<http://www.investopedia.com/terms/b/bailout.asp>>. Acesso em: 29 fev. 2015.

IWAMURA, Misturo. Deposit enrance and moral azar. In: **Bojo Montar and. Econômica Studi és**. vol. II, nº 1, julho de 1993.

MILLER, Marcus e ZHANG, Lei. **Whither capitalism?** Financial externalities and crisis. 16º Congresso Mundial do IEA, Beijing, 2011. Disponível em: <<http://www.iea-world.org/docs/1044.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

MISHKIN, Frederic. Asymmetric Information and Financial Crises: a historical perspective. In: **Financial Markets and Financial Crises Hubbard**, 1991.

PRATES, Marcelo Madureira. Why Prudential Regulation will Fail to Prevent Financial Crisis. A legal approach. In: **Working Papers Series nº 335, Brasília: Banco Central do Brasil**, Novembro de 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, 4 ed., São Paulo: RT, 1983, Tomo LII.

STIGLITZ, Joseh e WEISS, Andrew. Credit Rationing in Marketwith Imperfect Information. In: **The American Economic Review**, n. 71, v. 3, p. 393-416, 1981.

Considerações sobre a Autonomia do Banco Central do Brasil

Eduardo Victor Pontes Carneiro e
Fabrizio Almeida Marodin

Introdução. 1 Metodologia. 2 Referencial teórico. 3 Desenho institucional. 4 Arcabouço de regência. 5 Propostas legislativas. 6 Considerações finais.

Resumo

Por meio da análise qualitativa das referências elencadas, este artigo se propõe a contribuir para compreensão do seguinte problema de pesquisa: qual seria o modelo mais adequado a ser adotado para o Banco Central do Brasil, em relação a sua autonomia, e por que razões? Em que pese a previsão da regulamentação do artigo 192 da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, que trata do Sistema Financeiro Nacional, a questão pouco avançou na prática, desde então. Apesar da relevância do tema, a definição formal parece distante, muito mais pela sensibilidade política da matéria do que pelos impactos econômico-financeiros que dela possam advir. Este trabalho tem o intuito de elencar os modelos existentes no mundo, por meio da revisão de estudos empíricos, avaliar tendências e verificar a existência de lacunas a serem preenchidas nessa área, numa perspectiva histórica do arcabouço normativo de regência, de modo que se obtenha melhor compreensão sobre a evolução do assunto na história recente do país.

Palavras-chave: Autonomia. Independência. Banco central. Mandato. Artigo 192.

Remarks on the Autonomy of Brazil's Central Bank

Abstract

This article aims to contribute to the following research problem: what would be the most appropriate model of autonomy to be adopted for Brazil's Central Bank and for what reasons? We conduct a qualitative case study of the history of Central Bank of Brazil, and compare it to some theoretical and empirical research in the field of central bank autonomy. The issue is pending legislation since Brazil's Federal Constitution of 1988, which deals with financial system in its article 192, states the need for an ex-post specific law. The relevance of the subject is clear given its political sensitivity, economic and financial impact, even if the formal definition has been pending for at least twenty-five years. The purpose of this paperwork is to review the main existing models and empirical studies, assess trends and check for gaps in this area, from an historical perspective of the national normative framework, in order to get a better understanding of the evolution of this subject along the recent history of Brazil.

Keywords: *Autonomy. Independence. Central Bank. Mandate. Article 192.*

Introdução

O tema autonomia do Banco Central do Brasil (BCB), representativo para o sistema financeiro, por certo interessa aos agentes econômicos, pois, em última instância, pode afetar seu dia a dia, especialmente no que diz respeito aos reflexos que a condução da política econômica pode trazer à confiança desses agentes para a tomada de decisões de negócios.

Ainda que não trate de tema inovador, este artigo se propõe a discutir a autonomia do BCB, com base em referencial teórico de estudos e pesquisas que investigaram relações entre os graus de autonomia de outros bancos centrais e seus impactos na economia dos países observados.

Sem aprofundar a abordagem nas evidências quantitativas ou nos modelos econométricos de suporte das análises mencionadas, iremos relacionar, comparativamente, exemplos desses bancos centrais, trazendo ao debate

pontos relevantes dos modelos, sob o enfoque qualitativo, para evidenciar os argumentos que lhes dão sustentação.

A discussão aqui proposta se contextualiza no bojo do arcabouço normativo vigente, em que o BCB é autarquia federal, inserido na esfera da administração pública indireta, que, como veremos adiante, está necessariamente vinculado a um órgão da administração direta do Estado. Por essa razão, possui personalidade jurídica própria, o que traz à tona algumas considerações tecidas à frente.

No Congresso Nacional, tramitam proposições que pretendem regulamentar a matéria, cujos teores serão trazidos à visão, pois delas podem resultar as normas de regência.

Ao final, feito o cotejo de modelos e propostas, pretende-se deduzir a resposta à questão de pesquisa aqui formulada: qual seria o modelo mais adequado a ser adotado para o BCB e por que razões?

É importante destacar que, entre os países que adotam o regime de metas para a inflação, o Brasil não conferiu autonomia formal ao seu banco central. Tradicionalmente, tal autonomia tem o intuito de proteger a política monetária de pressões políticas indevidas, sejam elas do Poder Executivo, sejam elas do setor privado. Sua instituição induziria os agentes econômicos a acreditarem que, especialmente em momentos de estresse, o BCB não teria subordinação a outros interesses que não o da estrita persecução da meta de inflação estabelecida.

1 Metodologia

Por meio da análise qualitativa das referências elencadas, será feita a revisão sobre a percepção dos autores, contextualizando-a na perspectiva histórico-normativa, de modo que se obtenha melhor compreensão sobre a evolução do assunto na história recente do país.

Nesse estudo de caso, alguns questões históricas sobre a autonomia do Banco Central de Brasil (BCB) servirão de ponto de partida para a abordagem, delineando o modelo existente, da sua constituição formal à situação atual. Paralelamente, considerando a forma como se estruturaram os bancos centrais no mundo e sua atuação no exercício de suas funções, pretende-se fazer um

comparativo entre os modelos institucionais adotados, para cotejar os pontos relevantes de cada configuração.

Com base na bibliografia selecionada, serão explorados argumentos que alimentaram as discussões sobre a questão da autonomia e da independência de instituições congêneres no mundo, além dos desdobramentos econômicos decorrentes de cada vertente, pois, nesses casos candidatos está a maior probabilidade de se esclarecer a questão proposta. Por meio da síntese dos casos cruzados (YIN, 2010), propugna-se por constatação mais robusta da resposta à questão de pesquisa, com base nas similaridades encontradas.

Nesse âmbito, a análise irá sondar os casos de bancos centrais no mundo, com base nas estruturas descritivas das suas características, no enalço de evidências que possam ser vinculadas à conclusão, considerando que são instâncias do mesmo tipo do caso geral, em que pesem as dificuldades analíticas que possa haver.

Mais adiante, pretende-se listar algumas propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional (as principais), que pretendem regulamentar o art. 192 da Constituição Federal de 1988, especialmente as que enfoquem a temática da autonomia do BCB, definindo propostas de modelos institucionais.

Tal levantamento buscará a essência das proposições, no sentido de que se possa visualizar as suas ligações com o que tem sido discutido sobre o assunto. Em suma, este artigo se destina a elaborar uma investigação empírica, descritiva, de revisão dessa matéria, de modo que se ilumine a questão proposta como problema de pesquisa.

2 Referencial teórico

Com base em uma pesquisa qualitativa de revisão da literatura existente sobre o tema, selecionou-se um conjunto de autores que trouxeram argumentos relevantes para iluminar a discussão, historicamente polemizada.

Cabe ressaltar que, na bibliografia consultada, verificou-se uso indiscriminado dos termos autonomia e independência para ser referir à mesma faculdade. Assim, entendemos adequado destacar a diferenciação entre ambos, para uniformidade de tratamento ao longo do texto. Sobre independência, esclarece Saddi (1997, p. 53):

A independência do banco central, se integralmente implantada, significaria um poder de Estado ao largo dos outros três poderes constitucionais. É uma faculdade incondicional, não hierárquica, caracterizada pela não subordinação recíproca entre aqueles que exercem o poder; não sofre interferências, influências ou ingerências de outros elementos externos e tem assegurada legalmente suas atribuições de forma específica e privativas e exclusivas. Um banco central independente é aquele que pode propor e implementar qualquer política monetária sem discussões prévias com o Executivo, o Legislativo ou qualquer outro grupo de interesse.

Em afirmação categórica, afora o caso do Ministério Público, órgão singular na estrutura do Estado brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 127, §§ 1º e 2º), faz única referência à independência, que é expressa no seu art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Como visto, em nosso ordenamento jurídico, tal independência só existe entre os três poderes da República, mesmo que, nos textos sobre o assunto aqui explorado, por vezes os termos autonomia e independência sejam confundidos.

Em outra passagem, Saddi (1997, p. 55) traz o seguinte esclarecimento sobre autonomia:

Autonomia advém do grego *autós* (próprio, peculiar) e *nomos* (lei, regra). Pressupõe a idéia composta de direção própria, de agir ou de deixar de agir, de possuir a faculdade de organização administrativa e juridicamente. Implica também a criação do próprio direito através de normas que passam a ser reconhecidas pelo Estado, que passam a fazer parte de seu próprio sistema jurídico. A noção de autonomia pode ser expressa também como a direção própria daquilo que é próprio.

Assim, evidencia-se ser mais adequado, para o delineamento institucional que aqui se objetiva, que nos refram os à autonomia do BCB, dado que expressa melhor a faculdade concedida a um ente da administração, do que utilizarmos o termo independência, ainda que, dessa forma, seja largamente citado na bibliografia, pressupondo autossuficiência absoluta, o que, definitivamente, não é o caso. Essas são as razões para que todas as referências a essa propriedade doravante feitas para os fins deste artigo se deem por meio do termo autonomia.

Com base na versão original da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, é entendimento de Bulhões (1990):

A característica fundamental da autonomia é o mandato fixo para seus diretores. Essa ideia encontrava-se no projeto original do BACEN, correspondendo na realidade ao mandato fixo de seis membros do Conselho Monetário Nacional (CMN), nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação do Senado Federal. Entre esses, escolhiam-se os quatro diretores da Autarquia, um dos quais seria seu presidente.

Assim, quando se fala na referida autonomia, no mais das vezes quer-se referir à existência de mandatos fixos para os dirigentes da instituição à qual se aplica. No caso do modelo brasileiro, como veremos adiante, há clara definição do rito de ingresso, até mesmo de quarentena pós-mandato, sem, contudo, existir nenhuma garantia legal de permanência dos dirigentes no cargo por períodos definidos, tampouco previsão legal de critérios sob os quais se daria o afastamento dos cargos.

Debelle & Fischer (1994) discorreram sobre autonomia, citando alguns modelos de bancos centrais em todo o mundo, encaixando-os, a rigor, em duas categorias: em uma há a autonomia de meta, em outra, autonomia de instrumento.

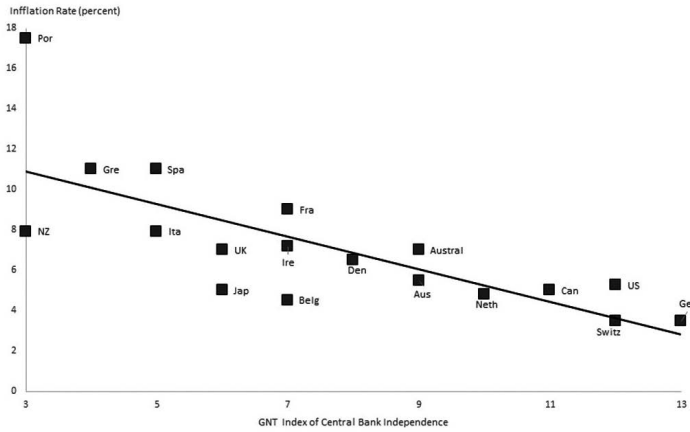
Os bancos centrais da primeira categoria são livres para definir os objetivos finais da política monetária. Nessa categoria, o objetivo primário é explícito e está determinado em lei, podendo o banco central definir a política monetária, isto é, qual deve ser a meta de inflação, e o regime cambial, ou simplesmente a política monetária, se o regime cambial for de taxas flutuantes.

De outro lado, têm autonomia de instrumento aqueles que são livres para escolher o meio pelo qual buscarão alcançar o objetivo que lhes foi atribuído. Nesse caso, o banco central teria autonomia operacional para utilizar os instrumentos que considerar adequados para alcançar o objetivo primário e a meta definida pelo Executivo e/ou Legislativo.

Neste trabalho, os autores fazem comparação entre vários bancos centrais, entre os quais o da Alemanha e o da Nova Zelândia, que se enquadrariam nas categorias de autonomia supracitadas, respectivamente, demonstrando, em pontos opostos do Gráfico 1, a correlação estabelecida pelo índice GMT¹.

1 Grilli, Masciandaro e Tabellini (1991) *apud* Debelle & Fischer (1994, p. 199) formularam o indicador que demonstrou a correlação negativa entre as variáveis consideradas no Gráfico 1.

Gráfico 1 – *Inflation and Central Bank Independence*



Eles afirmam, baseados na literatura empírica sobre o assunto, que, em uma amostra de países considerados desenvolvidos, há significativa correlação negativa entre o grau de autonomia de seus bancos centrais, definida em lei, e a taxa de inflação medida em períodos de referência de dez anos. Em outras palavras, eles demonstram que se estabelece correlação negativa entre a inflação medida e o grau de autonomia, de forma que taxas de inflação menores decorrem de maior autonomia e vice-versa. Com base nessa premissa, concluem que países com mais tolerância à inflação tendem a ter bancos centrais menos autônomos.

Gerdesmejer & Mongelli (2007), por sua vez, discorrem sobre os bancos centrais europeu, americano e japonês. Essas autoridades monetárias apresentam *status* e tarefas que refletem diferentes condições históricas e características nacionais. Apesar dessas diferenças, os autores sugerem convergência das mencionadas instituições no que se refere a maiores autonomia e transparência na implementação das suas políticas monetárias.

Dos modelos institucionais referidos, o Banco Central Europeu (BCE) é orientado pela lei a “salvaguardar a moeda”, o *Federal Reserve System* (FED) é instruído para buscar tanto o “emprego máximo” quanto “preços estáveis”, e o Banco do Japão tem o objetivo de manter a estabilidade de preços e garantir o funcionamento suave e estável do sistema de pagamentos por meio de medidas, tais como ser o prestador de última instância. Em todos os casos, os objetivos da política monetária são definidos na legislação.

Ressalte-se que, ao FED, com seu modelo peculiar, cabe decidir como lidar com as duas variáveis no curto prazo, considerando serem seus objetivos potencialmente concorrentes.

Blinder (1999) se preocupou em responder à pergunta: por que um banco central deveria ser autônomo? Afirma que é porque a política monetária, por sua própria natureza, requer um horizonte de longo prazo, haja vista a defasagem entre decisões e efeitos da política monetária sobre a economia.

Segundo esse autor, a outra razão, mais importante, é que o processo de desinflação tem um custo inicial e apenas gradualmente produz resultados. Caso a política monetária tivesse um viés político no seu planejamento e na sua execução, cedendo à tentação de buscar ganhos no curto prazo, provavelmente faria recair ônus sobre o futuro, o que poderia acarretar custo maior do que os eventuais ganhos obtidos.

Como já dito, a maior parte das evidências empíricas confirma essa hipótese, ao menos para os países industrializados. Os estudos empíricos cotejados mostram que, mesmo que de forma não universal, países já industrializados, com bancos centrais mais autônomos, gozam de índices médios de inflação mais baixos, sem apresentar índices médios de crescimento reduzidos. Contudo, a alta correlação negativa entre autonomia de bancos centrais e inflação não se mantém, se se toma uma amostra maior, que abranja nações em desenvolvimento.

Por sua vez, Taylor (2013) discorre sobre diferentes graus de autonomia e as decorrentes alterações na eficiência da política monetária, baseado em estudos feitos sobre o modelo americano. Descreve que o FED teve, em sua história, sua autonomia de fato sacrificada, especialmente na década de 1960 a 1970, readquirindo-a na década de 1980 a 1990, para recentemente ver isso ocorrer novamente, com o seu modelo peculiar. Nesse trabalho, ele procura demonstrar que, mesmo havendo um arcabouço que defina legalmente a autonomia de um banco central, pode haver questionamento dessa autonomia em razão de maior discricionariedade na adoção de suas políticas. Em conclusão, reforça sua constatação de que as alterações no desempenho macroeconômico dos Estados Unidos da América (EUA) durante os últimos cinquenta anos se deveram a mudanças no grau de autonomia de fato da autoridade monetária (FED).

Em outro plano, Mendonça (2000, p. 112), em uma análise sobre os argumentos teóricos de proposição de bancos centrais autônomos, sob uma perspectiva crítica dos eventuais benefícios oriundos da adoção desses modelos, afirma:

Quando é designado ao BC a busca da estabilidade de preços e há liberdade do uso de instrumentos na busca desse objetivo é entendido que foi concedido maior autonomia para o BC. Dado que autonomia é sinônimo de autocracia, nos quais alguns elementos democráticos são violados, a autonomia deve ser balanceada pela transparência das ações do BC. O ponto crucial a ser destacado é que o BC não deve ser responsável pela estabilidade dos preços, que é responsabilidade do governo, mas pela produção de tal estabilidade. Em outras palavras, o governo determina o que a estabilidade de preços significa, cabendo ao BC a busca da meta pretendida pelo governo.

De acordo com o autor, embora não haja consenso, depreende-se a preocupação com a taxa de inflação como única variável, que, a longo termo, pode ser afetada pela política monetária, com crescente adesão ao regime de metas para a inflação. O primeiro país a adotar o regime de metas para a inflação foi a Nova Zelândia, em 1990, seguida por Canadá e Chile (1991), Reino Unido e Israel (1992), Suécia e Finlândia (1993), Espanha (1994) e Brasil (1999).

Contudo, conclui que a adoção de metas para a inflação não implica a necessidade de um banco central autônomo. Na sua avaliação, é necessário apenas que o governo tenha o compromisso de buscar o melhor grau de bem-estar para a sociedade.

3 Desenho institucional

O BCB foi constituído em 31 de dezembro de 1964, por meio da Lei nº 4.595, de 1964, sob a forma de autarquia federal. As autarquias são pessoas jurídicas de direito público, instituídas por lei específica (art. 37, XIX, da Constituição Federal de 1988), que dispõem de patrimônio próprio e realizam atividades típicas do Estado, de forma descentralizada:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Nos termos da legislação de regência, qual seja, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, assim se conceitua autarquia:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I – Autarquia – o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Segundo Ferreira (1996), a origem do vocábulo autarquia é grega, significando qualidade do que se basta a si mesmo, detém autonomia. A ideia da autarquia reside na necessidade de a pessoa política constituir uma entidade autônoma para a realização de atividade tipicamente pública, sendo uma das formas de materialização da descentralização administrativa.

A autarquia é capaz de administrar-se com autonomia relativa (e não absoluta), visto que há a fiscalização do ente fundador. Ainda de acordo com Ferreira (1996, p. 201), estes são os significados do vocábulo autarquia que podem interessar a este estudo em relação à Administração Pública:

Autarquia. [Do gr. *autarchía*] S.f. 1. Poder absoluto. 2. Governo de um Estado pelos seus concidadãos. (...) 5. Jur. Entidade autônoma, auxiliar e descentralizada da administração pública, sujeita à fiscalização e à tutela do Estado, com patrimônio constituído de recursos próprios, e cujo fim é executar serviços de carácter estatal ou interessantes à coletividade, como, entre outros, caixas econômicas e institutos de previdência.

Ensina Carvalho Filho (2003) que a etimologia grega que originou o vocábulo pouco se aplica no campo do Direito Público. Aliás, gera até confusão. O significado de autogoverno ou governo próprio na Administração Pública não preservou essa noção semântica, passando a ter o sentido de pessoa jurídica administrativa com relativa capacidade de gestão dos interesses a seu cargo, embora sob o controle do Estado, de onde se originou.

Ainda de acordo com ele, na verdade, o termo estaria ultrapassado e não refletiria mais uma noção exata do instituto. Ele fala também da importância de observar que não se deve fazer nenhuma ligação entre a terminologia e o perfil jurídico da autarquia, e sim considerar que se trata de uma modalidade de pessoa administrativa, instituída pelo Estado, para desempenho de atividade pré-determinada, dotada, como ocorre com cada uma dessas pessoas, de algumas características especiais que as distinguem de suas congêneres.

Complementando essa visão, sustenta Meirelles (1994) que os órgãos formam a estrutura do Estado, mas não têm personalidade jurídica, uma vez que são apenas parte de uma estrutura maior, essa sim detentora de personalidade. Como parte da estrutura maior, os órgãos não têm vontade própria, limitando-se a cumprir suas finalidades dentro da competência funcional que lhes foi determinada pela organização estatal.

Ponto crucial de distinção entre os órgãos, frutos da desconcentração, e as autarquias, produto da descentralização administrativa, está na forma de controle exercida sobre estes. Aqui, precisas, as palavras de Mello (2008, p. 161):

Sendo, como são, pessoas jurídicas, as autarquias gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou: *não são subordinadas* a órgão algum do Estado, mas apenas *controladas*, como adiante melhor se esclarece. Constituindo-se em centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado, seus assuntos são assuntos próprios; seus negócios, negócios próprios; seus recursos, não importa se oriundos de trespasse estatal ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta, configuram recursos e patrimônio próprios, de tal sorte que desfrutam de “autonomia” financeira, tanto como administrativa; ou seja, suas gestões administrativas e financeiras necessariamente são de suas próprias alçadas – logo, descentralizadas.

Tratando, ainda, sobre a relação existente entre a autarquia e o ente que a instituiu, dispõe o ilustre administrativista (MELLO, 2008, p. 162):

O controle das autarquias, às vezes designado, sobretudo na doutrina estrangeira, como tutela, é o *poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado*. De acordo com o citado Decreto-lei 200, portanto, na órbita federal, este controle é designado “supervisão ministerial”. Todas as entidades da Administração indireta encontram-se sujeitas ou à supervisão do Ministério a cuja Pasta estejam vinculadas – que exercerá auxiliado pelos órgãos superiores do Ministério – ou da Presidência da República, tratando-se de autarquia diretamente vinculada a ela (art. 19).

Nessa linha de entendimento, ato emanado do dirigente máximo do país, Decreto nº 7.482, de 16 de maio de 2011, que trata da estrutura organizacional do Ministério da Fazenda, não revogado tácita ou expressamente por norma superveniente, dispõe no art. 2º, inciso IV, alínea a-1, do seu anexo, que o BCB é autarquia que faz parte da estrutura do órgão, assim como outras:

Art. 2º O Ministério da Fazenda tem a seguinte estrutura organizacional:

...

a) autarquias:

Banco Central do Brasil (grifo nosso);

Comissão de Valores Mobiliários; e

Superintendência de Seguros Privados;

Consoante tal estruturação, acrescente-se que, embora, ao presidente do BCB, tenha sido conferido o *status* de ministro, inicialmente por meio da Medida Provisória nº 207, de 13 de agosto de 2004, posteriormente convertida na Lei nº 11.036, de 22 de dezembro de 2004, tal medida não eliminou nem alterou a relação entre o BCB e o Ministério da Fazenda, nem modificou a competência dessas entidades, como esclarece o voto do Ministro Gilmar Mendes (2005, p. 424-425), Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.290-DF, em que se questionou a constitucionalidade daquela norma.

4 Arcabouço de regência

Anteriormente à entrada em vigor da Carta Magna de 1988, esse assunto já foi objeto de debate, especialmente porque o Banco Central, que, em 1964, fora concebido autônomo, perdeu sua autonomia no Governo Costa e Silva.

Atualmente, a análise da questão relacionada à autonomia do Banco Central do Brasil, sob a ótica do arcabouço normativo de regência, se dá pautada no mandamento do artigo 192 da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003:

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

Incumbe salientar que tal emenda permitiu que a organização do Sistema Financeiro Nacional se dê por meio de várias leis complementares, ao contrário da versão original do artigo, que determinava que apenas uma lei complementar regulamentaria o dispositivo. Além disso, ela revogou os todos os incisos do artigo, quebrando a rigidez do dispositivo que alterou.

De acordo com esse comando constitucional, carecem de edição leis complementares que regulamentem o assunto, especialmente no que diz respeito aos mandatos dos membros da Diretoria Colegiada do BCB, principal foco desse artigo.

Como mencionado de início, no Governo Costa e Silva essa prerrogativa foi suprimida, uma vez que, ao assumir o poder, ele resolveu convidar o presidente e os diretores da Autarquia a se demitirem. Formalmente, com a publicação do Ato Institucional nº 5 (AI-5), de 13 de dezembro de 1968, entre outras medidas, acabou-se com os mandatos dos diretores do BCB, tornando-os demissíveis *ad nutum*, por meio do § 1º do seu art. 6º, aqui reproduzido *ipsis litteris*:

Art. 6º Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, **bem como a de exercício em funções por prazo certo.**

§ 1º O Presidente da República poderá mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, **assim como empregado de autarquias**, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço (grifos nossos).

Essa situação se conserva até hoje, mesmo depois da revogação do referido ato normativo, que ocorreu quase dez anos depois da sua edição, por meio da Emenda Constitucional nº 11, de 17 de outubro de 1978, posteriormente ratificada pela Constituição de 1988.

Atualmente, a Lei nº 4.595, de 1964, recepcionada pela Carta Magna de 1988 com o *status* de lei complementar, é que conforma o BCB, dando-lhe os contornos institucionais, sem, contudo, garantir sua autonomia formal, pois os artigos que tratavam dos diretores e seu mandato foram derogados por normas posteriores a essa lei, como se viu.

Ademais, está em vigor o Decreto nº 91.961, de 19 de novembro de 1985, que além de tratar da composição da Diretoria Colegiada da autarquia, manteve a demissibilidade *ad nutum* dos seus membros, ou seja, eles podem ser dispensados do cargo unilateralmente, a juízo exclusivo do presidente da República, sem formalidade, ou seja, eles não são detentores de mandato que lhes assegure a autonomia que ora se discute.

No que toca ao acesso aos cargos, determina o inciso XIV do art. 84 da Carta Magna:

Art. 84 Compete privativamente ao Presidente da República:

...

XIV – nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, **o presidente e os diretores do banco central** e outros servidores, quando determinado em lei (grifo nosso);

Observa-se, claramente, que estão estabelecidos os critérios de acesso aos cargos, que obedecem a formalidade bem definida, totalmente dispensada na saída, conforme dispõe o art. 1º do decreto retro mencionado:

Art. 1º O Banco Central do Brasil será administrado por uma diretoria composta de nove membros, um dos quais será seu Presidente, todos nomeados pelo Presidente da República, entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, sendo demissíveis *ad nutum*.

Nada obstante essa demissibilidade a qualquer tempo, por iniciativa do presidente da República, a seu simples arbítrio, sem necessidade de formalidades administrativas, com a recente sanção da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, a questão da quarentena após a saída do cargo ficou definida em seis meses, conforme determinam os incisos I e II do seu art. 6º, *in verbis*:

Art. 6º Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:

I – a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas; e

II – no período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União (grifo nosso):

- a) prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego;
- b) aceitar cargo de administrador ou conselheiro ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado;
- c) celebrar com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou
- d) intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou

emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego.

Anteriormente à edição dessa lei, a quarentena era regulada pelo Decreto nº 4.187², de 8 de abril de 2002, que limitava em quatro meses o período de impedimento dos titulares ali referidos:

Art. 2º Os titulares de cargos de Ministro de Estado, de Natureza Especial e do Grupo – Direção e Assessoramento Superiores – DAS, nível 6, e as autoridades equivalentes, que tenham tido acesso a informações que possam ter repercussão econômica, ficam impedidos de exercer atividades ou de prestar qualquer serviço no setor de sua atuação, por um período de quatro meses, contados da exoneração.

Como se viu anteriormente, outra questão importante vinculada à autonomia, além dos mandatos, conforme asseverou Ferreira (1996), é a fiscalização do ente criador, o que se dá por meio da prestação de contas à sociedade. Assim, a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, determina o comparecimento semestral do BCB ao Congresso Nacional, na forma do § 5º do seu art. 9º, aqui transcrito:

§ 5º No prazo de noventa dias após o encerramento de cada semestre, o Banco Central do Brasil apresentará, em reunião conjunta das comissões temáticas pertinentes do Congresso Nacional, avaliação do cumprimento dos objetivos e metas das políticas monetária, creditícia e cambial, evidenciando o impacto e o custo fiscal de suas operações e os resultados demonstrados nos balanços.

Em verdade, há impactos esperados com a implementação da autonomia, assim como há aqueles decorrentes da lacuna legal existente, como se depreende da leitura dos dispositivos legais mencionados e dos argumentos teóricos espostos pelos autores aqui cotejados.

2 Regulamentação da Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001.

Nesse sentido, cabe aqui mencionar que, recentemente, assim como ocorreu na edição anterior do *Financial Sector Assessment Program* (FSAP)³, uma das recomendações registradas foi a de que se definisse em lei a autonomia do Banco Central do Brasil, cuja falta é considerada deficiência do nosso sistema (IMF-FSSA 2012, *Table 2*, p. 9/44).

5 Propostas legislativas

Desde 1989, ano da propositura do Projeto de Lei do Senado nº 198/89-Complementar⁴, de autoria do então senador Itamar Franco, que pretendeu regulamentar o art. 192 da Constituição, tramita no Congresso Nacional uma infinidade de proposições congêneres. Regimentalmente, elas são agrupadas conforme a similaridade dos assuntos de que tratam, indicando que, como resultado dessa tramitação de cada conjunto, emergirá única lei. Destaque-se que, na maioria delas, a questão da autonomia do BCB é tratada por meio da definição de mandatos fixos para seus dirigentes, entre outras disposições menos relevantes para este trabalho.

Separando-as de maneira exemplificativa, por casa legislativa em que iniciou sua tramitação, agruparam-se no Quadro 1, com base em consultas feitas ao *site* da Câmara dos Deputados, algumas que dizem respeito à organização do BCB, em ordem cronológica de apresentação.

3 *Financial Sector Assessment Program*: Programa de Avaliação do Setor Financeiro, realizado pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial.

4 Aprovado no Senado, na Câmara recebeu a denominação de PLP 200/89, que permanecia em tramitação na data da conclusão deste artigo (30 de outubro de 2013).

Quadro 1

Proposição	Autor	Assunto
PLP 7/95 Apensado ao PLP 200/89 – Itamar Franco	Augusto Carvalho	Dispõe sobre os requisitos para designação de diretores do BCB e demais instituições financeiras oficiais.
Apensados:		
PLP 16/95		
PLP 33/95		
PLP 12/95		
PLP 33/95	Rubens Cosac	Dispõe sobre os impedimentos dos diretores do BCB após o exercício do cargo.
Apensado ao PLP 7/95 – Augusto Carvalho		
PLP 40/95	Ricardo Gomyde	Estabelece requisitos para designação dos membros Diretores do BCB.
Apensado ao PLP 200/89 – Itamar Franco		
PLP 106/96	José Fortunati	Dispõe sobre a organização, o funcionamento e as atribuições do BCB.
Apensado ao PLP 200/89 – Itamar Franco		
PLP 252/98	Poder Executivo	Dispõe sobre os requisitos e impedimentos para o exercício dos cargos de presidente e diretores do BCB.
PLP 188/01	Virgílio Guimarães	Fixa mandato para o presidente do BCB e normas para sua escolha.
Apensado ao PLP 200/89 – Itamar Franco		
PLP 32/03	Rodrigo Maia e Roberto Brant	Define o objetivo fundamental do BCB e dispõe sobre sua organização administrativa superior.
Apensado ao PLP 200/89 – Itamar Franco		
PLP 63/03	Comissão de Legislação Participativa	Estabelece prestação de contas pelo BCB perante o Poder Legislativo.
PLP 142/04	Eduardo Valverde	Dispõe sobre o BCB e dá outras providências.
Apensado ao PLP 200/89 – Itamar Franco		
PLP 262/07	Virgílio Guimarães	Dispõe sobre a organização do BCB, a escolha e demissão de seus diretores, de acordo com o art. 192 da Constituição Federal.
Apensado ao PLP 200/89 – Itamar Franco		

Fonte: Câmara dos Deputados

De outro lado, há aquelas originadas no Senado Federal, cujas proposições principais, de forma análoga às da Câmara dos Deputados, estão apensadas a outras de igual teor, que relacionamos no Quadro 2.

Tabela 2

PROPOSIÇÃO	AUTOR	ASSUNTO
PLS 198/89 – Complementar	Itamar Franco	Requisitos para exercício dos cargos de Diretor e Presidente do BCB, regulamentando o disposto no art. 192, inciso V, da Constituição Federal.
PEC 58/04	Pedro Simon	Introduz, no art. 52, da Constituição Federal, o § 2º, transformando em § 1º o seu atual parágrafo único. (Estabelece a regulamentação, por lei, do rito de avaliação de autoridades perante o Senado Federal em suas comissões).
PLS 72/07 – Complementar	Arthur Virgílio	Dispõe sobre a nomeação e demissão do presidente e dos diretores do BCB e sobre a organização de seu quadro funcional. Tramitam em conjunto os PLS 72, 102, 497, 595, 678, de 2007-Complementares; e 19/09-Complementar.
PLS 102/07 – Complementar	Arthur Virgílio	Dispõe sobre o Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências. Tramitam em conjunto os PLS 72, 102, 497, 595, 678, de 2007-Complementares; e 19/09-Complementar.
PLS 363/13 – Complementar	Gim	Institui o Conselho Nacional de Política Econômica e Financeira e dispõe sobre a estrutura básica do SFN.

Fonte: Senado Federal

Desde a promulgação da Carta Magna de 1988, observa-se que a questão da autonomia do BCB vem à tona com certa frequência, culminando com a propositura de projetos relacionados ao tema, que são sobrestados mais adiante, tendo em conta a falta de convergência sobre o assunto que lhes possibilite avançar.

Em outubro de 2013, ao se concluir este trabalho, o tema voltou a repercutir com destaque na imprensa nacional em acaloradas manifestações de seus defensores e opositores, acenando com a possibilidade de o assunto ser pautado. Contudo, após o abrandamento das discussões e a nova pausa no andamento das proposições, evidenciou-se que o assunto ainda não amadureceu o suficiente para progredir.

6 Considerações finais

Em que pese à existência de propostas legislativas em andamento que pretendem regulamentar o art. 192 da Constituição de 1998, postos os argumentos teóricos dos autores visitados, depreende-se que a iniciativa que culminará na definição do modelo institucional do BCB deverá levar em conta:

- as definições na condução da política econômica têm impactos na confiança dos agentes econômicos para a tomada de suas decisões;
- estudos indicam a correlação negativa entre os índices de inflação e os graus de autonomia dos respectivos bancos centrais, válidos para países desenvolvidos;
- há preocupação com a inflação, dada a crescente adesão ao regime de metas para a inflação no mundo, até mesmo no Brasil;
- a experiência internacional demonstra que a definição clara de regras que delineiem as atribuições dos bancos centrais tem sido uma tônica;
- no modelo atual do BCB há definição do rito de ingresso, mas não existe garantia de permanência dos dirigentes no cargo por períodos previamente definidos;
- não há previsão legal de critérios sob os quais se daria o afastamento dos dirigentes do BCB;
- há indicações no sentido de que deve existir uma legislação que impeça a interferência do Executivo nas decisões de Política Monetária;
- buscar ganhos no curto prazo nessa área provavelmente faria recair ônus sobre o futuro, o que pode acarretar custo maior do que os eventuais ganhos obtidos;
- os governos devem ter o compromisso de buscar o melhor grau de bem-estar para a sociedade. Nesse contexto, insere-se a preservação do poder de compra da moeda, considerando a experiência internacional e a teoria econômica.

Observa-se que ainda há amplo espaço para discussão, tendo em conta o que já asseveraram os autores visitados, especialmente as questões políticas envolvidas. Em contraposição aos argumentos teóricos em favor da autonomia, demonstrando por modelos a correlação negativa entre a autonomia dos bancos centrais estudados e a inflação, válidos para países desenvolvidos, há autores que trazem à tona a eventual violação a elementos democráticos, de forma crítica

aos modelos referidos. De toda sorte, tal autonomia deve ser balanceada pela transparência das ações dos bancos centrais, o que pareceu ser uma tônica nos textos analisados.

Acrescenta-se ao debate recente diagnóstico de Stephen Cecchetti, economista-chefe do *Bank for International Settlements* (BIS)⁵, por meio do qual se concluiu que a crise de 2008 revelou que o regime de metas de inflação foi insuficiente para garantir a estabilidade financeira. Melhor dizendo, a crise obrigou os bancos centrais a tomarem atitudes inéditas, raramente referendadas pelos livros-texto e, o que não era esperado, a se envolverem em seara alheia.

Tal diagnóstico trouxe um resumo curioso do imbróglio e dos desafios das autoridades monetárias, que não mais conseguem se isolar de outras esferas da administração econômica e política dos governos:

- a política monetária influencia a política fiscal por meio do balanço dos bancos centrais;
- a política fiscal influencia as políticas monetárias e de regulação por meio de suas escolhas de financiamento;
- a política de regulação influencia a política fiscal por meio do tratamento que é dado à dívida soberana;
- a política de regulação influencia de novo a política monetária ao alterar os custos dos empréstimos.

É provável que o BCB não tenha de enfrentar esse xadrez regulatório, da mesma forma que estão enfrentando os dirigentes de bancos centrais europeu e americano. Como afirma Cecchetti (2013), “a questão das interconexões entre políticas”, antes alocadas de forma estanque entre várias esferas de poder, retornou com força total e obriga a adaptação do modelo consensual de autonomia pura e simples.

Isso posto, em que pese o fato de o BCB completar cinquenta anos em 2015, ainda está condicionada à edição de lei complementar a definição clara de sua autonomia e seus limites. Fica claro que ainda há um longo caminho a percorrer nessa seara, e que eventuais consensos podem ser revistos, em razão de novas variáveis a ser consideradas nos cenários nacional e internacional.

5 Em português, Banco de Compensações Internacionais. Trata-se de organismo internacional, responsável pela supervisão bancária, que visa promover a cooperação entre os bancos centrais e outras agências na busca de estabilidade monetária e financeira. Sediado em Basileia, na Suíça, reúne 55 bancos centrais de todo o mundo.

Mas, certamente, há que se pensar em reforçar a credibilidade do BCB para o desempenho de sua missão institucional.

Há algum tempo, observa-se que tem havido autonomia de fato do BCB. Apesar de sua formalização depender de decisão de governo, não se pode perder de vista que o BCB é um ente de Estado, tem como missão institucional assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda e um sistema financeiro sólido e eficiente, incumbência que deve ser preservada e que, em princípio, deve estar acima de interesses imediatos. Assim, a sociedade brasileira, por meio de seus representantes eleitos, deve decidir que modelo melhor se adequará a essa missão, de modo que se proteja a moeda de pressões indesejadas, especialmente em momentos de estresse.

Referências

- BLINDER, Alan S. **Bancos Centrais: teoria e prática**. São Paulo. Editora 34. 1999.
- BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de dezembro de 1968**. Diário Oficial da União (DOU), 13 de dezembro de 1968.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. DOU, 27 de fevereiro de 1967, retificado em 17 de julho de 1967.
- BRASIL. **Constituição Federal, 5 de outubro de 1988**. DOU, 5 de outubro de 1988, p. 1, anexo.
- BRASIL. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. DOU, 31 de dezembro de 1964, p. 12.081, retificação DOU, 3 de fevereiro de 1965, p. 1.321.
- BULHÕES, Octavio Gouvêa. **Depoimento – Memória do Banco Central**, Brasília, 1990.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. Ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pág. 366.
- CECCHETTI, S. **Central Bank Independence – A path less clear**. Palestra na International Conference of BIS, Mexico City, 14.10.2013. Bank for

International Settlements (BIS), Disponível em <<https://www.bis.org/speeches/sp131014.htm>>. Acesso em: 25 out. 2013.

DEBELLE, G.; FISCHER, S. **How Independent Should a Central Bank Be?** Proceedings of the Federal Reserve Bank of Boston, Conference Series, p. 195-225, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1996. Pág. 201.

GERDESMEIER, D.; MONGELLI, F. P.; ROFFIA, B. The Eurosystem, the U.S. **Federal Reserve, and the Bank of Japan**: similarities and differences. USA: Journal of Money, Credit and Banking, Vol. 39, Nº 7, 2007.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Financial System Stability Assessment**. Washington, D.C.: IMF, 2012. P 9/44. Disponível em <http://www.imf.org>, acesso em: 28 jun. 2013.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 704 p. 15ª ed.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros. São Paulo: 2008. 26ª ed.

MENDONÇA, H. F. **A Teoria da Independência do Banco Central**: uma interpretação crítica; Rev. Est. Econ. São Paulo: Jan-Mar/2000.

SADDI, J. **O Poder e o Cofre**: Repensando o Banco Central. São Paulo: Textonovo, 1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.290-9**. Distrito Federal: Ementário nº 2219-3. Brasília: Diário de Justiça, 24.2.2006, p. 7.

TAYLOR, John B. **The Effectiveness of Central Bank Independence versus Policy Rules**. Palestra na sessão Central Bank Independence: Reality or Myth? at American Economic Association Annual Meeting. San Diego, California. January 2013.

YIN, R. K. **Estudo de Caso**: planejamento e métodos. 3ª Ed., Porto Alegre: Bookman, 2005.

Ressarcimento de Verba Recebida por Servidores Públicos Federais com base em Decisão Judicial posteriormente Reformada

Lyts de Jesus Santos*

*Introdução. 1 Considerações gerais acerca do pagamento indevido.
2 Efeitos decorrentes da reforma da tutela antecipada.
3 Da expressa disposição legal do art. 46, § 3º, da Lei nº 8.112, de 1990.
Inaplicabilidade da Súmula nº 34 da Advocacia-Geral da União.
4 Da evolução do entendimento do Superior Tribunal de Justiça.
5 Conclusão.*

Resumo

O presente trabalho é um estudo a respeito da conveniência de o servidor público federal ressarcir os valores percebidos por força de decisão judicial, na hipótese de a tutela antecipada ser posteriormente reformada. Para tanto, a abordagem é iniciada com breves considerações gerais acerca do pagamento indevido. Depois, enfocam-se os efeitos decorrentes da reforma da antecipação de tutela, ponto no qual se analisa a exigência de reversibilidade dos efeitos práticos da decisão, nos termos do que dispõe o art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC), e a incidência ou não do princípio da irretetibilidade de alimentos. Considerando a relação de sujeição especial existente entre servidor público e Administração Pública, o ponto seguinte é dedicado a estudar como o estatuto dos servidores públicos federais disciplina a matéria, bem como se incidiria ou não a Súmula

* Advogado da União, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS), especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Negócios de Sergipe (Fanese), especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera (Uniderp) e pela Universidade de Brasília (UnB).

nº 34 da Advocacia-Geral da União, que trata da percepção de valores de boa-fé. O tópico final analisa as decisões conflitantes das diferentes Turmas do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, bem como a evolução do entendimento desse Tribunal.

Palavras-chave: Servidor público federal. Percepção de valores por força de tutela antecipada. Reforma da decisão. Reversibilidade dos efeitos práticos da tutela. Evolução do entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Returning of Money Received by Federal Public Officers by virtue of a Temporary Judicial Order subsequently Reversed

Abstract

This essay evaluates whether or not public officers should return the sums of money received by virtue of a temporary judicial order, in case such temporary injunction has been later reversed. In this regard, the arguments start with general remarks on unlawful payments. Then, the author emphasizes the effects derived from the reform of the temporary injunctions statute, including an analysis on the requirement of reversibility of their practical effects, according to article 273, §2, of the Code of Civil Procedure, and whether or not the principle of irreturnability of maintenance applies to such situations. Considering the special legal nature of the relationship between public officers and the Public Administration, the following topic studies how the federal public officer statute covers this subject matter, as well as whether or not the Summula 34 of the Office of the Attorney General of the Union, which deals with situations of acquiring sums of money in good faith, applies to it. The final topic assesses the conflicting decisions ruled by different panels of the Superior Court of Justice on this matter, as well as the evolution of their interpretation.

Keywords: *Federal public officer. Acquisition of sums of money by virtue of temporary injunction. Reversal of order. Reversibility of practical effects of the injunction. Evolution of the interpretation by the Superior Court of Justice.*

Introdução

Saber se as verbas recebidas por servidores públicos federais com base em decisão judicial posteriormente reformada deveriam ou não ser restituídas foi questão que gerou grande divergência jurisprudencial. Apenas recentemente o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Primeira Seção, sedimentou seu entendimento sobre o ponto.

A divergência antes existente entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça alimentou o dissenso também instaurado entre os Tribunais Regionais Federais, fazendo com que as decisões judiciais conflitantes se proliferassem, o que gerou insegurança jurídica e aumento do descrédito da população com o Judiciário.

Nada obstante o grande dissenso jurisprudencial, a questão não mereceu a devida atenção da doutrina, sendo aqui enfrentada sob diversos pontos – regramento do pagamento indevido na legislação civil; exigência de reversibilidade dos efeitos práticos da decisão; e eventual incidência do princípio da irrepetibilidade de alimentos, no campo processual, forma pela qual o regime publicista disciplina a matéria –, para que finalmente se chegue à análise das decisões conflitantes das diferentes Turmas do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto bem como à evolução do entendimento desse Tribunal.

O desenvolvimento do trabalho é dividido em quatro tópicos. O primeiro traz breves considerações gerais acerca do pagamento indevido. O seguinte enfoca os efeitos decorrentes da reforma da antecipação de tutela, ponto no qual se analisa a exigência de reversibilidade dos efeitos práticos da decisão, nos termos do que dispõe o art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC), e a incidência ou não do princípio da irrepetibilidade de alimentos. Considerando a relação de sujeição especial existente entre servidor público e Administração Pública, o ponto seguinte é dedicado a estudar como o estatuto dos servidores públicos federais disciplina a matéria, bem como se incidiria ou não a Súmula nº 34 da Advocacia-Geral da União (AGU), que trata da percepção de valores de boa-fé.

A análise da repercussão da boa-fé – cabe aqui abrir parêntese – perpassa todo o trabalho. No primeiro tópico do desenvolvimento, analisa-se se a percepção de boa-fé teria o condão de isentar aquele que recebeu o pagamento indevido do dever de ressarcir a quantia, situações nas quais a boa-fé seria relevante.

Analisa-se também os direitos daí decorrentes e as consequências da conduta que, por má-fé, concorre para o pagamento.

Na parte em que se analisam os efeitos decorrentes da reforma da tutela antecipada, verifica-se se o fato de ter laborado de boa-fé na obtenção do provimento judicial (a percepção em si será de boa-fé, já que lastreada em decisão emanada do Poder Judiciário) é suficiente para obstar o ressarcimento, ou se este independe de culpa. Nas hipóteses em que a antecipação de tutela foi conseguida com o concurso de má-fé, busca-se alcançar qual seria a repercussão desse fato.

Ver-se-á também que, quando se trata de servidores públicos – e com isso se fecha o parêntese – a jurisprudência tutela a percepção de boa-fé de forma bem mais benevolente, o que levou a AGU a editar a súmula anteriormente referida.

O último tópico do desenvolvimento analisa as decisões conflitantes das diferentes Turmas do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, ora determinando o ressarcimento, em homenagem à exigência de reversibilidade da tutela antecipada e à expressa previsão do art. 46, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ora empregando o fundamento no suposto princípio da irrepetibilidade de alimentos e na percepção de valores de boa-fé, entendendo pela não devolução da quantia paga. Analisa-se também a mitigação do entendimento que chegou a prevalecer na Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, distinguindo a consequência da reforma da decisão, a depender da natureza do feito, se se trata de benefício previdenciário ou de benefício de servidor público. Culmina com a apresentação do entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

De uma forma ou de outra, deveria o Superior Tribunal de Justiça decidir que posicionamento prevaleceria, sob pena de se permitir que decisões judiciais, em casos análogos, por vezes impusessem a restituição dos valores, por vezes permitissem que o servidor agraciado retivesse os valores percebidos por tutela antecipada posteriormente reformada. É disso que trata o presente estudo.

1 Considerações gerais acerca do pagamento indevido

O dever de ressarcir o dano causado é noção elementar de Direito, que deriva do princípio da equidade. Todo aquele que causa dano ou auferir vantagem indevida deve ressarcir a parte lesada. Com o pagamento indevido, não é diferente.

Nada obstante o Código Civil trate o pagamento indevido e o enriquecimento ilícito em capítulos diferentes, ambos no título que versa sobre atos unilaterais – Livro das Obrigações –, pode-se dizer que o pagamento indevido é uma espécie da qual o enriquecimento sem causa é o gênero, daí por que estabelece o Código, em seu art. 876: “Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; (...)”. Não fazê-lo implica auferir enriquecimento sem causa. Os dois institutos são, pois, intimamente ligados, sendo o pagamento indevido um modo de se auferir enriquecimento sem causa.

A eventual percepção de boa-fé da quantia paga indevidamente não retira do que recebeu o dever de ressarcir. Conforme o art. 878 do Código Civil, a percepção de boa-fé apenas confere a quem recebeu direito a frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido, equiparando-o, assim, ao possuidor de boa-fé. Noutras palavras, o dever de ressarcir independe se quem recebeu laborou de boa-fé. Desta, só se origina direito aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido.

Tratando-se de servidores públicos, conforme será demonstrado no tópico 4, a jurisprudência tutela a percepção de boa-fé de forma mais benevolente. Por ora, importa dizer que o Código Civil não isenta aquele que percebeu quantia indevida da restituição do valor pelo fato de ter laborado de boa-fé.

O Código Civil elenca três hipóteses que isentam aquele que recebeu do dever de ressarcir o pagamento indevido, previstas nos art. 880, 882 e 883. Nenhuma, contudo, tem a ver com a mera percepção de boa-fé.

Com isso, não se quer dizer que a boa-fé seja irrelevante, conforme observam Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 393-394): “A boa-fé é tão importante no caso concreto que, tratando-se de terceiros, pode o titular original do bem não mais reavê-lo, resolvendo-se a questão em perdas e danos”. Mesmo nessa hipótese, como se percebe, aquele que pagou tem o direito de ser indenizado, apenas não mais com a entrega da coisa.

Saber se laborou aquele que recebeu de boa ou de má-fé tem ainda relevância, pois, tendo havido má-fé, além do necessário ressarcimento, responderá por perdas e danos, conforme observa Tartuce (2009, p. 54): “(...) poderá o prejudicado, em regra, pleitear o valor pago atualizado, acrescido de juros, custas, honorários advocatícios e despesas processuais. Havendo má-fé da outra parte, essa induz a culpa, cabendo ainda reparação por perdas e danos”.

Também se resolve em indenização a restituição do pagamento indevido, quando este tiver consistido no desempenho de obrigação de fazer, ou para eximir-se da obrigação de não fazer, quando é impossível a devolução do pagamento em si. Aquele que recebeu a prestação fica na obrigação de indenizar o que a cumpriu, na medida do lucro obtido, conforme o art. 881 do Código Civil.

Tratando do enriquecimento sem causa, estabelece o Código Civil, no *caput* do art. 884: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

O artigo seguinte dispõe: “A restituição é devida não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir”.

Tudo o que se disse até aqui foi no afã de demonstrar que o ressarcimento do pagamento indevido é a regra. Objetivando o presente estudo analisar se deve ou não o servidor público ressarcir o que recebeu com base em decisão judicial posteriormente reformada, considerando o vínculo de sujeição especial que o servidor público mantém com a Administração, caberá verificar as disposições constantes no estatuto dos servidores públicos federais, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Bem assim, cumpre analisar se o fato de o pagamento ter sido efetivado por força de decisão judicial provisória, posteriormente reformada, teria o condão de isentar o servidor público que recebeu do dever de ressarcir, o que será objeto do próximo capítulo.

A regra geral, conforme as breves considerações deste tópico, é no sentido de que o pagamento indevido deve ser ressarcido, e isso independe de ter laborado aquele que percebeu ou não de boa-fé.

2 Efeitos decorrentes da reforma da tutela antecipada

Quando aqui se fala da revogação ou da modificação da decisão judicial, está-se a falar da tutela provisória, particularmente da tutela antecipada, não da rescisão da coisa julgada.

Conforme observam Didier Júnior, Braga e Oliveira (2008, p. 595), a tutela provisória é “marcada por duas características essenciais: a sumariedade da cognição e a precariedade”. Apenas a tutela definitiva é exauriente e apta à imutabilidade.

É, portanto, da essência da tutela provisória a reversibilidade dos efeitos da decisão. Tanto é assim, que o art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC), estabelece: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”¹.

Dessa forma, além dos pressupostos gerais para deferimento da antecipação de tutela, deve o magistrado verificar se a providência pleiteada é ou não reversível. Bueno (2013, p. 46) assevera que se trata de “um verdadeiro ‘pressuposto negativo’, isto é, uma situação de fato que não deve estar presente para que a antecipação de tutela tenha lugar”.

Caso os efeitos da decisão não sejam reversíveis, salvo excepcionais situações nas quais o não deferimento possa trazer consequência mais nociva, culminando com a inefetividade do processo, o juiz não pode deferir a tutela antecipada.

Nesse sentido, afirmam Didier Júnior, Braga e Oliveira (2008, p. 630):

(...), em sendo a tutela em questão irreversível, com a impossibilidade da reposição do estado anterior, é imperioso que seja denegada, de forma a resguardar o direito fundamental da contraparte/requerida a uma decisão fundada em cognição exauriente, assegurando-se o devido processo legal em sua plenitude, e, portanto, conferindo-lhe maior segurança jurídica.

A regra é, pois, a reversibilidade da medida, assevera Zavascki (*apud* DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA: 2008, p. 629):

1 Há uma impropriedade na redação do dispositivo. O perigo da irreversibilidade não é do provimento antecipado (decisão), vez que o § 4º do mesmo artigo estabelece que a tutela “poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”, sem falar que o provimento pode ser reformado ou modificado em grau de recurso. A irreversibilidade mencionada no § 2º tem a ver com os efeitos práticos da decisão. Nesse sentido, ver Bueno (2013, p. 47) e Neves (2013, p. 1179).

(...), o dispositivo observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial: antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente, inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.

Não se quer aqui dizer que, diante da impossibilidade da restauração ao estado anterior, esteja o magistrado proibido de antecipar a tutela. Não é isso. Marinoni e Arenhart observam (2012, p. 226):

Em virtude dessa regra, seria possível pensar que o juiz não pode conceder tutela antecipatória quando ela puder causar prejuízo irreversível ao réu. Contudo, se a tutela antecipatória, no caso do art. 273, I, tem por objetivo evitar um dano irreparável ao direito *provável* (é importante lembrar que o requerente da tutela antecipatória deve demonstrar um direito provável), não há como admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o *direito provável* deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao *direito improvável*.

(...).

Como está claro, nos casos em que o direito do autor (que deve ser mostrado como *provável, uma vez que a probabilidade do direito é requisito para a própria concessão da tutela antecipatória*), está sendo ameaçado por dano irreparável ou de difícil reparação, é ilógico não se conceder a tutela antecipatória com base no argumento de que ela pode trazer um dano ao direito que é *improvável* (grifos do autor).

No mesmo sentido, menciona Donizetti (2011, p. 408):

O **perigo da irreversibilidade** não pode ser visto em termos absolutos. O objetivo da medida antecipatória é evitar danos ao direito subjetivo das partes. Assim, é indispensável que o juiz sopesse os valores dos bens em conflito, decidindo com bom-senso. Em ação declaratória, na qual se questiona o ato de tombamento e a negativa para demolição, a prudência recomenda não antecipar os efeitos da decisão final. Solução diversa poderá ser dada se o imóvel, em razão de perigo de desmoração, acarretar grave risco para a vizinhança (grifos do autor).

O que importa registrar, para a discussão objeto deste estudo, é que os efeitos da antecipação de tutela, em regra, devem ser reversíveis, de sorte que, sendo reformada a decisão, as providências adotadas para atribuir efeitos práticos ao provimento jurisdicional devem ser revertidas. Assim, não há razão para que, com as verbas recebidas por servidores públicos, seja diferente.

Essa responsabilidade, de reverter os efeitos práticos da decisão judicial posteriormente reformada, é objetiva, tendo o favorecido o dever de reparar eventuais prejuízos causados à parte adversa independentemente de culpa. É o que decorre do § 3º do art. 273 do CPC.

O referido parágrafo faz menção, entre outros dispositivos, ao art. 588 do CPC, que foi revogado e substituído na sistemática do código processual pelo art. 475-O. Ele dispõe, em seu inciso primeiro, que a execução provisória “corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido”. Na mesma linha, o inciso II estabelece que a execução provisória “fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento”.

Resta claro, portanto, que aquele que se favoreceu da tutela antecipada fica obrigado a reparar a parte adversária, na hipótese de a decisão judicial ser revogada ou modificada. Essa responsabilidade é objetiva, independe, portanto, de ter o beneficiado laborado de má-fé.

Se o requerente deduziu pedido de má-fé como autor, réu ou interveniente, terá aplicação o art. 16 do CPC, mas a mera boa-fé não o isenta de reparar a parte lesada. É esse o alcance do art. 475-O, aplicável à tutela antecipada por força do art. 273, § 3º, do CPC.

Outra regra poderia ser evocada, considerando a aplicação subsidiária de normas gerais de tutela cautelar, que, por sua vez, tem respaldo na fungibilidade das tutelas antecipada e cautelar (art. 273, § 7º, do CPC), é o art. 811 do CPC:

Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código,

não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;
III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;
IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).
Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

Com efeito, o CPC impõe a responsabilização objetiva da parte pelos danos causados por sua atividade processual. No ponto, merecem menção os comentários de Neves (2013, p. 1.169):

Toda tutela provisória está fundamentada na teoria do risco-proveito: sua efetivação é altamente proveitosa à parte que a recebe, mas ela assume todos os riscos numa eventualidade de a tutela se mostrar no futuro indevida. No art. 811 do CPC, há expressa previsão de que o requerente beneficiado por uma tutela cautelar, que de alguma forma perca sua eficácia ou se mostre indevida, tem responsabilidade objetiva perante o requerido. O mesmo raciocínio deve ser aplicado à tutela antecipada, também regida pela **teoria do risco-proveito**, com aplicação subsidiária do art. 811 do CPC.

Na realidade, no tocante à responsabilidade objetiva nem seria preciso a aplicação subsidiária do art. 811 do CPC, considerando-se que o art. 273, § 3.º, do CPC, que trata da efetivação da tutela antecipada, ao fazer remissão às regras da execução provisória, torna aplicável o art. 475-O, II, do CPC, que já prevê expressamente a responsabilidade objetiva do exequente. Seja como for, a responsabilidade objetiva do beneficiado pela tutela antecipada é indiscutível, qualquer que seja o dispositivo legal que fundamente tal conclusão (grifos do autor).

O Superior Tribunal de Justiça já teve ocasião de decidir que a reparação do dano causado pela tutela antecipada prescinde da indagação acerca da culpa da parte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL LOCALIZADO EM SHOPPING CENTER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELOS DANOS CAUSADOS PELA EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

ARTS. 273, § 3º, ART. 475-O, INCISOS I E II, E ART. 811, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INDAGAÇÃO ACERCA DA MÁ-FÉ DO AUTOR OU DA COMPLEXIDADE DA CAUSA. IRRELEVÂNCIA. RESPONSABILIDADE QUE INDEPENDE DE PEDIDO, AÇÃO AUTÔNOMA OU RECONVENÇÃO.

(...)

2. Recurso especial interposto por Mozariém Gomes do Nascimento:

2.1. Os danos causados a partir da execução de tutela antecipada (assim também a tutela cautelar e a execução provisória) são disciplinados pelo sistema processual vigente à revelia da indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não. Basta a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo para que sejam aplicados os arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e 811 do CPC. Cuida-se de responsabilidade objetiva, conforme apregoa, de forma remansosa, doutrina e jurisprudência.

2.2. A obrigação de indenizar o dano causado ao adversário, pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada, é consequência natural da improcedência do pedido, decorrência ex lege da sentença e da inexistência do direito anteriormente acautelado, responsabilidade que independe de reconhecimento judicial prévio, ou de pedido do lesado na própria ação ou em ação autônoma ou, ainda, de reconvenção, bastando a liquidação dos danos nos próprios autos, conforme comando legal previsto nos arts. 475-O, inciso II, c/c art. 273, § 3º, do CPC. Precedentes.

(...)

3. Recurso especial do Condomínio do Shopping Conjunto Nacional não provido e recurso de Mozariém Gomes do Nascimento provido.

(REsp 1191262/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 16/10/2012. Grifos nossos.)

Para reversão dos efeitos práticos da tutela antecipada, não importa se o requerente laborou ou não de boa-fé. A reparação do lesado haverá sempre de ser realizada. Nas hipóteses em que a antecipação de tutela foi conseguida com o concurso de má-fé, além da reparação, incidirá o art. 16 do CPC.

Destarte, com base nos art. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e 811 do CPC, o dever de reparação dos efeitos práticos da tutela antecipada deriva da mera reforma do *decisum*. Observa Zavascki (*apud* DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 655):

A situação, na hipótese, é semelhante à da revogação, por sentença, das liminares concedidas em mandado de segurança (Súmula 405 STF²) ou em ação cautelar, de modo que, com seu advento, a situação fática há de ser recomposta desde logo e de modo integral. As exceções a esse princípio, permitindo que a revogação opere efeitos apenas para o futuro (eficácia *ex nunc*) são raríssimas, e supõem, necessariamente, a salvaguarda de bem jurídico particularmente valorizado pelo sistema constitucional, como é o caso dos alimentos provisionais (...).

Os alimentos provisionais, que, como assevera Zavascki, integrariam uma raríssima exceção ao efeito *ex tunc* da revogação da decisão, são um capítulo à parte.

Tradicionalmente, a doutrina processualista distingue tutela antecipada de tutela cautelar, conferindo a esta o objetivo de assegurar o resultado útil do processo, e aquela se destinaria a antecipar o resultado final pretendido. A cautelar de alimentos provisionais é um resquício do modelo anterior à previsão da tutela antecipada no CPC, que costuma ser classificada como cautelar satisfativa (NEVES, 2013, p. 1.159).

Os alimentos fixados de início pelo juiz vigoram, em regra, até a solução definitiva, sendo “característica especial dos alimentos provisórios a irrepetibilidade dos que forem pagos, ainda que indevidos” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 471). A irrepetibilidade dos alimentos provisórios decorre de expressa disposição legal, isentando o favorecido do dever de ressarcir os valores recebidos em excesso. Daí, para alguns, derivaria o princípio da irrepetibilidade de alimentos.

Ocorre que a irrepetibilidade de alimentos não tem o alcance que se pretende conferir. O referido instituto está previsto no art. 13, § 3º, da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, que assim dispõe: “Os alimentos provisórios fixados na inicial poderão ser revistos a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes, mas o pedido será sempre processado em apartado”. Trata-se de uma regra de exceção, aplicável aos alimentos provisórios fixados na inicial em ação de alimentos.

Essa regra, por força do *caput* do art. 13 da Lei nº 5.478, de 1968, é igualmente aplicável, “no que couber, às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação

2 Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.

de casamento, à revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções”.

Não se pode falar, todavia, na existência de um princípio geral que vede o direito de reaver valores pagos a maior. A irrepetibilidade de alimentos é exceção, aplicável aos casos expressamente previstos em lei. Nesse sentido, Theodoro Júnior (2003, p. 470) afirma: “Por ser medida cautelar excepcionalmente *satisfativa*, sua aplicação deve ser restrita aos casos expressamente previstos em lei, sem interpretação ampliativa ou analógica” (destacado no original).

A decisão que fixa os alimentos provisionais não é nem tutela cautelar, nem tutela antecipada, é algo à parte, um regramento excepcional, não fazendo sentido que se pretenda extrair daí um princípio geral.

Conforme referido anteriormente, os efeitos práticos da tutela antecipada devem ser, em regra, reversíveis. Apenas em situações excepcionais será dado ao magistrado deferir a antecipação de tutela mesmo que não seja possível, uma vez reformada a decisão, restaurar a situação anterior.

No caso de tutelas antecipadas que favorecem servidores, os efeitos da decisão são reversíveis, o ressarcimento é uma consequência natural, não se podendo deixar de implementá-lo nem por ter o servidor laborado de boa-fé (a má-fé gera um *plus*), nem em homenagem ao princípio da irrepetibilidade de alimentos, destinado a amparar situações expressamente previstas em lei.

3 Da expressa disposição legal do art. 46, § 3º, da Lei nº 8.112, de 1990. Inaplicabilidade da Súmula nº 34 da Advocacia-Geral da União

Conforme referido nos tópicos anteriores, o dever de ressarcir o dano causado é noção elementar de Direito. Todo aquele que causa dano ou aufere vantagem indevida deve ressarcir a parte lesada. O fato de a percepção indevida ter se efetivado com base em antecipação de tutela não aponta para consequência diferente. Deve o litigante que se favoreceu da decisão provisória arcar com os prejuízos causados à parte adversa, considerando que os efeitos práticos da decisão devem ser reversíveis.

No caso do servidor público federal, há ainda regra que impõe o dever de ressarcir, o art. 46, § 3º, da Lei nº 8.112, de 1990:

Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado (redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001).

(...)

§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição (redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001).

A doutrina administrativista tradicional, por meio dos mais diversos manuais, não se debruça sobre o assunto, nem mesmo quando trata dos servidores públicos. Exemplificativamente, Figueiredo (2008, p. 596-668), Carvalho Filho (2012, p. 583-766), Pietro (2006, p. 498-597) e Meirelles (1995, p. 358-425) dedicam capítulos específicos de seus manuais a tratar dos agentes públicos/servidores públicos, sem abordar, contudo, a questão objeto deste estudo.

Furtado (2013, p. 711-814) faz uma abordagem diferente, cuidando dos agentes públicos como gênero em um capítulo de seu livro e, particularmente, do regime jurídico dos servidores públicos federais noutro³. Ainda assim, também não aborda a questão ventilada.

Nos manuais específicos de comentários à lei, o assunto também não é estudado. Os que foram editados por ocasião da publicação da lei – que é quando proliferam publicações dessa natureza, não trazem, nem poderiam trazer a questão, pois a atual redação do § 3º do art. 46 data da publicação da Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Antes disso, não havia dispositivo legal nesse sentido, embora a necessidade de devolução decorresse da própria legislação civil, que veda o enriquecimento sem causa, determinando o ressarcimento do pagamento indevido, ou mesmo da legislação processual, considerando a reversibilidade dos efeitos práticos da tutela antecipada.

³ Quando trata dos agentes públicos, reporta-se o autor às regras que, em razão do enquadramento constitucional, são obrigatórias para todas as esferas de governo. Diferentemente sucede, como se sabe, com as regras previstas na Lei nº 8.112, de 1990, afetas exclusivamente aos servidores públicos federais.

Mas, como referido, mesmo livros de comentários ao estatuto dos servidores públicos federais editados posteriormente à nova redação do § 3º do art. 46 da Lei nº 8.112, de 1990, não abordam a questão, caso, por exemplo, de Prado (2004, p. 113-146).

Os livros que comentam a lei artigo por artigo não dedicam muitas linhas a tratar do § 3º do art. 46. Rigolin (2010, p. 143), por exemplo, limita-se a dizer:

O § 3º do artigo estabelece que valores recebidos pelo servidor por força de decisões judiciais liminares – que depois venham a ser revogadas, e isso a lei não teve o cuidado de esclarecer com todas as letras, como deveria –, assim como por decisões de mérito que também terminem sendo reformadas, deverão ser atualizadas na sua reposição em favor da Administração. O índice, fator ou critério de atualização nem de longe foi aqui ventilado, o que permite ampla negociação entre as partes quando da reposição, mas toda mera atualização de valor, tendente a tão-só repor a corrosão inflacionária, é em princípio justa e necessária, a favor ou contra quem quer que seja, de modo que o dispositivo é meritório por zeloso com o erário, como não o foi o § 1º.

Fato é que a lei é muito clara, não comportando nenhum tipo de interpretação. “Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição.” Logo, tais valores devem ser restituídos.

Com efeito, deve o servidor público federal restituir os valores recebidos por força de decisão judicial posteriormente reformada, até mesmo porque essa é uma decorrência natural da reversibilidade da medida, sem falar que todo aquele que causa dano ou auferir vantagem indevida deve ressarcir a parte lesada.

Essa discussão, aliás, só parece fazer sentido – e não deveria ser assim – quando a Administração Pública está envolvida. Se não for o Estado quem despendeu recurso por força de decisão posteriormente reformada, salvo a hipótese de irrepetibilidade de alimentos provisórios, é óbvio que o Judiciário determinará que a parte indenize o prejudicado.

Tratando-se de verba concedida a servidor público federal, a Lei nº 8.112, de 1990, art. 46, § 3º, expressamente estabelece a necessidade de reposição ao

erário, não incidindo o Enunciado de Súmula nº 34, da Advocacia-Geral da União (AGU)⁴, que dispõe: “Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública”.

A situação albergada pela Súmula nº 34 da AGU é aquela na qual o servidor público recebe valor de boa-fé em decorrência de inadequada interpretação da lei perpetrada pela Administração Pública.

Nada obstante a referida Súmula não diga isso expressamente, é sucedâneo lógico que a errônea ou inadequada interpretação da lei precise ser escusável. Quer dizer, não se pode reconhecer validade de uma suposta interpretação legal da qual não se possa extrair a mínima juridicidade.

Nesse ponto, parece mais adequada a redação dada à Súmula nº 249 do Tribunal de Contas da União:

É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais (grifo nosso).

Embora a Súmula nº 34 da AGU não diga expressamente o mesmo, deve-se concluir que logicamente impõe o mesmo tipo de interpretação, sob pena de qualquer extensão de benefícios efetivada por meio de interpretação jurídica, por mais despropositada que fosse, pudesse gerar benefícios. É evidente que não pode ser assim.

Pois bem, o servidor público que percebe pagamento por força de decisão judicial posteriormente reformada decerto não labora com má-fé⁵, recebendo quantia cujo pagamento foi determinado pelo Judiciário. Ainda assim, deve ser obrigado a ressarcir.

4 A referida Súmula chegou a ser alterada pela Súmula/AGU nº 71, de 9 de setembro de 2013 (é incabível a restituição de valores de caráter alimentar percebidos de boa-fé, por servidor público, em virtude de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Administração), mas a Súmula nº 71 foi posteriormente cancelada em 26 de setembro de 2013, pela Súmula nº 72.

5 Pode haver má-fé na obtenção da tutela, hipótese na qual, conforme referido no tópico 3, além do ressarcimento, incidirá o art. 16 do CPC.

A verificação da boa-fé somente é relevante nas hipóteses nas quais o servidor público federal não tenha contribuído para o pagamento indevido, percebendo a vantagem em razão de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública. Esse não é o caso dos pagamentos decorrentes de determinação judicial, hipótese na qual o pagamento é efetivado à revelia da Administração Pública, sendo o ressarcimento previsto no art. 46, § 3º, do estatuto dos servidores públicos federais, decorrência natural da reforma da decisão.

A Súmula nº 34 da AGU está em consonância com o entendimento posteriormente sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, que, em acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC, Recurso Especial nº 1.244.182/PB, decidiu que os valores recebidos indevidamente em razão de errônea interpretação de lei da Administração Pública, não devem ser restituídos.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 46, CAPUT, DA LEI N. 8.112/90 VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei.
2. O art. 46, caput, da Lei n. 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé.
3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.
4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.
5. Recurso especial não provido.

(REsp 1244182/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2012, DJe 19/10/2012.)

A referida decisão, entretanto, não se aplica ao caso objeto do presente estudo. Tanto é assim que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, conforme será demonstrado no próximo tópico, efetuou novo julgado, dessa feita analisando a questão aqui discutida.

4 Da evolução do entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Durante muito tempo, o Superior Tribunal de Justiça apresentou decisões conflitantes no que respeita à necessidade ou não de devolução de valores recebidos com base em decisão judicial posteriormente reformada, alimentando, assim, a divergência nas instâncias inferiores, notadamente no primeiro grau de jurisdição.

Os posicionamentos conflitantes geravam insegurança jurídica, aumentando o descrédito da população com o Judiciário. De fato, é difícil explicar para um leigo por que um litigante que recebeu determinado valor por força de decisão judicial provisória, posteriormente reformada, teria de ressarcir o erário do prejuízo causado, e outro, em idêntica situação, não seria obrigado a fazê-lo.

Apenas recentemente a questão foi pacificada, mas, antes de apresentar a orientação consolidada, convém analisar os posicionamentos conflitantes anteriormente existentes.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidia pela desnecessidade do ressarcimento, conforme, exemplificativamente, decisões que se seguem.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. TUTELA ANTECIPADA. REVOGAÇÃO. DEVOUÇÃO DOS VALORES PAGOS EM RAZÃO DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA. DESNECESSIDADE. BOA-FÉ DO SEGURADO. HIPOSSUFICIÊNCIA. NATUREZA ALIMENTAR DO BENEFÍCIO.

I - É incabível a devolução pelos segurados do Regime Geral da Previdência Social de valores recebidos por força de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela, posteriormente revogada.

II - Entendimento sustentado na boa-fé do segurado, na sua condição de hipossuficiente e na natureza alimentar dos benefícios previdenciários.

Aplicação da Súmula 83/STJ.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1138706/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 03/08/2009 – Grifos nossos).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL POSTERIORMENTE MODIFICADA. DISPENSA. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. O acórdão embargado não padece de vício algum que autorize a oposição dos Embargos de Declaração, uma vez que decidiu toda a questão posta em debate, ao fundamento de que, em face da **boa-fé da segurada que recebeu o aumento do valor do seu benefício por força de decisão judicial, bem como em virtude do caráter alimentar dessa verba, mostra-se inviável impor à beneficiária a restituição das diferenças recebidas, por haver a decisão sido reformada ou por outra razão perdido a sua eficácia.** (...)

(EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 998.814/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 30/11/2009 – Grifos nossos.)

Os julgados acima citados tratam de matéria previdenciária, não tendo sido localizadas decisões que versassem sobre servidores públicos especificamente, mas, conforme será demonstrado adiante, o fundamento se aplica aqui, entendendo a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça pela não devolução de valores em suposta homenagem ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

Em sentido oposto, consolidou-se a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme, exemplificativamente, os julgados que se seguem.

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS POR FORÇA DE LIMINAR. DESCONTO EM FOLHA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ERRÔNEA INTERPRETAÇÃO OU MÁ APLICAÇÃO DA LEI PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Prevalencia neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que os valores indevidamente recebidos, ainda que de boa-fé, por servidores públicos sujeitam-se à repetição, observado o limite máximo de dez por cento da remuneração.

2. Recentemente, entretanto, no julgamento do Resp nº 488.905, de relatoria do ilustre Ministro José Arnaldo da Fonseca, a Egrégia Quinta Turma firmou entendimento no sentido de que não será cabível a restituição de valores se estes foram recebidos de boa-fé e se houve errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública.

3. Não obstante, impende ter sob mira que, na hipótese dos autos, “o pagamento indevido não foi resultado da interpretação equivocada da Lei pela Administração, mas sim de decisão judicial de caráter liminar que compeliu a UNIÃO a efetuar o pagamento, sob pena de desobediência” (fl. 599). Dessa forma, verifica-se a ausência do requisito da errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, não podendo esta ser onerada por ato do próprio servidor.

4. O desconto em folha dos valores indevidamente recebidos por força de decisão liminar é cabível, desde que observado o princípio do contraditório e respeitado o limite máximo de um décimo sobre a remuneração, nos termos do artigo 46 da Lei nº 8.112/90.

5. Recurso especial provido.

(RECURSO ESPECIAL Nº 651.081 - RJ (2004/0046093-0) RELATOR: MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA 19 de maio de 2005 - Data do Julgamento – Grifos nossos.)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VALORES RECEBIDOS EM VIRTUDE DE LIMINAR POSTERIORMENTE CASSADA. RESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. LEI Nº 10.741/2003. ARTIGO 649 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada.

2. No exame de recurso especial, não se conhece de matéria que não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, ausente assim o necessário prequestionamento.

3. Valores pagos pela Administração Pública em virtude de decisão judicial provisória, posteriormente cassada, devem ser restituídos, sob pena de enriquecimento ilícito por parte dos servidores beneficiados.

4. A reposição de valores percebidos indevidamente possui expressa previsão legal, artigo 46 da Lei nº 8.112/1990, não havendo falar em direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.058.684 - RJ

(2008/0123905-4) RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI 28 de outubro de 2008 - data do julgamento – Grifos nossos).

Havendo divergência de interpretação entre a Quinta e a Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, à Terceira Seção do Tribunal, caberia uniformizar o entendimento, porém, os feitos relativos a questões de servidores públicos civis e militares e, posteriormente, os relativos a benefícios previdenciários passaram a ser de competência da Primeira Seção e de suas Turmas (Primeira e Segunda)⁶.

Mesmo com a alteração da competência, da Terceira para a Primeira Seção e respectivas Turmas, para processar e julgar os feitos relativos a servidores públicos e benefícios previdenciários, a questão continuou sendo controvertida.

Mais que isso, se antes a divergência era entre os entendimentos das Turmas da Terceira Seção, com a alteração da competência passou a haver decisões conflitantes mesmo dentro de cada Turma, noutras palavras, tanto a Primeira quanto a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça ora concluíam pela necessidade do ressarcimento, ora concluíam em sentido oposto. Comprovam essa assertiva os seguintes julgados:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. INEXIGIBILIDADE DA DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL POSTERIORMENTE MODIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO DESPROVIDO.

1. A realidade fática demonstra que o pensionista, ao obter a concessão de um benefício por força de decisão judicial, acredita que o seu recebimento é legítimo, não tendo conhecimento da provisoriedade da decisão e da possibilidade de ter que restituir esse valor, máxime se essa advertência não constou do título que o favoreceu.

2. Em face da boa-fé de quem recebeu o benefício por força de decisão judicial, bem como em virtude do caráter alimentar dessa verba, mostra-se

6 Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 9º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa.

§ 1º À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a:

(...).

XI - servidores públicos civis e militares; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 11, de 2010)

(...).

XIII - benefícios previdenciários, inclusive os decorrentes de acidentes do trabalho; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 14, de 2011)

(...).

inviável impor ao beneficiário a restituição das diferenças recebidas, por haver a decisão sido reformada ou por outra razão perdido a sua eficácia. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental da UNIÃO desprovido.

(AgRg no AREsp 152.130/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 19/08/2013 – Grifos nossos).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDORES PÚBLICOS. RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS EM VIRTUDE DE LIMINAR POSTERIORMENTE CASSADA. PROVIMENTO PRECÁRIO. POSSIBILIDADE.

1. Tratando o caso dos autos de verba recebida indevidamente por força de antecipação de tutela, posteriormente revogada por decisão do Tribunal local (fl. 355), os valores devem ser restituídos, sob pena de enriquecimento ilícito por parte dos servidores beneficiados. Nesse sentido: REsp n. 1.384.418-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 12/6/13, acórdão não publicado.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 145803/SE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 25/06/2013 – Grifos nossos.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO MILITAR. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO JUDICIAL. REFORMA POSTERIOR. RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER ALIMENTAR. PRECEDENTES DO STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende ser possível a repetição de valores pagos pela Administração, por força de tutela judicial provisória, posteriormente reformada, em homenagem ao princípio jurídico basilar da vedação ao enriquecimento ilícito.

2. Entretanto, tal posicionamento é mitigado nas hipóteses em que a discussão envolva benefícios previdenciários, como no caso em apreço, tendo em vista seu caráter de verba alimentar, o que inviabiliza sua restituição. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 246.944/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 19/12/2012 – Grifos nossos.)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL NÃO DEFINITIVA. REFORMA DA DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL. CRITÉRIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA. INEXISTÊNCIA DE COMPORTAMENTO AMPARADO PELO DIREITO NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES ART. 46 DA LEI N. 8.112/90. NÃO APLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ.

1. O art. 46 da Lei n. 8.112/90 prevê a possibilidade de restituição dos valores pagos indevidamente aos servidores públicos. Trata-se de disposição legal expressa, não declarada inconstitucional e, portanto, plenamente válida.

2. Esta regra, contudo, tem sido interpretada pela jurisprudência com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé. A aplicação desse postulado, por vezes, tem impedido que valores pagos indevidamente sejam devolvidos.

3. A boa-fé não deve ser aferida no real estado anímico do sujeito, mas sim naquilo que ele exterioriza. Em bom vernáculo, para concluir se o agente estava ou não de boa-fé, torna-se necessário analisar se o seu comportamento foi leal, ético, ou se havia justificativa amparada no direito. Busca-se, segundo a doutrina, a chamada boa-fé objetiva.

4. Na análise de casos similares, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado, ainda que implicitamente, um elemento fático como decisivo na identificação da boa-fé do servidor. Trata-se da legítima confiança ou justificada expectativa, que o beneficiário adquire, de que valores recebidos são legais e de que integraram em definitivo o seu patrimônio.

5. É por esse motivo que, segundo esta Corte Superior, os valores recebidos indevidamente, em razão de erro cometido pela Administração Pública ou em decorrência de decisão judicial transitada em julgado e posteriormente reformada em ação rescisória, não devem ser restituídos ao erário. Em ambas as situações, eventual utilização dos recursos por parte dos servidores para a satisfação das necessidades materiais e alimentares é plenamente justificada.

Objetivamente, a fruição do que foi recebido indevidamente está acobertada pela boa-fé, que, por sua vez, é consequência da legítima confiança de que os valores integraram em definitivo o patrimônio do beneficiário.

6. Situação diferente - e por isso a jurisprudência do STJ permite a restituição - ocorre quando os valores são pagos aos servidores em decorrência de decisão judicial de característica precária ou não definitiva. Aqui não há presunção de definitividade e, se houve confiança neste

sentido, esta não era legítima, ou seja, não era amparada pelo direito.

7. Se não havia razão para que o servidor confiasse que os recursos recebidos integraram em definitivo o seu patrimônio, qualquer ato de disposição desses valores, ainda que para fins alimentares, salvo situações emergenciais e excepcionais, não pode estar acobertado pela boa-fé, já que, é princípio basilar, tanto na ética quanto no direito, ninguém pode dispor do que não possui.

8. No caso dos autos, os valores que foram pagos aos servidores não são decorrência de erro de cálculo efetuado pela administração, mas sim de decisão judicial que ainda não havia transitado em julgado, e que foi posteriormente reformada. Ademais, em nenhum momento houve concordância da administração com a quantia que foi paga, o que demonstra que sempre houve controvérsia a respeito da titularidade.

9. Se os agravantes utilizaram desses valores, sem possuir a legítima confiança de que lhes pertenciam, não há como identificar a boa-fé objetiva nessa conduta. Portanto, sendo a decisão judicial final desfavorável aos servidores, a devolução do que foi pago indevidamente se faz possível, nos termos do art. 46 da Lei n. 8.112/90.

10. Vale ressaltar que concluir pela ausência de boa-fé objetiva dos agravantes não implica em violação da Súmula 7/STJ, pois em nenhum momento se negou ou alterou os fatos que foram consignados pela instância ordinária, eles apenas sofreram uma nova qualificação jurídica. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1263480/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011 – Grifos nossos.)

A bem da verdade, a divergência instaurada na Segunda Turma era menor, pois já havia sido consolidado o entendimento no sentido de que o servidor público deveria ressarcir os valores recebidos por força de decisão judicial posteriormente reformada, posicionamento mitigado nas hipóteses em que a discussão envolvesse benefícios previdenciários, em que, em razão do caráter alimentar da verba, não se admitia a restituição.

De qualquer sorte, a questão não estava pacificada, pois a Primeira Turma ainda apresentava decisões conflitantes, ora determinando o ressarcimento, ora não. Além disso, com a devida vênia, não faz muito sentido a mitigação antes prevalente na Segunda Turma, pois, assim como os servidores públicos que

recebem valores por força de decisão judicial posteriormente reformada devem ressarcir, os beneficiários da Previdência devem fazê-lo.

Diante da divergência instaurada, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.384.418-SC, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, decidiu pelo dever de ressarcimento dos valores obtidos por força de antecipação de tutela posteriormente reformada, tratando o benefício previdenciário como situação análoga à do servidor público que percebe vantagem:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RECEBIMENTO VIA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA. DEVOUÇÃO. REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL. HIPÓTESE ANÁLOGA. SERVIDOR PÚBLICO. CRITÉRIOS. CARÁTER ALIMENTAR E BOA-FÉ OBJETIVA. NATUREZA PRECÁRIA DA DECISÃO. RESSARCIMENTO DEVIDO. DESCONTO EM FOLHA. PARÂMETROS.

1. Trata-se, na hipótese, de constatar se há o dever de o segurado da Previdência Social devolver valores de benefício previdenciário recebidos por força de antecipação de tutela (art. 273 do CPC) posteriormente revogada.
2. Historicamente, a jurisprudência do STJ fundamenta-se no princípio da irrepetibilidade dos alimentos para isentar os segurados do RGPS de restituir valores obtidos por antecipação de tutela que posteriormente é revogada.
3. Essa construção derivou da aplicação do citado princípio em Ações Rescisórias julgadas procedentes para cassar decisão rescindenda que concedeu benefício previdenciário, que, por conseguinte, adveio da construção pretoriana acerca da prestação alimentícia do direito de família. A propósito: REsp 728.728/RS, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 9.5.2005.
4. Já a jurisprudência que cuida da devolução de valores percebidos indevidamente por servidores públicos evoluiu para considerar não apenas o caráter alimentar da verba, mas também a boa-fé objetiva envolvida *in casu*.
5. O elemento que evidencia a boa-fé objetiva no caso é a “legítima confiança ou justificada expectativa, que o beneficiário adquire, de que valores recebidos são legais e de que integraram em definitivo o seu patrimônio” (AgRg no REsp 1.263.480/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9.9.2011, grifei). Na mesma linha quanto à imposição de

devolução de valores relativos a servidor público: AgRg no AREsp 40.007/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 16.4.2012; EDcl nos EDcl no REsp 1.241.909/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 15.9.2011; AgRg no REsp 1.332.763/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.8.2012; AgRg no REsp 639.544/PR, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargador Convocada do TJ/PE), Sexta Turma, DJe 29.4.2013; AgRg no REsp 1.177.349/ES, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 1º.8.2012; AgRg no RMS 23.746/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 14.3.2011.

6. Tal compreensão foi validada pela Primeira Seção em julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, em situação na qual se debateu a devolução de valores pagos por erro administrativo: “quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.” (REsp 1.244.182/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19.10.2012, grifei).

7. Não há dúvida de que os provimentos oriundos de antecipação de tutela (art. 273 do CPC) preenchem o requisito da boa-fé subjetiva, isto é, enquanto o segurado os obteve existia legitimidade jurídica, apesar de precária.

8. Do ponto de vista objetivo, por sua vez, inviável falar na percepção, pelo segurado, da definitividade do pagamento recebido via tutela antecipatória, não havendo o titular do direito precário como pressupor a incorporação irreversível da verba ao seu patrimônio.

9. Segundo o art. 3º da LINDB, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, o que induz à premissa de que o caráter precário das decisões judiciais liminares é de conhecimento inescusável (art. 273 do CPC).

10. Dentro de uma escala axiológica, mostra-se desproporcional o Poder Judiciário desautorizar a reposição do principal ao Erário em situações como a dos autos, enquanto se permite que o próprio segurado tome empréstimos e consigne descontos em folha pagando, além do principal, juros remuneratórios a instituições financeiras.

11. À luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e considerando o dever do segurado de devolver os valores obtidos por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, devem ser observados os seguintes parâmetros para o ressarcimento: a) a execução de sentença

declaratória do direito deverá ser promovida; b) liquidado e incontroverso o crédito executado, o INSS poderá fazer o desconto em folha de até 10% da remuneração dos benefícios previdenciários em manutenção até a satisfação do crédito, adotado por simetria com o percentual aplicado aos servidores públicos (art. 46, § 1º, da Lei 8.213/1991).

12. Recurso Especial provido.

(REsp 1384418/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 30/08/2013.)

Em seu voto, o eminente Relator do recurso até considerou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidada, no que respeita à necessidade de devolução de valores recebidos por força de decisão judicial posteriormente reformada, na hipótese de se tratar de servidor público. Na análise da evolução jurisprudencial da matéria, considerou o Ministro Herman Benjamin que a questão restaria controvertida apenas no que respeita aos benefícios previdenciários:

(...).

Levaram-se em conta as posições jurisprudenciais divergentes quanto à obrigatoriedade de o titular de direito patrimonial de caráter alimentar devolver parcelas recebidas por força de tutela judicial antecipada posteriormente revogada.

Como abaixo será demonstrado, há posições antagônicas aplicadas para servidores públicos e para segurados do Regime Geral de Previdência Social, o que denota a necessidade de reexame aprofundado da matéria diante do fato de que em ambos os casos trata-se de verbas alimentares.

Passo a descrever e analisar o cenário jurisprudencial.

1. Evolução jurisprudencial e tratamento adequado do tema

Após pesquisa histórica, constatei que o fundamento que a jurisprudência do STJ passou a considerar para dirimir a controvérsia acerca da devolução de valores recebidos por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, quanto a benefícios previdenciários, foi a incidência *do princípio da irrepetibilidade dos alimentos*.

(...).

Apesar de toda a jurisprudência referente à restituição de valores pagos a servidores ter evoluído, os julgados aplicados aos casos de benefícios previdenciários ficaram estáticos na exclusiva fundamentação em torno do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, olvidando a evolução pretoriana

que passou a considerar, em situação análoga concernente a verba alimentar, a boa-fé objetiva. Vale dizer: relevar a percepção, por parte do titular, da definitividade do recebimento da parcela alimentar paga.

(...). (Grifos do autor.)

Com a devida vênia, essa análise se ajusta melhor a apresentar o entendimento consolidado no âmbito da Segunda Turma, que decidia no sentido de que o servidor público deveria ressarcir os valores recebidos por força de decisão judicial posteriormente reformada, posicionamento que era mitigado nas hipóteses em que a discussão envolvesse benefícios previdenciários, quando, em razão do caráter alimentar da verba, não se admitia a restituição.

A Primeira Turma, conforme precedentes anteriormente citados, mesmo em se tratando de servidor público, ora decidia contra o ressarcimento (AgRg no AREsp 152.130/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 19/08/2013), ora decidia a favor (AgRg no AREsp 145803/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18/06/2013, DJe 25/06/2013).

De qualquer forma, a necessidade de que o tema fosse devidamente enfrentado, uniformizando assim o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, era mais que evidente.

Distinguir a consequência da reforma da decisão, a depender da natureza do feito, se se trata de benefício previdenciário ou de benefício a servidor público, não faz muito sentido. No ponto, mais uma vez, merece menção trecho do voto do eminente Relator do recurso:

Se a teoria da irrepitibilidade dos alimentos fosse suficiente para fundamentar a não devolução dos valores indevidamente recebidos, ela seria o embasamento exclusivo para todos os casos de servidor público, pois nessas hipóteses também se trata de verbas alimentares.

Aplicar-se-ia o entendimento de que, em qualquer hipótese, independentemente de boa-fé, de definitividade ou de ser decisão judicial precária, a verba recebida indevidamente de servidor público seria irrepetível.

Destarte, tanto o servidor público quanto o beneficiário da previdência devem ser obrigados a restituir os valores recebidos por força de decisão judicial não transitada em julgado. Em ambos os casos, os recursos não integravam em definitivo o patrimônio do servidor ou beneficiário da Previdência, que devem restituir o que receberam a maior.

Conforme referido no tópico anterior, a verificação da boa-fé somente é relevante nas hipóteses em que o servidor público federal não tenha contribuído para o pagamento indevido, percebendo a vantagem de boa-fé em razão de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública. Esse não é o caso dos pagamentos efetivados por determinação judicial, hipótese na qual o pagamento se dá à revelia da Administração Pública, sendo o ressarcimento, previsto no art. 46, § 3º, do estatuto dos servidores públicos federais, decorrência da reforma da decisão. Nas hipóteses em que a antecipação de tutela foi conseguida com o concurso de má-fé, além da reparação, incidirá o art. 16 do CPC.

O precedente mencionado não tratava de servidores públicos, e sim de benefício previdenciário. Porém, pode-se dizer que representa importante orientação sobre o assunto, apta a dirimir os posicionamentos conflitantes, notadamente os ainda existentes no primeiro grau de jurisdição. Até mesmo porque, conforme entendimento do Ministro Herman Benjamin, o Superior Tribunal de Justiça já teria pacificado entendimento pelo dever de reposição, quando se tratasse de servidor público.

Posteriormente, a questão chegou a ser revisitada, considerando que o Ministro Sérgio Kukina afetou à Primeira Seção, como representativo de controvérsia, o julgamento do Recurso Especial nº 1.401.560, delimitando a seguinte tese como controvertida: “Deve o litigante beneficiário do Regime Geral da Previdência Social – RGPS devolver os valores percebidos do INSS em virtude de decisão judicial precária, que venha a ser posteriormente revogada?”.

Ocorre que em sessão realizada em 12 de fevereiro de 2014, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial do Instituto Nacional do Seguro Social. O teor do acórdão ainda não consta no sítio eletrônico do Tribunal, tampouco foi publicado em seu Informativo de Jurisprudência, mas já é possível visualizar a Certidão de Julgamento:

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Ari Pargendler que lavrará o acórdão.”

Votaram com o Sr. Ministro Ari Pargendler os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

A Primeira Seção, portanto, proferiu decisão no mesmo sentido da que tinha sido proferida há não muito tempo, quando houve o julgamento do Recurso Especial nº 1.384.418-SC.

A decisão, proferida sob regime do art. 543-C do CPC, como não poderia deixar de ser, já vem sendo utilizada como *leading case* sobre o assunto, conforme, exemplificativamente, o julgado que se segue.

PREVIDENCIÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. REVOGAÇÃO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR RECEBIDA DE BOA-FÉ PELA PARTE SEGURADA.

REPETIBILIDADE. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. A Corte a quo não analisou a controvérsia à luz dos arts. 467 a 468 do Código de Processo Civil. Desse modo, ausente o prequestionamento. Incidência do enunciado da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

2. A Primeira Seção, por maioria, ao julgar o REsp 1.384.418/SC, uniformizou o entendimento no sentido de que é dever do titular de direito patrimonial devolver valores recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada. Entendimento reafirmado sob o regime do art. 543-c do CPC, no julgamento do REsp 1.401.560/MT (acórdão pendente de publicação).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1416294/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 24/03/2014.)

De uma forma ou de outra, o Superior Tribunal de Justiça tinha de decidir que posicionamento deveria prevalecer, sob pena de se permitir que decisões judiciais, em casos análogos, por vezes impusessem a restituição dos valores, por

vezes permitissem que o servidor agraciado retivesse os valores percebidos por decisão judicial precária, posteriormente reformada.

A decisão da Primeira Seção pacifica a jurisprudência acerca do assunto, sedimentando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a adequada interpretação da legislação infraconstitucional no ponto, no sentido de que as verbas recebidas por força de tutela antecipada posteriormente reformada, seja por servidor público, seja por beneficiário da Previdência, devem ser ressarcidas ao erário.

5 Conclusão

O pagamento efetivado por força de antecipação de tutela posteriormente reformada é um pagamento indevido. Como tal, sob pena de enriquecimento sem causa, deve o valor levantado ser ressarcido.

A boa-fé daquele que recebeu quantia indevida não afasta o dever de ressarcir, apenas conferindo, na hipótese de pagamento com entrega de coisa, direito aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido.

Se aquele que recebeu o pagamento indevido laborou de má-fé, além do necessário ressarcimento, responderá por perdas e danos.

O ressarcimento do pagamento indevido é a regra, nada havendo na legislação processual ou no regime publicista que indique solução diversa apenas por se tratar o favorecido de servidor público. Muito pelo contrário.

Os efeitos da antecipação de tutela, em regra, devem ser reversíveis, de sorte que, uma vez reformada a decisão, as providências realizadas para atribuir efeitos práticos ao provimento jurisdicional devem ser revertidas.

A responsabilidade de reverter os efeitos práticos da decisão judicial posteriormente reformada é objetiva, tendo o favorecido o dever de reparar eventuais prejuízos causados à parte adversa independentemente de culpa. Nas hipóteses em que a antecipação de tutela for conseguida com o concurso de má-fé, além da reparação, incidirá o art. 16 do CPC.

Não há falar, bem assim, na irrepetibilidade dos alimentos, exceção ao efeito *ex tunc* da revogação da tutela, que é aplicável aos alimentos provisórios fixados

na inicial em ação de alimentos, nas ações ordinárias de nulidade e anulação de casamento, e a outras situações expressamente previstas em lei. Por ser medida excepcional, não se admite interpretação ampliativa ou analógica.

É certo que, tratando-se de servidores públicos, a jurisprudência tutela a percepção de boa-fé de forma especial, mas esse cuidado se presta a amparar situações nas quais o servidor público não tenha contribuído para o pagamento indevido, percebendo a vantagem de boa-fé em razão de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública. Esse não é o caso dos pagamentos decorrentes de determinação judicial, hipótese na qual o pagamento é efetivado à revelia da Administração Pública.

Os posicionamentos conflitantes existentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que ora determinavam o ressarcimento, em homenagem à exigência de reversibilidade da tutela antecipada e à expressa previsão do art. 46, da Lei nº 8.112, de 1990, ora, com fundamento no suposto princípio da irrepetibilidade de alimentos e na percepção de valores de boa-fé, decidiam em sentido diverso, foram finalmente superados com a decisão proferida pela Primeira Seção desse Tribunal, Recurso Especial nº 1.384.418-SC.

Nessa oportunidade, restou também superado o entendimento mitigado, por vezes aplicado nas discussões que envolvessem benefícios previdenciários, quando, em razão do caráter alimentar da verba, não se admitia a restituição.

A decisão da Primeira Seção, posteriormente reafirmada sob o regime do art. 543-C do CPC, no julgamento do Recurso Especial nº 1.401.560/MT, pacifica a jurisprudência acerca do assunto, sedimentando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a adequada interpretação da legislação infraconstitucional no ponto, no sentido de que as verbas recebidas por força de tutela antecipada posteriormente reformada, seja por servidor público, seja por beneficiário da Previdência, devem ser ressarcidas ao erário.

Referências

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 4.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v. 2.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 2.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2013.
- PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PRADO, Leandro Cadenas. **Servidores Públicos Federais: Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2009, v. 2.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2.

Aplicação da Lei de Newcomb-Benford na Identificação de Irregularidades: o exemplo dos gastos com cartões de pagamento do governo federal

Gustavo Henrique de Vasconcellos Cavalcanti*

Introdução. 1 A Lei de Newcomb-Benford e sua validade jurídica como instrumento de fiscalização. 1.1 Da discricionariedade administrativa.

1.2 Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.

2 Aplicação do modelo. 2.1 O Cartão de Pagamentos do Governo Federal. 2.2 Testes associados à Lei de Benford. 3 Resultados.

4 Conclusão.

Resumo

O presente estudo buscou verificar se a Lei de Newcomb-Benford pode ser utilizada para identificar irregularidades nos gastos efetuados com Cartão Corporativo do Governo Federal (CCGF). Para tanto, utilizou-se do modelo contabilométrico da Lei de Newcomb-Benford para a análise do primeiro e do segundo dígito dos gastos com cartões corporativos em 2013, obtidos no Portal da Transparência do Governo Federal. Foram utilizados os testes da Soma, Score-Z, Qui-Quadrado de Pearson, Kolmogorov-Smirnoff e Desvio Absoluto Médio. Os resultados demonstraram que os gastos com cartões do

* Bacharel em Administração de Empresas pela Universidade de Brasília, especialista em Administração Financeira e Mercado de Capitais pela Fundação Getúlio Vargas e especialista em Novas Tendências do Direito Público e Avaliação de Políticas Públicas pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília. Analista de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União desde 2006, conduz e coordena investigações de combate ao enriquecimento ilícito e à corrupção, tendo atuado em diversos casos de repercussão nacional.

governo federal não seguem a distribuição esperada do modelo, o que sugere mais investigações voltadas para a confirmação da regularidade dessas despesas, notadamente aquelas envoltas por sigilo legal.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Lei de *Newcomb-Benford*. Cartões corporativos do governo federal.

Abstract

The present study aimed to verify whether the Newcomb-Benford Law can be used to identify irregularities on the payments and purchases made with Brazil's Federal Government Payment Cards – CCGF. To this end, the Newcomb-Benford model was used for the first and second digits of 2013 cards' payments analysis, obtained from Federal Government's "Portal da Transparência". The data was submitted to the summation test, Score-Z, Pearson's Qui-square, Kolmogorov-Smirnoff and Mean Absolute Deviation. The results showed that the expenses made with payment cards does not follow the model's expected distribution, which suggests further investigations aimed at confirming the regularity of these expenditures, particularly those surrounded by legal confidentiality.

Keywords: *Administrative Law. Newcomb-Benford Law. Federal Government Payment Cards.*

Introdução

No final do século XIX, Simon Newcomb, astrônomo americano, notou uma curiosidade ao manusear os livros com as tabelas de logaritmos utilizados à época para realização de cálculos: as páginas dos logaritmos cujo primeiro dígito era um número baixo (1 ou 2) mostravam sinais de uso e deterioração visivelmente maiores que aquelas páginas dos logaritmos iniciados por dígitos altos (8 e 9). Newcomb chegou a publicar um breve artigo a esse respeito em 1881, o qual não obteve grande repercussão por parte da comunidade científica

à época, que atribuiu o estudo a mero exercício intelectual do autor, sem repercussões práticas.

Anos depois, Frank Benford, um físico americano que trabalhava nos laboratórios da *General Electric*, deparou-se com o artigo publicado por Newcomb e decidiu analisar se o mesmo fenômeno dos primeiros dígitos ocorria em outras tabelas de dados. Benford analisou mais de vinte tipos de tabelas e mais de 20.000 observações com diversos tipos de dados, a exemplo de constantes científicas, populações de municípios, taxas de mortalidade, até mesmo os números publicados em uma edição do periódico *Reader's Digest*, que comprovavam a ocorrência do fenômeno inicialmente verificado por Newcomb. Em 1938, Benford publicou seu artigo *The Law of Anomalous Numbers*, em que descreveu a lei matemática que prevê a probabilidade esperada para que um número qualquer em uma tabela seja iniciado por cada dígito possível (1 a 9). Foi elaborada, assim, a Lei de Newcomb-Benford (LNB).

A maior aplicação da LNB, no entanto, veio a lume somente décadas depois da publicação dos trabalhos dos seus autores. Após vários escândalos de fraudes e falsificações contábeis, que envolveram grandes corporações, as técnicas tradicionais de auditoria mostraram-se incapazes de prevenir ou impedir os desvios identificados.

Nigrini (1992) foi um dos pioneiros nas aplicações forenses da LNB, quando demonstrou que o modelo indicava, com bastante acurácia, manipulações ou fraudes cometidas pelos contribuintes americanos com vistas à evasão fiscal. A partir de então, diversos órgãos e instituições começaram a valer-se da LNB para identificação de desvios em sua respectiva área de atuação. Como ilustrado por Ceccato (2013), vários estudos posteriores demonstraram a aplicabilidade do modelo na identificação de manipulações de dados, a exemplo da suspeita de fraude nas estatísticas macroeconômicas reportadas ao Gabinete de Estatísticas da União Europeia (Eurostat) pela Grécia – posteriormente confirmadas pela Comissão Europeia – ou na detecção de fraudes nas eleições iranianas de 2009.

Nesse contexto, ao verificar que o mesmo fenômeno dos dígitos ocorria nos números constantes em balanços, demonstrativos contábeis e demais informações financeiras, não tardou para que auditores e investigadores vislumbrassem ali uma potencial ferramenta de auditoria, capaz de auxiliar, com

base em fundamentos estatísticos, na identificação de possíveis manipulações deliberadas nos números, i.e., indicativo de possível fraude.

As crescentes aplicações do modelo voltadas ao combate à fraude inserem-se ainda no panorama global de modernização da função dos controles internos, com vistas à promoção da integridade e da governança, notadamente em uma era de comunicações globais e redes sociais. Atualmente, as medidas voltadas à transparência nos gastos públicos, redução de desperdícios e punição dos responsáveis por irregularidades vem sendo alçadas ao topo das discussões governamentais, aliadas a crescente mobilização da sociedade, como bem demonstrado no Fórum Global Anticorrupção (GYAC), realizado em Brasília, em 2012¹.

A preocupação com o fator econômico da corrupção é outra dimensão de relevo. As estimativas dos custos da corrupção indicam uma perda de mais de 5% do Produto Interno Bruto Global (US\$2,6 trilhões, conforme divulgado no Fórum Econômico Mundial²), com mais de US\$1 trilhão pago somente em subornos anualmente (dado do Banco Mundial³). Não se trata, portanto, somente de uma relevante questão ética, mas também econômica.

O presente artigo busca aplicar a mesma técnica na identificação de irregularidades em gastos públicos, tomando como estudo de caso os gastos com Cartões de Pagamento do Governo Federal (CPGFs), comumente chamados “cartões corporativos”. Em outras palavras, busca-se verificar se os gastos governamentais efetuados com CPGFs seguem a distribuição da LNB, e, caso negativo, se a diferença entre as proporções esperadas e reais são estatisticamente significantes, o que sugere indícios de irregularidades.

Tendo em conta o caráter seminal dos estudos sobre a aplicação da LNB em auditorias e processos empresariais, o trabalho que ora se propõe irá se fundamentar nos autores mais renomados na área, como Nigrini, Raimi e Miller. As aplicações e os possíveis refinamentos matemáticos posteriores ainda são um tema em estudo e discussão, razão pela qual serão empregadas as técnicas estatísticas descritivas e de inferência utilizados por Nigrini (1992) na identificação de evasão fiscal no âmbito da Receita Federal Americana e em

1 Disponível em: <www.worldbank.org/pt/news/feature/2012/11/09/Brazil-youth-social-media-fight-corruption>. Acesso em 10/10/2014.

2 Disponível em: <www.weforum.org/pdf/paci/BusinessCaseAgainstCorruption.pdf>. Acesso em 10/10/2014

3 Disponível em <<http://tinyurl.com/7yzmpmt>>. Acesso em 10/10/2014.

aplicações posteriores. Dessa forma, a pesquisa que ora se pretende executar pode ser caracterizada como um estudo exploratório empírico-analítico, fundamentada em uma análise quantitativa e qualitativa dos dados.

Para consecução dos objetivos propostos, serão utilizados os dados constantes no Portal da Transparência do Governo Federal relativos aos gastos efetuados com cartões corporativos no exercício de 2013, discriminados por portador, o que representa 166.234 registros. Após, os dados serão depurados para o tratamento estatístico adequado ao modelo de Benford, a exemplo da remoção de todos os valores inferiores a R\$10,00 (dez reais), por não apresentarem o segundo dígito inteiro.

Após a depuração da base de dados, será feita a análise do primeiro, do segundo e dos dois primeiros dígitos (análise de primeira ordem) bem como a análise da soma para os valores totais. A aderência estatística ao modelo de Benford será avaliada de acordo com o roteiro sugerido por Nigrini (2012), de sorte que serão utilizadas as técnicas de Score-Z, distribuição Qui-Quadrado de Pearson, teste de Kolmogorov-Smirnoff e Desvio Absoluto Médio.

O trabalho está dividido em quatro partes. Na primeira e na segunda, pretende-se discorrer sobre a bibliografia existente a respeito, explicar em que consiste a LNB, suas aplicações e sua validade jurídica como elemento discricionário da Administração na escolha dos seus modos de investigação. Na terceira, aplicar-se-á o modelo previsto aos gastos efetuados com CPGF em 2013, disponíveis no Portal da Transparência do governo federal, de modo que se identifiquem eventuais dados destoantes do modelo, que, por essa razão, sugerem possível irregularidade. Na quarta e última etapa, apresenta-se a conclusão dos trabalhos, com sugestões de estudos futuros e eventual necessidade de atuação das esferas de controle.

1 A Lei de Newcomb-Benford e sua validade jurídica como instrumento de fiscalização

Como colocado anteriormente, o presente trabalho terá como base a aplicação das características matemáticas da Lei de Newcomb-Benford (LNB) na predição de erros ou irregularidades nos gastos com cartões corporativos do governo federal.

Inserido em um contexto de aperfeiçoamento das técnicas de auditoria por meio da incorporação dos métodos quantitativos subjacentes às ciências matemáticas (Matemática e Estatística) no âmbito das ciências contábeis, o estudo irá calcar-se na metodologia desenvolvida por Nigrini (1992) e replicada por diversos autores nacionais e estrangeiros, como Santos *et al* (2009), Ceccato (2013), Costa *et al* (2013) e Krakar e Žgela (2009).

O estudo inicial de Benford (1938) analisou milhares de registros de diversas variáveis e magnitudes de fenômenos naturais, humanos e científicos. Os resultados demonstraram que o fenômeno do primeiro dígito ocorria em várias tabelas de dados, das mais variadas naturezas. Posteriormente, ficou demonstrado que a LNB aplicava-se também aos eventos financeiros, como balanços, preços de ações e demonstrativos contábeis. Mas, em que consiste tal fenômeno?

Em breve explanação, o fenômeno do primeiro dígito é uma observação empírica quanto à probabilidade de que o primeiro dígito de um número qualquer em uma tabela de dados seja iniciado com os dígitos 1, 2, 3, ..., 9 (não se admite zero como primeiro dígito).

Aqui entende-se **dígito** como o primeiro algarismo que compõe qualquer número que se queira analisar. Assim, os números 100, 120, 1.000, 100.000, 150.000 ou 1.984.883.456, por exemplo, têm como primeiro dígito o número “1”, e os números 200, 237, 2.500, 245.454 ou 2.456.679, por sua vez, tem como primeiro dígito o número “2”. Adiante.

Ao contrário do que seria esperado pelas leis da probabilidade para as variáveis aleatórias (i.e., iguais chances de ocorrência), Benford observou que os números iniciados com 1, ou seja, cujo primeiro dígito era 1, ocorriam com frequência muito maior que os iniciados com 2, que, por sua vez, ocorriam em frequência superior aos iniciados por 3, e assim sucessivamente, como se segue.

Tabela 1 – Probabilidade associada ao primeiro dígito

Dígito (d)	1	2	3	4	5	6	7	8	9	Total
P(d)	30,1%	17,6%	12,5%	9,7%	7,9%	6,7%	5,8%	5,1%	4,6%	100,0%

Fonte: adaptado de Nigrini (2011). Elaboração própria.

O autor então elaborou uma equação matemática que estima a probabilidade de que o primeiro dígito significativo de um número pertença ao conjunto dos números inteiros entre 1 e 9, a seguir:

$$P(D = d) = \log(1 + 1/d), d \in \{1, 2, 3, \dots, 9\},$$

em que d = primeiro dígito significativo.

O modelo desenvolvido por Benford, no entanto, possuía algumas limitações, o que, ao contrário do que possa se revelar, mostrou-se ser uma clara vantagem, não uma desvantagem, senão vejamos.

Por lidar com os primeiros dígitos dos números, um dos requisitos da LNB é a de que o primeiro dígito possa assumir qualquer valor inteiro entre 1 e 9. Dessa forma, uma tabela de dados de alturas de uma população em metros, por exemplo, não seguirá uma distribuição de Benford, pois não existem pessoas com três metros ou mais. A segunda limitação, a mais importante, consiste no fato de a LNB não se aplicar a números gerados de maneira aleatória, como os números de loterias ou lançamentos de dados. Aqui reside o potencial preditivo e a aplicabilidade forense da técnica: números inventados ou alterados por seres humanos não seguem a distribuição da LNB, mas sim há tendência a uma distribuição aleatória. Isso implica que números fabricados ou alterados irão fugir da distribuição esperada da LNB, podendo essa distribuição ser utilizada como indicativo de alterações ou anomalias que exijam mais investigações.

Importante frisar que desvios em relação ao modelo da LNB que ora se propõe não configuram comprovação de irregularidades ou manipulações, da mesma forma que a conformidade com esse modelo não implica fidedignidade dos dados. O modelo da LNB serve como instrumento auxiliar às demais técnicas de auditoria e investigação, quiçá como exame apriorístico dos dados que se pretenda auditar. No caso particular da CGU, vislumbra-se a possibilidade de otimização da alocação dos seus recursos de auditoria e fiscalização, discricionariedade que lhe é própria para cumprimento de suas funções legais.

Para que se possa prosseguir no discurso sobre a validade jurídica da eleição dos instrumentos de fiscalização pela Administração Pública, cumpre adentrar brevemente o conceito da discricionariedade administrativa.

1.1 Da discricionariedade administrativa

O Estado de Direito, como hoje o concebemos, tem como característica fundamental os princípios da separação de poderes, da legalidade e da igualdade, o que significa a limitação do exercício do poder estatal e a submissão da Administração Pública à lei como garantia da liberdade do cidadão.

Como bem leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001), o conceito de Estado de Direito se opõe ao de Estado de Polícia, primeira etapa do Estado Moderno, na medida em que, no Estado de Polícia, a administração se encontra legalmente incondicionada, submetida às vontades e aos caprichos dos governantes absolutos, e no Estado de Direito se oferece uma administração condicionada legalmente.

Essa evolução significou que muitas das relações jurídicas em que a Administração era parte passaram a ser regidas pelo direito civil e a se submeterem a tribunais independentes, que passaram a reconhecer a titularidade dos direitos contra o Estado, com fundamento no direito privado. Limitava-se então, pela força da lei, o raio de poder que poderia ser exercido pelo Estado perante os cidadãos ou, em outras palavras, a discricionariedade de que dispunha a Administração: o poder só seria exercido de forma legítima quando resultante da lei. Estava consagrado o princípio da legalidade.

Paradoxalmente, embora zeloso com a liberdade do cidadão e a igualdade de todos perante o Direito, o Estado de Direito à época, conhecido como Estado Liberal, trouxe consigo o direito administrativo, composto por normas de direito público aplicáveis à Administração Pública, reconhecendo a ela várias prerrogativas e privilégios de que o particular não dispõe. O Estado Liberal admitia uma esfera de atuação da Administração (discricionariedade) livre de qualquer controle judicial ou vinculação legal. A consequência era que a Administração poderia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, mas também aquilo que a lei não proibisse – doutrina da vinculação negativa da Administração.

A partir do século XIX, constituía-se o chamado Estado Social, ao qual era atribuído papel mais ativo na busca pela igualdade entre os homens, e não somente na proteção da liberdade. O Estado deveria, se necessário, intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos. Como consequência,

emergia, então, a noção que dá fundamento a todo o direito público atual: a de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.

Uma das consequências diretas das novas funções atribuídas ao Estado foi o fortalecimento do Poder Executivo e, por conseguinte, a concessão de poderes ainda maiores à Administração. Assim, o direito administrativo “(...) deixou de ser um corpo de normas garantidoras apenas das liberdades individuais, para transformar-se num corpo de normas de toda a atuação da Administração Pública, sempre com vista na consecução do bem comum” (DI PIETRO, 2001, p. 31). O poder de polícia estatal experimentara expressivo incremento, com poderes e intervenção cada vez maiores nas relações com os particulares. Assim, se antes o conceito de “ordem pública” concernia até então a limitação do exercício dos direitos individuais em nome da segurança, o surgimento da noção de “ordem econômica e social” no Estado Social de Direito acarretava agora a limitação do exercício dos direitos individuais em nome do “interesse público”, qualquer que fosse sua natureza.

Outra mudança de paradigma dessa época refere-se ao alcance do princípio da legalidade. Se, no Estado Liberal, a Administração poderia fazer tudo o que a lei não proibisse, no Estado Social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa – doutrina da vinculação positiva da Administração. Essa mudança impactou diretamente a noção de discricionariedade administrativa, que passou a ser vista como um poder jurídico, e não político. Contudo, isso causou dificuldades em estabelecer um entendimento de onde termina a legalidade e se inicia a discricionariedade, prevalecendo a ideia de que, ao Poder Judiciário, não caberia adentrar o «mérito» administrativo: onde deveria haver discricionariedade nos limites estabelecidos pela lei, prevalecia o arbítrio administrativo.

As consequências negativas desse excesso formalista e de “arbítrio” administrativo culminaram posteriormente na introdução de conceitos voltados à equidade e à justiça social, como a ideia da participação popular nas decisões políticas e no controle da Administração e a busca pela justiça material. Iniciava-se o Estado Democrático de Direito.

Nos novos paradigmas do Estado Democrático de Direito, a lei passa a ter sentido tanto formal quanto material, porque, a ela, cabe realizar os valores consagrados na Carta Magna sob a forma de princípios fundamentais.

O princípio da legalidade, agora expressamente insculpido no texto constitucional, é cotejado com outros princípios inerentes a esses novos paradigmas, como o bem-estar, o desenvolvimento e a justiça, em certo atavismo ao Estado de Direito, como contraposição ao legalismo característico do modelo anterior (Estado Legal), formalista e vazio de conteúdo e eficácia.

Como não poderia ser diferente, a mudança desses paradigmas introduziu conceitos e princípios no direito administrativo. A Administração agora não está submetida tão somente à lei, mas também a todos os princípios expressos, tacitamente ou não, no texto constitucional. Os princípios constitucionais ganham agora a condição de fonte do direito administrativo, atuando como limites à discricionariedade administrativa. É dizer que, no Estado Democrático de Direito, não basta a lei como limite à discricionariedade estatal; o exercício do poder do Estado em desacordo com os princípios constitucionais implica ilegalidade desses atos, sendo passíveis de controle judicial.

Nesse novo contexto, e diante da complexidade fática da realidade, o direito administrativo passa a buscar mais eficiência para o melhor atendimento do fim coletivo, socorrendo-se de conceitos oriundos de outras ciências, como a Administração. A eficiência, princípio da Ciência da Administração, passa a ser um dos objetivos fundamentais da Reforma do Estado, o que demanda atuação cada vez maior dos órgãos de controle. Vêm daí conceitos como Administração Gerencial, contratos de gestão, agências reguladoras e organizações da sociedade civil de interesse público, em rol exemplificativo e não exaustivo.

Essa maior flexibilização do direito administrativo, que passa a utilizar cada vez mais conceitos do direito privado, não implica afastamento da aplicação das normas do direito público. À Administração, continuam sendo concedidos poderes para agir em nome do interesse público, o qual prevalece, como regra geral, sobre o interesse particular, sendo o princípio da legalidade garantia do equilíbrio entre os poderes conferidos à Administração e o exercício dos direitos individuais.

Ocorre que a busca desses novos princípios colide com o entendimento até então vigente sobre o princípio da legalidade e a limitação negativa da discricionariedade administrativa, senão vejamos.

Na medida em que lidamos com uma realidade complexa e plural, o legislador jamais será capaz de acompanhar a contento as constantes mutações das circunstâncias da vida e das demandas dos cidadãos. Nesse sentido, as restrições

à discricionariedade impostas pelo princípio da legalidade constituem, segundo os críticos, um fator dificultador às reformas administrativas necessárias ao melhor atendimento ao interesse público.

Como solução para esse conflito, ocorre a busca cada vez maior pela chamada discricionariedade técnica, que, se, por um lado, pretende estar imune ao controle judicial, por outro implica a concessão de maior autonomia e responsabilidade aos agentes, os quais jamais agirão de maneira arbitrária, mas sim discricionária.

A esse respeito, cumpre repisar que discricionariedade não implica arbitrariedade. Discricionariedade significa, segundo ensinamentos de Tourinho (2004), que o agir da Administração está sempre ligado à verificação de determinados fatos ou situações previstos na norma, e arbitrariedade compreende aquele ato desprovido de motivação, fruto do mero capricho e da decisão subjetiva do administrador, fora dos limites jurídicos. É dizer que a discricionariedade decorre do próprio princípio da legalidade e é por ele limitado, e compreende a escolha, pelo administrador, por critérios de conveniência e oportunidade, da melhor opção que satisfaça à demanda com que se depara, mas sempre dentro dos limites estabelecidos pela norma legal; ou, nas lições de Régnier (1997, p. 32), “a autonomia, no Direito Público, não desbordará então da possibilidade de valoração pessoal, própria da discricionariedade administrativa, incorrendo em ilegalidade toda ação realizada à margem da finalidade”.

1.2 Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

Como exposto anteriormente, a discricionariedade conferida à Administração lhe permite eleger, mediante juízo de conveniência e oportunidade, a melhor opção entre as possibilidades colocadas pela norma, para alcance do interesse público. Ocorre que, por vezes, a norma legal confere um poder ou uma atribuição à Administração cujo sentido não se refere a um objeto concreto, mas depende de uma atividade interpretativa. Assim, termos como “interesse público”, “probidade”, “combate à corrupção”, “bons costumes” possuem significado que varia conforme o tempo e o espaço, e não podem ser alcançados de maneira objetiva, exigindo uma atividade interpretativa do administrador.

Duas correntes se formaram para explicar a relação entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. Como esclarecem Tourinho (2004), Di Pietro (2001) e Medauar (2014), a primeira delas, com expoentes em Von Luan, sustentam que não há discricionariedade quando o legislador utiliza uma fórmula ampla, pois isso levaria a única solução, sem espaço para escolha. Em sentido oposto, autores como Tezner, Buhler, Walter Jellenik e, no Brasil, Oswaldo Aranha Bandeira de Melo e Maria Sylvia Zanella Di Pietro defendem que a presença de um conceito jurídico indeterminado leva necessariamente ao exercício do poder discricionário, vez que o Administrador não exerce mera atividade volitiva da escolha de opções igualmente válidas perante o Direito, mas sim um exercício intelectual, interpretativo, para dar concretude à norma no caso concreto.

É possível ainda uma tese intermediária, como bem esclarece Roman (2013), em que um conceito jurídico indeterminado pode, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, gerar espaço para exercício da discricionariedade pela Administração. É dizer, como postulado geral, que a presença de um conceito jurídico indeterminado é condição necessária, mas não suficiente, para o exercício da discricionariedade.

Parece-nos mais adequada a segunda corrente, que aduz que a aplicação de um conceito jurídico indeterminado encontra-se no domínio do princípio da legalidade, diferentemente do exercício da discricionariedade, que se encontra no domínio do princípio da oportunidade. Isso significa que, diante de uma situação fática com a qual se defronta o órgão do estado, a existência de conceitos jurídicos indeterminados implica uma “prerrogativa de avaliação”, ou seja, uma atividade interpretativa, cuja decisão, no entanto, sempre deverá estar subsumida na lei. A esse respeito, esclarece Tourinho (2004, p. 46):

Ora, deparando-se com conceitos jurídicos indeterminados caberá apreender-lhes o sentido através de operação interpretativa, consistente em mera intelecção da lei, ao contrário da discricionariedade que permite uma opção administrativa volitiva, observados os limites normativos.

A questão inerente aos conceitos jurídicos indeterminados é de fundamental importância para os trabalhos da Controladoria-Geral da União (CGU), uma vez

que suas funções, declinadas no *caput* do art. 17 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, na redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.204, de 5 de dezembro de 2005, configuram conceitos jurídicos indeterminados, senão vejamos:

Art. 17. À Controladoria-Geral da União compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à **defesa do patrimônio público**, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à **prevenção e ao combate à corrupção**, às atividades de ouvidoria e ao **incremento da transparência da gestão** no âmbito da administração pública federal (grifos nossos).

Ora, não há um conceito objetivo do que venha a ser “defesa do patrimônio público”, “combate à corrupção” e “incremento da transparência da gestão”. Para a consecução desses objetivos, a Administração deverá, primeiramente, extrair seu significado de uma atividade interpretativa, para, posteriormente, eleger a melhor opção entre aquelas válidas perante o Direito para alcançá-los. Esse é, senão exatamente, o entendimento esposado por Di Pietro (2001, p. 123), que sentenciar que “o domínio do poder discricionário começa onde termina o da interpretação”.

Diante desses conceitos, não há infringência ao princípio da legalidade como guardião dos direitos individuais contra eventual arbítrio da Administração, uma vez que a norma que confere poderes à CGU de prevenir e combater a corrupção traz em si conceitos jurídicos indeterminados. Nessa situação, à CGU, é lícito exercer a discricionariedade para alocar seus recursos materiais, humanos e orçamentários da maneira que melhor lhe aprouver, sempre, evidentemente, dentro do espaço de liberdade concedido pela lei.

Da mesma forma, as atribuições conferidas ao Ministro de Estado Chefe da CGU no § 5º do art. 18 do mesmo diploma impõe necessariamente uma atividade interpretativa para a extração de um sentido razoável, senão vejamos:

§ 5º Ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, no exercício da sua competência, incumbe, especialmente:

(...)

III - acompanhar procedimentos e processos administrativos em curso em órgãos ou entidades da Administração Pública Federal;

IV - realizar inspeções e avocar procedimentos e processos em curso na

Administração Pública Federal, para exame de sua regularidade, propondo a adoção de providências, ou a correção de falhas;

V - efetivar, ou promover, a declaração da nulidade de procedimento ou processo administrativo, bem como, se for o caso, a imediata e regular apuração dos fatos envolvidos nos autos, e na nulidade declarada;

VI - requisitar procedimentos e processos administrativos já arquivados por autoridade da Administração Pública Federal;

Ora, seria desarrazoado supor que o comando dos incisos acima traria imposição à CGU de acompanhar rigorosamente todos os processos administrativos em todos os órgãos da administração federal (inciso III) ou de avocar todos os processos e procedimentos arquivados em todas as repartições no país para seu reexame e eventual correção de falhas, ou mesmo para realizar inspeções em todos os órgãos da administração federal. Resta evidente, desse modo, mencionar que a CGU dispõe de discricionariedade na alocação dos seus recursos para cumprimento das suas funções, entendimento que se coaduna perfeitamente com o art. 14 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe que “o trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco”.

Nesse sentido, a utilização da LNB para identificação de indícios de irregularidades nos gastos federais pode revelar-se um precioso mecanismo de otimização da atividade de fiscalização, na medida em que evidencia, *a priori*, aquelas rubricas com sinais de irregularidades. Assim, a indicação dos valores pelo modelo da LNB resultaria em redução da discricionariedade, na medida em que, ao administrador, caberia a alocação de esforços de investigação prioritariamente naquelas rubricas com indicativos de irregularidades. Evidentemente, a aplicação do modelo ora proposto não elimina outras iniciativas da CGU dentro do exercício do seu poder discricionário, como o sorteio de municípios para fiscalização e a adoção de programas de prevenção nas escolas.

Por fim, cumpre lembrar que a identificação de desvios em relação ao modelo da LNB que ora se propõe não configuram **comprovação** de irregularidades ou manipulações, da mesma forma que conformidade com esse modelo não implica fidedignidade dos dados.

2 Aplicação do modelo

2.1 O Cartão de Pagamento do Governo Federal

O Cartão de Pagamento do Governo Federal (CPGF), comumente conhecido como “cartão corporativo”, é regulamentado no Brasil por meio do Decreto nº 3.892, de 20 de agosto de 2001. Presta-se à aquisição de passagens aéreas e materiais e serviços enquadrados como suprimento de fundos, entendidos como aqueles valores adiantados a servidor, a critério e sob a responsabilidade do Ordenador de Despesas, com prazo certo para aplicação e comprovação dos gastos. Posteriormente, seu uso foi autorizado também para outros tipos de despesas, condicionado a ato conjunto do Ministério da Fazenda e do Ministério do Planejamento.

O Suprimento de Fundos é uma autorização alternativa de execução orçamentária e financeira, sempre precedido de empenho na dotação orçamentária específica e natureza de despesa própria, com a finalidade de efetuar despesas que, pela sua excepcionalidade, não possam se subordinar ao processo normal de aplicação, isto é, não seja possível o empenho direto ao fornecedor ou prestador, na forma da Lei nº 4.320, de 16 de março de 1964, precedido de licitação ou sua dispensa, em conformidade com a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Evidentemente, a realização dessas despesas deve observar os mesmos princípios que regem a administração pública e, apesar de seu caráter excepcional, atender aos três estágios da despesa pública elencados na Lei nº 4.320, de 1964, e no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967: empenho, liquidação e pagamento.

A vantagem do uso do cartão corporativo é a utilização de um meio eletrônico de pagamento, o que confere maior agilidade, controle e segurança à gestão dos recursos. Seu uso, como regra geral, limita-se àquelas despesas de pequeno vulto, as despesas eventuais que exijam pronto pagamento e aquelas feitas em caráter sigiloso, essa última sujeita à regulamentação própria. O quadro a seguir demonstra os limites estabelecidos na Portaria nº 95, de 19 de abril de 2002, editado pelo Ministro de Estado da Fazenda, para as despesas com suprimentos de fundos.

Tabela 2 – Limites legais para compras com cartões corporativos

Natureza	Compras e serviços	Obras e serviços de engenharia
por concessão	8.000	15.000
por despesa	800	1.500

Valores em reais

Fonte: Portaria MF nº 95, de 2002. Elaboração própria.

Importante frisar que as despesas passíveis de desembolso mediante o uso de cartões corporativos somente serão consideradas elegíveis se demonstrados o pequeno vulto, o caráter excepcional da aquisição, a impossibilidade ou a vantagem de não serem submetidas ao processo normal de aplicação e, por fim, o atendimento ao interesse público. Dessa forma, despesas de caráter repetitivo são consideradas previsíveis, não sendo elegíveis para o uso de cartões do governo federal.

Há que se ressaltar ainda que as despesas classificadas como sigilosas não estão sujeitas ao teto estabelecido pela legislação e, por conseguinte, não inviabilizam a utilização do modelo da LNB para a análise dos gastos com esse meio de pagamento.

Adiante. Ao analisarmos o conceito e as vantagens do uso dessa modalidade de pagamento em comparação a outras opções, poder-se-ia deduzir que políticas claras de utilização e procedimentos de auditoria efetivos tornariam um programa de utilização de cartões de pagamento um excelente facilitador para as atividades desempenhadas pelos servidores. Infelizmente, os casos mais divulgados de má utilização dos cartões corporativos indicam que esse meio de pagamento concedeu ao servidor ou empregado a oportunidade – um dos vértices do triângulo da fraude concebido pelo criminologista Donald R. Cressey – para cometer fraude.

No Brasil, várias denúncias do mau uso do cartão corporativo vieram à tona em 2008, o que ficou conhecido na imprensa como “o escândalo dos cartões corporativos”. À época, foram identificados vários gastos que não se enquadravam nas hipóteses de utilização do CPGF⁴, ou que se destinavam a

4 A título de exemplo, foram identificados gastos com artigos desportivos, compras de eletrônicos de uso pessoal, diárias em hotéis de luxo e até mesmo compras em uma loja de artigos eróticos. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/130208/p_050.shtml>. Acesso em 29/10/2014. <<http://goo.gl/TM1ntM>>. Acesso em 29/10/2014. <<http://goo.gl/56OdMC>>. Acesso em 29/10/2014.

dispensar licitações indevidamente, resultando na demissão de um Ministro de Estado e na devolução de valores por diversas autoridades de alto escalão.

A má utilização desse meio de pagamentos não é exclusividade brasileira. Nigrini (2011), citando relatórios do *Government Accountability Office* (U.S. GAO) americano, revelou que o governo americano identificou uma série de gastos irregulares em 2001 e 2002 nos departamentos da Marinha e da Educação, incluindo, mas não limitado a, compras de artigos pessoais, eletrônicos, reformas de residências de oficiais de alto escalão, automóveis, embarcações, favorecimento de fornecedores mediante comissão (*kickbacks*), *videogames*, despesas de viagem pessoais e artigos eróticos.

Após essas constatações, o U.S. GAO iniciou procedimentos de auditoria em todas as agências e departamentos do governo federal americano, cujos resultados revelaram que 40% de todos os gastos verificados na amostra de auditoria não atendiam aos padrões básicos de controle interno estabelecidos na legislação americana (NIGRINI, 2011, p. 429).

Na mesma obra, Nigrini realizou um estudo de caso de gastos com cartões corporativos de uma empresa multinacional da indústria tecnológica. Os resultados de primeira ordem indicaram um pico no número 3, posteriormente explicados em razão de grande volume de transações referentes ao pagamento de selos postais, cujos valores estavam compreendidos entre US\$3,60 a US\$3,69. No entanto, o achado mais interessante diz respeito ao elevado número de transações cujos primeiros dígitos estavam imediatamente abaixo dos limites estabelecidos pela empresa para utilização do cartão ou em fronteiras psicológicas, como compras de US\$9,99. É dizer que, no caso daquela empresa, seus funcionários estavam realizando despesas próximas ao valor limite autorizado de maneira deliberada, de forma que se maximizasse o proveito proporcionado pelo cartão corporativo. Segundo o autor, essa é uma característica comumente encontrada nesse tipo de avaliação, razão pela qual há que se aventar a possibilidade de que o presente estudo indique um comportamento semelhante por parte dos servidores portadores de CPGF.

Para melhor compreensão da metodologia e dos resultados do presente estudo, cumpre detalhar brevemente os testes associados à LNB, segundo roteiro sugerido por Nigrini (2012), a seguir.

2.2 Testes associados à Lei de Benford

2.2.1 Teste do Primeiro Dígito

O teste do Primeiro Dígito consiste na análise da conformidade do primeiro dígito dos dados analisados com os resultados esperados pela LNB. Seus resultados apresentam uma visão inicial de eventuais anomalias no banco de dados, embora seu alcance seja limitado na hipótese de bancos de dados mais volumosos (300 ou mais registros). A frequência esperada para o primeiro dígito se dá como segue:

$$P(D = d) = \log(1 + 1/d), d \in \{1, 2, 3, \dots, 9\},$$

em que d = primeiro dígito significativo.

2.2.2 Teste do Segundo Dígito

O teste do Segundo Dígito consiste na análise do segundo dígito dos dados analisados com a LNB. Da mesma forma que o teste do primeiro dígito, seus resultados sugerem a visão geral dos dados. Diferentemente do teste anterior, no entanto, possibilita identificar possíveis vieses e redundâncias nos dados. Nigrini alerta que, no caso de dados referentes a pagamentos, o teste do Segundo Dígito tende a indicar o excesso de dígitos 0 e 5, por serem valores “redondos” e comumente utilizados na atividade comercial. A frequência esperada para o segundo dígito se dá como segue:

$$P(D_2 = d_2) = \sum_{(d_1=1)}^9 \log(1 + 1/d_1 d_2), d_2 \in \{1, 2, 3, \dots, 9\},$$

em que d_1 = primeiro dígito e d_2 = segundo dígito.

2.2.3 Teste dos Dois Primeiros Dígitos (ou teste de Primeira Ordem)

O teste dos Dois Primeiros Dígitos busca averiguar a distribuição dos dois primeiros dígitos dos números sob análise com a distribuição esperada da LNB. Esse teste já traz o refinamento mais profundo dos dados e possibilita a identificação de alterações e manipulações nos números, como arredondamentos, reduções e aproximações, com maior confiança estatística, sendo essa a razão pela qual se sugere que todos os valores do banco de dados sob análise inferiores a 10 sejam eliminados do exame, uma vez que não apresentam o segundo dígito inteiro.

Nigrini sugere que esse teste é a melhor opção dos testes primários, pois possibilita ao auditor reduzir a amostra de dados sujeitos a averiguação aprofundada. A distribuição esperada para os dois primeiros dígitos se dá como segue:

$$P(D_1 D_2 = d_1 d_2) = \log(1 + 1/d_1 d_2), d \in \{1, 2, 3, \dots, 9\},$$

em que $D_1 D_2 =$ dois primeiros dígitos.

2.2.4 Teste da Soma

Ao contrário do teste de Primeira Ordem, que utiliza a *contagem* dos números iniciados com dois primeiros dígitos quaisquer, o teste da Soma consiste, como o próprio nome sugere, na *soma* de todos os números que se iniciam com os mesmos dois primeiros dígitos (11, 12, ... 99).

Isso porque Nigrini (2012) descobriu que a soma de todos os números em uma distribuição de Benford, iniciados com os mesmos dois primeiros dígitos, tende a apresentar valores iguais, na proporção de 1/90. No entanto, o autor verificou também que dados reais raramente apresentavam essa característica, pois apresentavam alguns poucos números de elevado valor relativo ou uma série de repetições de pequeno ou médio valor. Por exemplo: os números 113, 115, 1.435, 500 e 22.5 resultariam em uma *contagem* de números iniciados com “1” igual a 3, e a *soma* desses mesmos números seria de 1.663, em razão

da discrepância do valor 1.435 em relação aos demais. Dessa forma, o teste da soma indicaria um pico na soma dos números iniciados com o dígito 1, o que indicaria: (a) elevados valores individuais (p. ex., 1.435) ou (b) grupos de números anormalmente iniciados com o mesmo dígito. O teste da soma busca indicar essas situações.

O cotejo do teste da soma com o teste de primeira ordem (teste dos dois primeiros dígitos) reúne o volume de registros (ou transações) com o valor total dos registros, o que possibilita ao auditor identificar a materialidade e a relevância das anomalias eventualmente encontradas.

2.3 Testes estatísticos

2.3.1 Teste Z

O teste Z busca identificar se a diferença entre a proporção real de um dígito em relação à distribuição esperada da LNB é estatisticamente significativa, dado um determinado grau de significância. Eis a equação:

$$Z = \frac{|PR - PE| - (1/2n)}{\sqrt{\frac{PE(1-PE)}{n}}},$$

em que PR é igual à proporção real, PE é igual à proporção esperada, e n é o número de dados. O termo no numerador é um fator de correção estatístico utilizado quando, somente quando, inferior ao primeiro termo do numerador, com impacto insignificante no cálculo. Para o presente estudo, adotou-se o valor de significância de 5%, tal qual adotado por Nigrini, o que corresponde ao limite Z de 1,96. Desse modo, os limites de tolerância superior (+) e inferior (-) são dados como se segue:

$$Limite_{\pm} = PE \pm \left(1,96 \sqrt{\frac{PE(1-PE)}{n}} \right) \pm 1/2n$$

2.3.2 Teste Qui-Quadrado

O teste Qui-Quadrado (χ^2) de Pearson também compara um conjunto de resultados reais com um conjunto de resultados esperados, com $k-1$ graus de liberdade e determinado grau de significância, sendo k o número de dígitos possíveis. Eis a equação:

$$\sum_{i=1}^k \frac{(CR - CE)^2}{CE},$$

em que CR e CE representam a contagem real e a esperada dos dígitos, respectivamente.

Para o presente estudo, o teste Qui-Quadrado será utilizado para a análise dos dois primeiros dígitos, o que, dado o valor de significância de 5%, considerando que existirão 90 dígitos possíveis, resulta em 89 graus de liberdade e no valor crítico de 112,02.

2.3.3 Teste de Kolmogorov-Smirnoff

O teste de Kolmogorov-Smirnoff ($K-S$) se baseia na função densidade acumulada, que consiste na diferença entre a soma cumulativa das proporções reais e a soma cumulativa das proporções esperadas. Após o cálculo das diferenças acumuladas para cada dígito, elege-se o maior valor dessa diferença – denominado *supremo* em estatística – e se o compara a um valor crítico, determinado por um valor de significância determinado (no caso, 5%).

$$K-S \text{ crítico} = \frac{1,36}{\sqrt{n}},$$

em que 1,36 é a constante para o valor de significância de 5%, e n é o número de dados.

Há que se salientar que tanto o teste Qui-Quadrado como o teste $K-S$ tornam-se mais sensíveis à medida que o número de dados aumenta. Considerando que o número de dados do presente estudo supera a casa das centenas de milhares, há que se observar com cautela os resultados desses dois testes.

2.3.4 Desvio Absoluto Médio

O teste do Desvio Absoluto Médio (DAM) é uma opção proposta por Nigrini (2011) para o problema dos testes Qui-Quadrado e K -S para extensos bancos de dados, pois independe do número de observações. Sua fórmula é:

$$DAM = \frac{\sum_{i=1}^k |PR - PE|}{K},$$

em que k é o número de séries dos dígitos analisados (09 para o teste do Primeiro Dígito e 90 para o dos Dois Primeiros Dígitos).

O desvio absoluto médio é uma importante métrica de dispersão de dados, porque não sofre grande influência de eventuais valores destoantes ou extremos (*outliers*) na distribuição, ao contrário de outros indicadores, como a variância e o desvio-padrão.

Não há, todavia, valor crítico estatisticamente definido para esse índice. Nigrini (2012) sugere a atualização da tabela de valores críticos anteriormente estimados por Drake e Nigrini (2000), com bases na experiência pessoal de ambos e nos casos reais de análise da conformidade de tabelas de dados de fenômenos do cotidiano com a LNB, a seguir.

Tabela 3 – Valores críticos sugeridos para o desvio absoluto médio

Dígitos	Grau de conformidade			
	Bom	Aceitável	Marginal	Não conforme
Primeiro dígito	0.000 a 0.006	0.006 a 0.012	0.012 a 0.015	acima de 0.015
Segundo dígito	0.000 a 0.008	0.008 a 0.010	0.010 a 0.012	acima de 0.012
Dois primeiros	0.000 a 0.0012	0.0012 a 0.0018	0.0018 a 0.0022	acima de 0.0022

Fonte: adaptado de Nigrini (2012). Elaboração própria.

3 Resultados

Inicialmente, cumpre recordar que, conforme exposto no item 7, foram excluídos da tabela de dados todos aqueles registros cujo valor da transação foi inferior a R\$10,00 (dez reais), por não possuírem o segundo dígito inteiro – o que inviabiliza a análise do segundo e dos dois primeiros dígitos – bem como a

sua baixa materialidade e relevância para fins de auditoria. Dessa forma, a tabela de dados utilizada para este estudo compreende todos os gastos com Cartões Corporativos do Governo Federal (CCGF) em 2013 iguais ou superiores a R\$10.00, o que corresponde a 163.928 registros.

Importante assinalar ainda que uma base de dados com esse volume de registros é considerada, para a aplicação da LNB, uma base extensa (mais que 25.000 registros), o que pode causar distorções em alguns dos testes estatísticos cujo resultado é função do número de observações, conforme aduzido no item 8.3.

A tabela seguinte ilustra o perfil dos dados examinados, classificados em razão do valor unitário de cada transação.

Tabela 4 – Histograma dos dados, por valor unitário

Valor do gasto	Frequência	%
Até R\$800,00	160.186	97,72%
De R\$800,00 a R\$1.500,00	3.042	1,86%
De R\$1.500,00 a R\$8.000,00	388	0,24%
De R\$8.000,00 a R\$15.000,00	66	0,04%
Mais de R\$15.000,00	246	0,15%
Total	163.928	100,00%

Fonte: autor. Elaboração própria.

Conforme se verifica, a maioria dos gastos efetuados com CCGFs encontra-se abaixo da linha limite de R\$800,00 estabelecida pela legislação para compras e serviços por despesa (97,72% dos gastos totais). Isso não significa, no entanto, que os demais registros possam ser relegados a segundo plano, notadamente se considerado que alguns registros alcançam valores individuais superiores a R\$1.000.000,00 (um milhão de reais). A título de exemplo, somente os registros classificados como gastos sigilosos (421 entradas ou 0,002% do total) representam o valor total próximo a R\$30 milhões, ou aproximadamente 48% de todo o gasto de 2013.

Por fim, todos os testes estatísticos realizados consideraram o valor de significância estatística de 5%, quando aplicáveis.

3.1 Análise do primeiro dígito

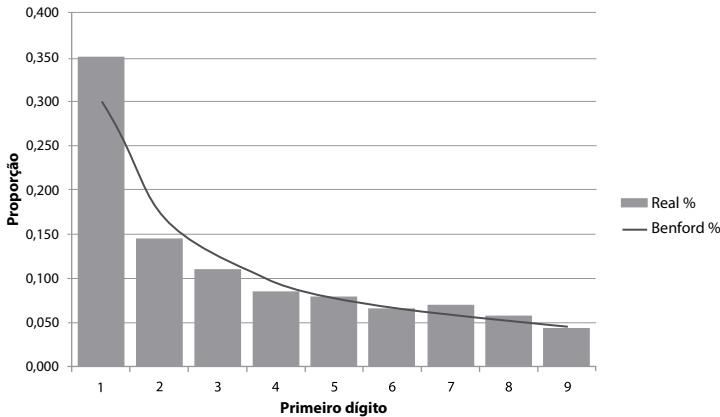
A tabela abaixo reproduz os resultados para a análise do primeiro dígito dos dados.

Tabela 5 – Resultados para o primeiro dígito

1º dígito	Benford		Real		Teste Z	Teste X ²	Teste K-S	DAM
	Frequência esperada	% esperada	Frequência	%				
1	49.347	0,301	57.434	0,350	43,54	1.325,21	0,049	0,0146
2	28.866	0,176	23.609	0,144	28,30	957,49	0,017	
3	20.481	0,125	17.833	0,109	14,26	342,35	0,001	
4	15.886	0,097	13.802	0,084	11,22	273,45	0,012	
5	12.980	0,079	12.946	0,079	0,18	0,09	0,012	
6	10.974	0,067	10.707	0,065	1,44	6,52	0,013	
7	9.507	0,058	11.378	0,069	10,07	368,43	0,002	
8	8.385	0,051	9.221	0,056	4,50	83,28	0,003	
9	7.501	0,046	6.998	0,043	2,71	33,72	0,000	
Total	163.928	1,000	163.928	1,000		3.390,55		
					Valor Z crítico	1,96		
					Valor crítico X ²	15,51		
					Valor crítico K-S	0,0034		

Fonte: elaboração própria.

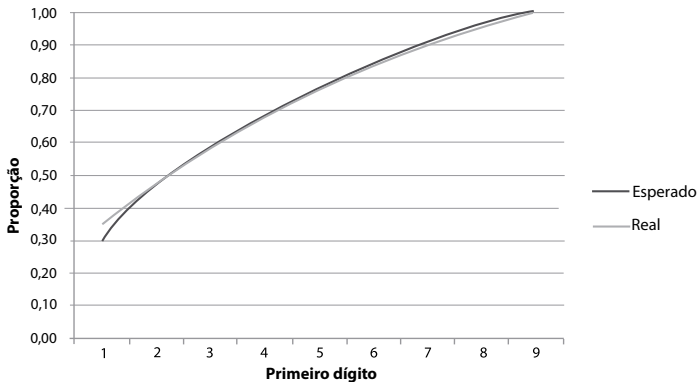
Gráfico 1 – Frequência real e esperada para o primeiro dígito



Fonte: elaboração própria.

Os testes estatísticos indicam que, à exceção dos dígitos 5 e 6, todos os demais não estão em conformidade com a LNB, sendo a diferença estatisticamente significativa com base nos testes Z, Qui-Quadrado e K-S, a seguir.

Gráfico 2 – Teste de Kolmogorov-Smirnoff para o primeiro dígito



Fonte: elaboração própria.

Tendo em conta o tamanho da base de dados, sabe-se que os testes Z, Qui-Quadrado e K-S poderiam apresentar uma sensibilidade demasiadamente elevada em relação à quantidade de registros. No entanto, o desvio absoluto médio para o primeiro dígito foi calculado em 0,0146, o que denota, segundo tabela-sugestão de Nigrini, conformidade marginal com a LNB.

3.2 Análise do segundo dígito

Antes de adentrarmos a análise do segundo dígito, cumpre tecer alguns comentários em relação às particularidades inerentes à base de dados relativos a eventos econômicos, como receitas, despesas ou preços, senão vejamos.

O teste do Segundo Dígito possui a vantagem de identificar vieses nos dados. Esse viés costuma ocorrer quando os indivíduos alvejam números específicos ou um intervalo de números destinados a ludibriar limites estabelecidos por controles internos ou legais, sejam esses reais, sejam percebidos. No presente estudo, a legislação prevê um limite para os gastos, à exceção daqueles considerados como sigilosos, o que sugere a possibilidade de vieses em valores abaixo, mas próximos, desses limites.

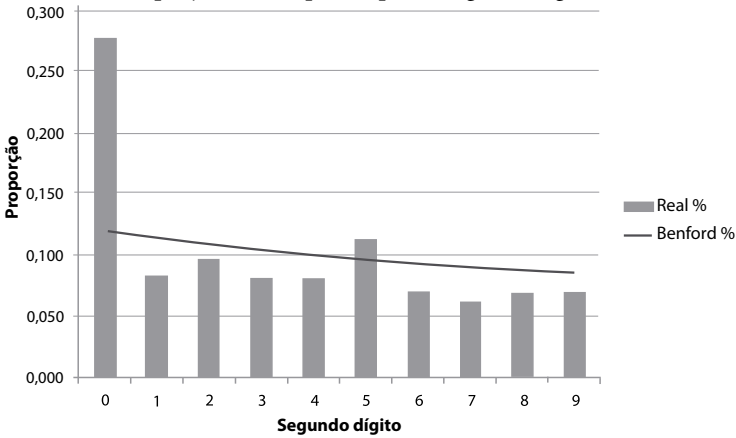
Noutro giro, a aplicação empírica da LNB tem demonstrado que, por se tratar de uma base de dados relativa a pagamentos, esse tipo de tabela geralmente apresenta excesso de dígitos 0 e 5, por conta dos números “redondos” praticados no comércio, e não constituem, como regra geral, causa para mais preocupações (NIGRINI, 2012).

A tabela seguinte apresenta os resultados para a análise do segundo dígito.

Tabela 6 – Resultados para o segundo dígito

2º dígito	Benford		Real		Teste Z	Teste X^2	Teste K-S	DAM
	Frequência esperada	%	Frequência real	%				
0	19.619	0,120	45.536	0,278	139,55	34.237,18	0,158	0,0387
1	18.670	0,114	13.520	0,082	27,73	1.420,48	0,031	
2	17.839	0,109	15.769	0,109	11,14	240,12	0,044	
3	17.103	0,104	13.204	0,081	20,99	888,70	0,068	
4	16.444	0,100	13.364	0,082	16,58	576,76	0,087	
5	15.849	0,097	18.510	0,113	14,33	446,93	0,070	
6	15.306	0,093	11.384	0,069	21,11	1.004,95	0,094	
7	14.811	0,090	10.116	0,062	25,28	1.488,23	0,123	
8	14.355	0,088	11.227	0,068	16,84	681,67	0,142	
9	13.934	0,085	11.298	0,069	14,19	498,63	0,158	
Total	163.928	1,000	163.928	1,000		7.246,48		
						Valor Z crítico	1,96	
						Valor crítico X^2	16,92	
						Valor crítico K-S	0,0034	

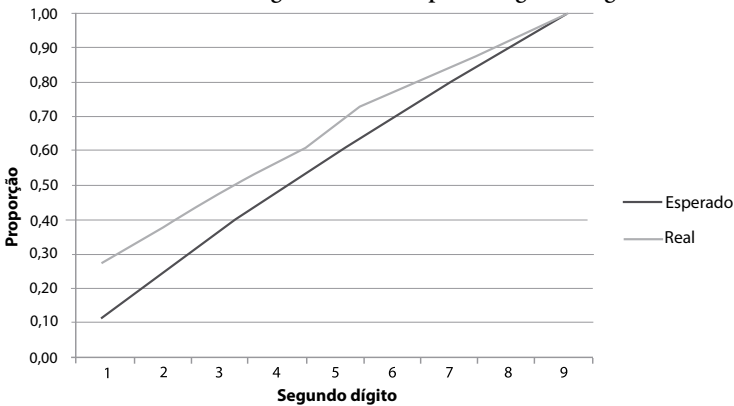
Gráfico 3 – Proporção real e esperada para o segundo dígito



Fonte: elaboração própria.

Os resultados parecem corroborar as peculiaridades acima descritas: há excesso de segundos dígitos 0 e 5 e frequência menor para os demais dígitos. Essa peculiaridade implica cautela na análise da conformidade dos dados com o modelo da LNB, tanto mais se considerada a sensibilidade dos principais testes estatísticos ao tamanho da base de dados. Tal discrepância fica evidente no teste K-S do segundo dígito, a seguir.

Gráfico 4 – Teste de Kolmogorov-Smirnoff para o segundo dígito



Fonte: elaboração própria.

Não obstante as ressalvas aqui colocadas, o desvio absoluto médio, utilizado para bases maiores, resultou em 0.0349, o que indica uma não conformidade com o modelo da LNB, de sorte que não se pode descartar a possibilidade de exame mais acurado nos gastos.

3.3 Análise dos dois primeiros dígitos

A tabela seguinte apresenta os resultados para o teste dos Dois Primeiros Dígitos – ou teste de Primeira Ordem – dos gastos com cartões de pagamento.

Tabela 7 – Resultados para os dois primeiros dígitos

1º e 2º	Benford		Real		Teste Z	Teste X ²	Teste K-S	DAM
	freq. Esperada	%	freq. Real	%				
10	6.785	0,0414	12.994	0,0793	33,43	5.680,78	0,038	0,0045
11	6.195	0,0378	6.633	0,0405	2,36	31,03	0,041	
12	5.698	0,0348	7.486	0,0457	9,62	560,71	0,051	
13	5.276	0,0322	6.133	0,0374	4,61	139,22	0,057	
14	4.912	0,0300	5.414	0,0330	2,70	51,34	0,060	
15	4.595	0,0280	5.961	0,0364	7,35	406,29	0,068	
16	4.316	0,0263	3.956	0,0241	1,94	30,04	0,066	
17	4.069	0,0248	3.049	0,0186	5,49	255,81	0,060	
18	3.849	0,0235	3.055	0,0186	4,27	163,87	0,055	
19	3.652	0,0223	2.753	0,0168	4,84	221,18	0,049	
20	3.474	0,0212	5.844	0,0356	12,76	1.617,72	0,064	
21	3.312	0,0202	1.890	0,0115	7,65	610,47	0,055	
22	3.165	0,0193	2.089	0,0127	5,79	365,61	0,049	
23	3.030	0,0185	1.714	0,0105	7,08	571,53	0,041	
24	2.906	0,0177	2.090	0,0127	4,39	229,25	0,036	
25	2.792	0,0170	3.190	0,0195	2,14	56,66	0,038	
26	2.687	0,0164	1.677	0,0102	5,43	379,55	0,032	
27	2.589	0,0158	1.753	0,0107	4,50	270,01	0,027	
28	2.498	0,0152	1.769	0,0108	3,92	212,87	0,022	
29	2.414	0,0147	1.593	0,0097	4,42	278,97	0,017	
30	2.334	0,0142	5.068	0,0309	14,72	3.201,04	0,034	
31	2.260	0,0138	1.253	0,0076	5,42	448,89	0,028	
32	2.191	0,0134	1.506	0,0092	3,68	214,02	0,024	
33	2.125	0,0130	1.207	0,0074	4,94	396,79	0,018	

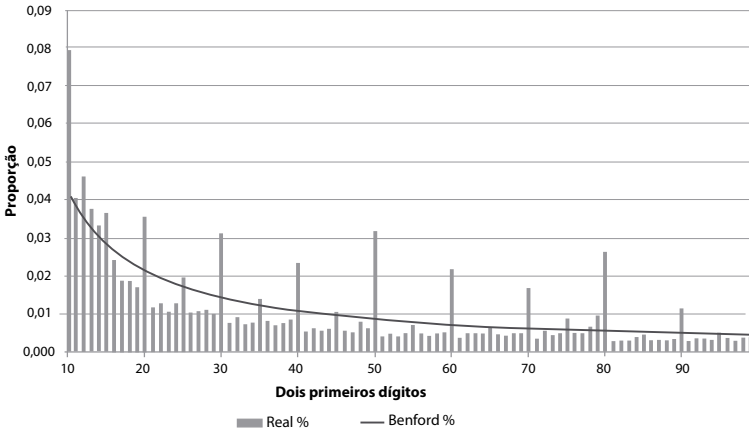
**Aplicação da Lei de Newcomb-Benford na Identificação de Irregularidades:
o exemplo dos gastos com cartões de pagamento do governo federal**

34	2.064	0,0126	1.238	0,0076	4,44	330,37	0,013
35	2.006	0,0122	2.280	0,0139	1,47	37,55	0,015
36	1.951	0,0119	1.369	0,0084	3,13	173,42	0,011
37	1.899	0,0116	1.173	0,0072	3,90	277,30	0,007
38	1.849	0,0113	1.293	0,0079	2,99	167,33	0,003
39	1.802	0,0110	1.446	0,0088	1,92	70,49	0,001
40	1.758	0,0107	3.863	0,0236	11,33	2.520,71	0,014
41	1.716	0,0105	883	0,0054	4,48	404,05	0,009
42	1.675	0,0102	1.081	0,0066	3,20	210,77	0,005
43	1.637	0,0100	929	0,0057	3,81	306,00	0,001
44	1.600	0,0098	1.036	0,0063	3,03	198,76	0,003
45	1.565	0,0095	1.788	0,0109	1,20	31,85	0,001
46	1.531	0,0093	934	0,0057	3,21	232,85	0,005
47	1.499	0,0091	898	0,0055	3,23	240,87	0,008
48	1.468	0,0090	1.326	0,0081	0,76	13,73	0,009
49	1.438	0,0088	1.064	0,0065	2,01	97,40	0,012
50	1.410	0,0086	5.275	0,0322	20,81	10.596,97	0,012
51	1.382	0,0084	714	0,0044	3,60	323,20	0,008
52	1.356	0,0083	872	0,0053	2,60	172,81	0,005
53	1.331	0,0081	714	0,0044	3,32	285,84	0,001
54	1.306	0,0080	898	0,0055	2,20	127,64	0,001
55	1.283	0,0078	1.164	0,0071	0,64	11,00	0,002
56	1.260	0,0077	832	0,0051	2,30	145,43	0,005
57	1.238	0,0076	762	0,0046	2,56	183,12	0,008
58	1.217	0,0074	828	0,0051	2,09	124,34	0,010
59	1.197	0,0073	887	0,0054	1,66	80,08	0,012
60	1.177	0,0072	3.623	0,0221	13,17	5.085,13	0,003
61	1.158	0,0071	602	0,0037	2,99	266,69	0,000
62	1.139	0,0069	775	0,0047	1,96	116,39	0,003
63	1.121	0,0068	768	0,0047	1,90	111,25	0,005
64	1.104	0,0067	779	0,0048	1,75	95,57	0,007
65	1.087	0,0066	1.117	0,0068	0,16	0,83	0,006
66	1.071	0,0065	746	0,0046	1,75	98,41	0,008
67	1.055	0,0064	702	0,0043	1,90	117,96	0,011
68	1.039	0,0063	790	0,0048	1,34	59,81	0,012
69	1.024	0,0062	805	0,0049	1,18	46,98	0,013
70	1.010	0,0062	2.730	0,0167	9,26	2.930,07	0,003
71	996	0,0061	636	0,0039	1,93	129,96	0,005
72	982	0,0060	923	0,0056	0,31	3,54	0,006

73	969	0,0059	690	0,0042	1,50	80,15	0,007
74	956	0,0058	790	0,0048	0,89	28,71	0,008
75	943	0,0058	1.431	0,0087	2,63	252,58	0,005
76	931	0,0057	787	0,0048	0,77	22,17	0,006
77	919	0,0056	765	0,0047	0,82	25,69	0,007
78	907	0,0055	1.068	0,0065	0,86	28,61	0,006
79	896	0,0055	1.558	0,0095	3,56	490,08	0,002
80	884	0,0054	4.289	0,0262	18,33	13.106,47	0,019
81	874	0,0053	452	0,0028	2,27	203,42	0,016
82	863	0,0053	504	0,0031	1,93	149,31	0,014
83	853	0,0052	524	0,0032	1,77	126,66	0,012
84	843	0,0051	615	0,0038	1,22	61,45	0,011
85	833	0,0051	757	0,0046	0,40	6,88	0,010
86	823	0,0050	496	0,0030	1,76	129,96	0,008
87	814	0,0050	514	0,0031	1,61	110,35	0,006
88	804	0,0049	503	0,0031	1,62	112,96	0,004
89	795	0,0049	567	0,0035	1,23	65,62	0,003
90	787	0,0048	1.850	0,0113	5,72	1.437,28	0,010
91	778	0,0047	457	0,0028	1,73	132,49	0,008
92	770	0,0047	533	0,0033	1,27	72,77	0,006
93	761	0,0046	525	0,0032	1,27	73,41	0,005
94	753	0,0046	504	0,0031	1,34	82,54	0,003
95	745	0,0045	822	0,0050	0,41	7,85	0,004
96	738	0,0045	587	0,0036	0,81	30,81	0,003
97	730	0,0045	500	0,0031	1,24	72,57	0,001
98	723	0,0044	595	0,0036	0,69	22,59	0,001
99	716	0,0044	625	0,0038	0,48	11,45	0,000
Total	163.928	1,000	163.928	1,000		59.765,01	
						Valor Z crítico	1,96
						Valor crítico X ²	112,02
						Valor crítico K-S	0,0034

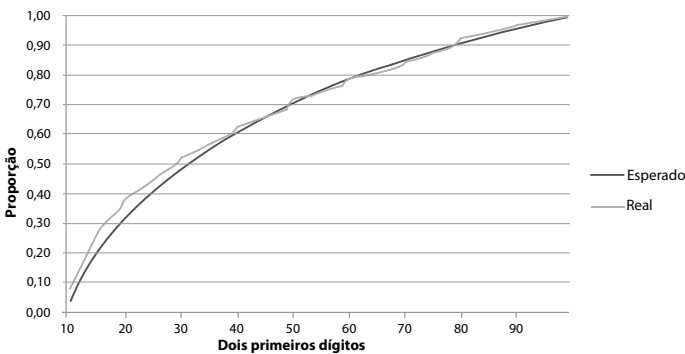
Fonte: elaboração própria.

Gráfico 5 – Proporção real e esperada para os dois primeiros dígitos



Fonte: elaboração própria.

Gráfico 6 – Teste de Kolmogorov-Smirnoff para os dois primeiros dígitos



Fonte: elaboração própria.

Como se depreende dos gráficos acima, os resultados indicam um padrão intrigante no comportamento dos números da tabela, com picos em todos os dígitos iniciados com uma dezena inteira (10, 20, 30, 40, 50, 60, 70, 80 e 90), além de picos menores nos valores iniciados com 13, 14, 15, 78 e 79. Esse comportamento sugere, se considerados os limites de R\$800, R\$1.500, R\$8.000 e R\$15.000 (primeiros dois dígitos 80 e 15), que os gastos podem ter sido arredondados para valores inteiros – no caso das dezenas – ou manipulados de forma que fiquem em um patamar imediatamente abaixo aos limites impostos pela legislação, o que sugere mais aprofundamento em eventual auditoria.

3.4 Teste da Soma

Após os testes estatísticos, foi realizado o teste da Soma, que significa o cotejo da frequência dos dígitos com a soma do valor total dos números por eles iniciados. Eis os resultados:

Tabela 8 – Teste da soma para os dois primeiros dígitos

Dígitos	Frequência	% freq.	Valor total	% Valor
10	12.994	7,93	3.382.179,40	5,47
11	6.633	4,05	1.035.032,45	1,68
12	7.486	4,57	2.404.288,06	3,89
13	6.133	3,74	2.280.526,24	3,69
14	5.414	3,30	1.044.469,52	1,69
15	5.961	3,64	967.696,64	1,57
16	3.956	2,41	5.914.266,18	9,57
17	3.049	1,86	742.310,30	1,20
18	3.055	1,86	594.398,10	0,96
19	2.753	1,68	512.580,58	0,83
20	5.844	3,56	1.132.796,45	1,83
21	1.890	1,15	881.752,34	1,43
22	2.089	1,27	684.691,49	1,11
23	1.714	1,05	401.064,83	0,65
24	2.090	1,27	452.928,52	0,73
25	3.190	1,95	886.931,29	1,44
26	1.677	1,02	399.822,24	0,65
27	1.753	1,07	811.767,19	1,31
28	1.769	1,08	446.318,79	0,72
29	1.593	0,97	868.899,93	1,41
30	5.068	3,09	934.492,68	1,51
31	1.253	0,76	803.976,60	1,30
32	1.506	0,92	456.165,62	0,74
33	1.207	0,74	498.193,42	0,81
34	1.238	0,76	750.101,03	1,21
35	2.280	1,39	886.460,16	1,43
36	1.369	0,84	702.072,67	1,14

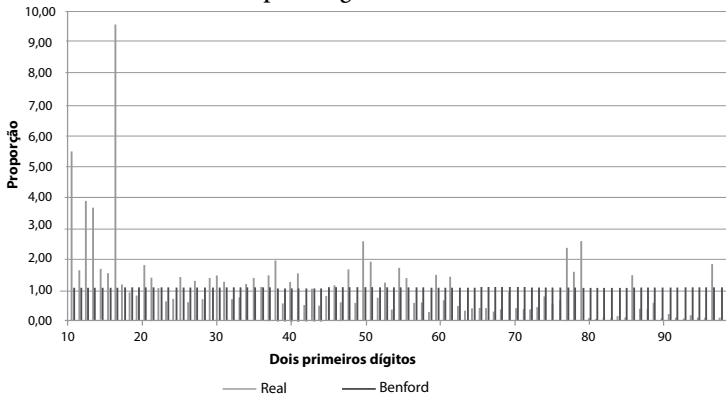
Aplicação da Lei de Newcomb-Benford na Identificação de Irregularidades:
o exemplo dos gastos com cartões de pagamento do governo federal

37	1.173	0,72	915.309,04	1,48
38	1.293	0,79	1.232.031,60	1,99
39	1.446	0,88	380.273,63	0,62
40	3.863	2,36	797.519,93	1,29
41	883	0,54	969.580,77	1,57
42	1.081	0,66	324.517,99	0,53
43	929	0,57	654.923,45	1,06
44	1.036	0,63	331.596,91	0,54
45	1.788	1,09	517.684,87	0,84
46	934	0,57	736.860,11	1,19
47	898	0,55	378.513,42	0,61
48	1.326	0,81	1.048.666,52	1,70
49	1.064	0,65	368.204,03	0,60
50	5.275	3,22	1.606.120,68	2,60
51	714	0,44	1.199.718,98	1,94
52	872	0,53	484.431,81	0,78
53	714	0,44	766.323,32	1,24
54	898	0,55	237.887,47	0,39
55	1.164	0,71	1.065.861,43	1,73
56	832	0,51	876.371,47	1,42
57	762	0,46	384.038,15	0,62
58	828	0,51	369.744,13	0,60
59	887	0,54	210.961,98	0,34
60	3.623	2,21	944.426,03	1,53
61	602	0,37	424.661,30	0,69
62	775	0,47	900.240,07	1,46
63	768	0,47	331.978,37	0,54
64	779	0,48	215.731,34	0,35
65	1.117	0,68	281.105,89	0,46
66	746	0,46	270.371,43	0,44
67	702	0,43	278.028,92	0,45
68	790	0,48	201.542,85	0,33
69	805	0,49	237.540,35	0,38
70	2.730	1,67	597.815,01	0,97
71	636	0,39	262.959,35	0,43

72	923	0,56	255.434,41	0,41
73	690	0,42	253.067,89	0,41
74	790	0,48	306.793,34	0,50
75	1.431	0,87	507.861,76	0,82
76	787	0,48	337.501,10	0,55
77	765	0,47	427.598,99	0,69
78	1.068	0,65	1.462.441,54	2,37
79	1.558	0,95	995.662,11	1,61
80	4.289	2,62	1.605.480,22	2,60
81	452	0,28	62.342,22	0,10
82	504	0,31	68.850,09	0,11
83	524	0,32	67.728,07	0,11
84	615	0,38	68.493,16	0,11
85	757	0,46	113.606,14	0,18
86	496	0,30	69.287,61	0,11
87	514	0,31	935.828,19	1,51
88	503	0,31	53.934,11	0,09
89	567	0,35	252.460,74	0,41
90	1.850	1,13	379.351,48	0,61
91	457	0,28	64.757,46	0,10
92	533	0,33	158.573,23	0,26
93	525	0,32	78.327,64	0,13
94	504	0,31	58.554,13	0,09
95	822	0,50	131.387,40	0,21
96	587	0,36	83.335,87	0,13
97	500	0,31	63.543,93	0,10
98	595	0,36	1.158.093,46	1,87
99	625	0,38	75.549,87	0,12
Total	163.928	100,00	61.775.571,48	100,00

Fonte: elaboração própria.

Gráfico 7 – Teste da soma para os gastos totais



Fonte: elaboração própria.

Os resultados indicam um grande pico no dígito 16, além de outros picos menores nos dígitos 10, 12, 13, 38, 50, 78 e 80. Em tabelas relativas a pagamentos, como é o caso da Tabela 8, um pico de magnitude, como a do dígito 16, indica uma transação de expressivo valor ou vários pagamentos de menor magnitude concentrados nessa região, o que exige aprofundamento mais detalhado por parte do auditor. Em relação aos demais dígitos, verifica-se que eles não apresentam a mesma magnitude no teste de primeira ordem, indicando que, embora a *contagem* dos valores tenha sido mais alta que a esperada, os valores correspondentes relativamente menores, e a *soma* se situou abaixo da média.

Noutro giro, o mesmo padrão de concentração de números iniciados com dezenas inteiras se verifica no teste da soma, o que aponta para a necessidade de maior detalhamento desses gastos.

3.5 Identificação dos gastos desviantes

Como já exposto ao longo deste trabalho, os testes associados à Lei de Benford são utilizados para apontar desvios nos números que indiquem possíveis irregularidades, o que não implica, *per se*, uma conclusão definitiva de adulteração nos registros. Sua função é facilitar os trabalhos subsequentes de auditoria e fiscalização.

No estudo em tela, os testes estatísticos indicaram um grande desvio nos valores iniciados com o dígito 16, que correspondem a 3.956 valores em valor total de R\$5.914.266,18, ou quase 10% de todos os gastos em 2013.

Sem a pretensão de aprofundar a análise em todos os valores iniciados com os dígitos que apresentaram desvios em relação à LNB nesse caso, buscou-se, a título exemplificativo da aplicabilidade forense do modelo, identificar que tipo de irregularidades poderia haver nos registros iniciados com 16. Para melhor compreensão dos valores envolvidos, foram selecionados inicialmente somente aqueles valores iniciados com 16 e superiores a R\$10.000,00. Importante frisar que **os gastos acima desse valor de corte não são necessariamente sigilosos**, tendo em conta que a legislação permite a utilização do CPGF para gastos com obras e serviços de engenharia de até R\$15.000,00. Eis o resultado:

Tabela 9 – Gastos superiores a R\$10.000,00 que se iniciam com o dígito 16

Unidade gestora	CPF do portador	Nome do portador	Transação	Data	Favorecido	Valor
FCDF SSP – Polícia Civil do DF	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	16.740,00
Superintendência Regional no estado do MS	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	16.177,34
Superintendência Regional no estado do GO	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	16.556,72
Superintendência Regional no estado do CE	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	16.626,16
Superintendência Regional no estado do GO	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	16.213,68
Agência Brasileira de Inteligência	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	1.639.712,97
Superintendência Regional da Polícia Federal em MG	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	16.874,80
Superintendência Regional no estado de SP	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	164.024,88
Superintendência Regional no estado de RN	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	16.618,52
Delegacia de Polícia Federal em Foz do Iguaçu	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	16.337,06
Agência Brasileira de Inteligência	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	1.663.209,18
Superintendência Regional no estado da PB	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	16.463,13
Superintendência Regional no estado da GO	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	16.987,46
Agência Brasileira de Inteligência	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	Sigiloso	1.689.402,35

Gastos superiores a R\$10.000,00 que se iniciam com o dígito 16. Elaboração própria.

A amostra acima, compreendida por quatorze registros inteiramente protegidos por sigilo, alcança montante superior a R\$5,3 milhões, o que equivale a aproximadamente 90% de todos os registros iniciados com o dígito 16 e 8,6% de todos os gastos com CCGF de 2013.

Detalhando ainda mais a análise acima, foram selecionadas todas as despesas iniciadas com o dígito 16 de valor igual ou superior ao menor limite estabelecido pela legislação, de R\$800,00. Eis os resultados:

Tabela 10 – Gastos superiores a R\$800,00 que se iniciam com o dígito 16

Unidade Gestora	Favorecido	Valor
Agência Brasileira de Inteligência	Sigiloso	1.689.402,35
Agência Brasileira de Inteligência	Sigiloso	1.663.209,18
Agência Brasileira de Inteligência	Sigiloso	1.639.712,97
Superintendência Regional no estado de SP	Sigiloso	164.024,88
Superintendência Regional no estado do GO	Sigiloso	16.987,46
Superintendência Regional da Polícia Federal em MG	Sigiloso	16.874,80
FCDF SSP – Polícia Civil do DF	Sigiloso	16.740,00
Superintendência Regional no estado do CE	Sigiloso	16.626,16
Superintendência Regional no estado do RN	Sigiloso	16.618,52
Superintendência Regional no estado do GO	Sigiloso	16.556,72
Superintendência Regional no estado da PB	Sigiloso	16.463,13
Delegacia de Polícia Federal em Foz do Iguaçu	Sigiloso	16.337,06
Superintendência Regional no estado do GO	Sigiloso	16.213,68
Superintendência Regional no estado do MS	Sigiloso	16.177,34
15º Batalhão de Infantaria Motorizado	Posto Planalto LTDA [Posto Planalto]	1.699,29
5º Batalhão Logístico	Lenzi & Marketing – Comércio e Serviços de Auto Peças LTDA - ME [Lenzi]	1.697,50
15º Batalhão de Infantaria Motorizado	Posto Planalto LTDA [Posto Planalto]	1.693,91
Base Aérea de Santa Maria	Nuncio e Scaramussa LTDA - ME [Maxion motor peças]	1.683,00
Departamento de Administração Interna – MD	Coco Bambu Lago Sul Comércio de Alimentos LTDA - ME [Coco Bambu Frutos do Mar]	1.680,09
Distrito Sanit. Esp. Indígena – Cuiabá	Jaime José Bastos de Araújo - ME [Pantanal Calhas]	1.680,00
Inst. Fed. de Educ. Ciênc. e Tec. de Alagoas	Recuperação de Máquinas Elétricas e Comércio LTDA - EPP [Remec]	1.678,00
Superintendência Regional do Trabalho e Emprego/RO	Freitas & Cia LTDA [Barbosa Distribuição]	1.675,00
16º Batalhão de Infantaria Motorizado	A P de Souza Galvão Produtos Alimentícios - ME [Comercial Galvão]	1.669,52
9º Batalhão de Suprimento	M. do Carmo Alves Knupp - ME [Casa dos Pães]	1.664,00
Comando 11 Brigada Infantaria Leve (GLO)	Dental Ricardo Tanaka LTDA	1.664,00
Hospital Geral de Fortaleza	Infarma Produtos Farmacêuticos e Cosméticos SA [Farmácia Extrafarma]	1.661,43
Indústria de Material Bélico do Brasil – Sede	Hotel Atlântico Sul LTDA	1.665,30
14º Batalhão Logístico	PG Prime Automóveis LTDA [AUDI PG PRIME]	1.651,23
Instituto Chico Mendes – Sede	Leandro Farias Barros - ME (Socopias)	1.650,00
Superintendência Regional no estado do CE	Sigiloso	1.642,06
Delegacia de Polícia Federal em Santos	Sigiloso	1.639,55
16º Batalhão de Infantaria Motorizado	A P de Souza Galvão Produtos alimentícios - ME (Comercial Galvão)	1.634,76

16º Batalhão de Infantaria Motorizado	A P de Souza Galvão Produtos alimentícios - ME (Comercial Galvão)	1.634,75
3º Grupo de Artilharia Antiaérea	Cláudia Carrasco Medeiros - ME (Panifício Vitrine Pães)	1.625,00
Base Administrativa da BDA de Op. Especiais	Riocom Propaganda & Marketing LTDA - ME	1.623,52
Departamento de Administração Interna – MD	Marcia S Catering LTDA - EPP	1.615,85
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro	Lab Research do Brasil Comércio de Produtos para pesquisas ltda - EPP [Lab Rese]	1.600,00
9º Batalhão de Suprimento	V. G. Auto Mecânica LTDA - ME [V. G. Auto Mecânica]	1.600,00
Colégio Militar de Santa Maria	Nomemacher Restaurante e Conveniência LTDA - ME [Restaurante dos Bambus LTDA]	1.600,00
Unidade Estadual do IBGE no Acre	A. F. Almeida Souza [Expressinho Jurua]	1.600,00
Total		6.364.862,01

Fonte: Elaboração própria.

Como se verifica na tabela acima, ainda que se considere o valor de corte de R\$800,00, temos que 99,26% dos registros iniciados com o dígito 16 ainda são protegidos por sigilo, o que impossibilita, dentro do alcance deste trabalho, a análise das possíveis justificativas para os valores acima declinados. Sem embargo, já é possível identificar naqueles gastos não sigilosos situações que sugerem mais esclarecimento, a exemplo da despesa de R\$1.680,09 e R\$1.615,85 efetuada pelo Departamento de Administração Interna do Ministério da Defesa em favor, respectivamente, de Coco Bambu Lago Sul, restaurante especializado em frutos do mar localizado em bairro nobre de Brasília, e de serviços de bufê (Marcia S Catering Ltda. EPP), despesa que não se presume, *a priori*, eventual.

Por fim, cumpre lembrar que os exemplos acima referem-se somente à análise pormenorizada dos gastos iniciados com o dígito 16, sem adentrar as demais despesas cujo primeiro dígito também apresentou indícios de irregularidades, como aquelas iniciadas com 10, 12, 13, 38, 50, 78 e 80.

4 Conclusão

Como restou demonstrado, a análise do primeiro, do segundo e dos dois primeiros dígitos dos gastos com CCGF em 2013 apresenta desvios estatisticamente significantes em relação à LNB, o que implica a rejeição da hipótese nula de pesquisa de que os gastos seguem a distribuição esperada de Benford.

Cumpra aqui repisar que desvios em relação à LNB não constituem confirmação definitiva de adulteração ou manipulação dos dados, assim como a conformidade com o modelo não assegura sua fidedignidade. As situações que apresentam desvios em relação ao modelo sugerem exame mais acurado dos valores correspondentes, servindo como instrumento de otimização da alocação dos recursos de fiscalização da Controladoria-Geral da União, na medida em que limita a discricionariedade no exercício do seu poder fiscalizatório.

O teste do Primeiro Dígito demonstrou conformidade marginal com a LNB, com desvios estatisticamente significantes a maior nos dígitos 1, 7 e 8. Considerando os limites impostos pela legislação de R\$800, R\$1.500, R\$8.000 e R\$15.000, aventa-se a possibilidade de esses desvios estarem relacionados a arredondamentos ou a despesas logo abaixo dos limiares legais.

O teste do Segundo Dígito demonstrou a não conformidade com a LNB. No entanto, a distribuição apresentou características semelhantes às de demais tabelas relativas a gastos corporativos, vendas, rendimentos ou preços, qual seja, a presença maior de segundo dígito 0 e 5, peculiaridade atribuída ao fato de ser prática do comércio adotar valores “redondos” ou logo abaixo de limites psicológicos, o que não desperta preocupações.

O teste dos Dois Primeiros Dígitos demonstrou a não conformidade com a LNB, com pico nos valores correspondentes a dezenas inteiras (10, 20, 30, 40 ...), o que sugere mais investigações.

O teste da Soma demonstrou um pico extremo nos valores iniciados com o dígito 16, além de concentrações menores nos valores correspondentes a dezenas inteiras. Em uma análise específica do dígito 16, foram encontrados gastos que sugerem mais esclarecimento, embora não tenha sido possível identificar as razões para os gastos de maior vulto, ante o sigilo legal imposto à divulgação de mais informações a seu respeito.

Os testes estatísticos comumente utilizados, à exceção do desvio absoluto médio, apresentaram uma sensibilidade matemática exacerbada quando aplicados a base de dados extensas (mais de 25.000 registros), o que sugere cautela em sua interpretação e aplicação em investigações forenses reais em bases volumosas.

Por fim, o presente estudo demonstrou a aplicabilidade da LNB como uma ferramenta auxiliar aos trabalhos de auditoria e fiscalização, de sorte que não

se vislumbra óbice a sua adoção como prática sistemática ou sua utilização em outras bases de dados.

Referências

- BENFORD, Frank. **The Law of Anomalous Numbers. Proceedings of the American Philosophical Society.** Nº 78, p. 551-572, 1938.
- CECCATO, Flávia R. C. **Aplicações da Lei Newcomb-Benford à Auditoria de Obras Públicas.** 2013. 486 f. Dissertação (mestrado). Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de Brasília, Brasília. 2013.
- COSTA, José Isidio de Freitas, et al. **Análise de Conformidade da Lei de Newcomb-Benford no Ambiente de Auditoria Contínua: uma proposta de identificação de desvios no tempo.** XXXVII Encontro da ANPAD. Rio de Janeiro: ANPAD, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** 2ª ed, p.112-137. São Paulo: Atlas, 2001.
- KRAKAR, Zdravko; ŽGELA, Mario. **Application of Benford's Law in Payment Systems Auditing.** Journal of Information and Organizational Sciences, vol. 33, nº 01, p. 39-51. 2009.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 18ª ed, p. 127-133. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- NIGRINI, Mark J. **The Detection of Income Tax Evasion Through an Analysis of Digital Frequencies.** 1992. (326 f). Tese de Ph.D. Cincinnati, Ohio: University of Cincinnati, 1992.
- _____. **Forensic Analytics: methods and techniques for forensic accounting investigations.** New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2011.
- _____. **Benford's Law: applications for forensic accounting auditing, and fraud detection.** Hoboken, New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2012.
- RAIMI, Ralph A. **The Peculiar Distribution of First Significant Digits.**

Scientific American, 221 (6), p. 109-120. 1969.

RÉGNIER, João Roberto Santos. **Discricionariedade Administrativa: significação, efeitos e controle.** P. 27-32. São Paulo: Malheiros, 1997.

ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade Técnica na Regulação Econômica.** P. 48-77. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Josenildo dos, et al. **Aplicações da Lei de Newcomb-Benford na Auditoria Tributária do Imposto sobre Serviços de qualquer Natureza (ISS).** Revista Contabilidade & Finanças, vol. 20, nº 49, p. 79-94. 2009.

TOURINHO, Rita Andréa R. A. **Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade & Controle Principiológico,** p. 17-50. Curitiba: Juruá, 2004.

A Lavagem de Dinheiro como Ameaça à Estabilidade Financeira: uma abordagem baseada em risco¹

Mauro Salvo*

Introdução. 1 Base teórica. 2 Como o tema tem sido tratado. 3 Abordagem Baseada em Risco. 4 Considerações finais.

Resumo

Este artigo objetiva demonstrar como o crime de lavagem de dinheiro pode provocar instabilidade financeira. Para isso, far-se-á uso da teoria econômica do crime e tratar-se-á o problema como decorrente da assimetria de informação. Devido à carência de estatísticas sobre o tema, será proposta a abordagem baseada em matriz de risco para mensurar as ameaças da lavagem de dinheiro para a estabilidade do sistema financeiro doméstico ou global. Ao final do trabalho, pretende-se ter evidenciado a gravidade do assunto e a necessidade de especial atenção à coleta de dados estatísticos; o monitoramento focado no mapeamento do problema micro e macroprudencial, tanto do setor financeiro quanto do setor real da economia; a supervisão intrusiva, cética, abrangente, adaptada, proativa e conclusiva; a adequação da regulamentação, quando for o caso; e a punição dissuasiva.

Palavras-chave: Estabilidade financeira. Abordagem baseada em risco. Lavagem de dinheiro. Teoria econômica do crime.

* Doutor em Economia e analista do Banco Central do Brasil.

1 As opiniões expressas neste trabalho são exclusivamente do autor e não refletem, necessariamente, a visão da instituição em que o servidor trabalha.

Money Laundering as a Threat to Financial Stability: a risk-based approach

Abstract

The purpose of this article is to show how the crime of money laundering may lead to financial instability. To that end, we are going to use the economic theory of crime and address the issue as one deriving from information asymmetry. Because of the lack of statistics on the topic, we are going to apply an approach based on a risk matrix to assess the money laundering threats to the stability of the domestic or global financial system. By the end of this paper, we plan to have clearly shown how serious this issue is and the need for special attention to the collection of statistic data; monitoring focused on mapping the micro and macroprudential problems, both in the financial sector and the economy's actual sector; intrusive, skeptical, comprehensive, adapted, proactive, and conclusive oversight; regulation adjustments, as the case may be; and dissuasive punishment.

Keywords: *Financial stability. Risk-based approach. Money laundering. Economic theory of crime.*

Introdução

O objetivo deste artigo é explicar teoricamente como o crime de lavagem de dinheiro pode comprometer a estabilidade financeira de uma economia. O problema estaria relacionado com a racionalidade econômica do lavador de dinheiro *vis a vis* ao investidor-padrão. O lavador de dinheiro maximiza seu retorno e minimiza seus riscos não em termos não financeiros. Em outras palavras, sua otimização se dá pela redução da probabilidade de ver descoberta a origem de seus recursos e, dessa forma, ser desmascarado e punido. Portanto os fluxos podem, em determinados momentos, seguir direções opostas ao esperado, confundindo a racionalidade risco/retorno financeiro. Caberia aos reguladores e aos supervisores, na medida do possível, separar as transações de acordo com sua racionalidade ou, no mínimo, ter sempre em mente que nem todas as operações seguem o mesmo raciocínio.

Para o objetivo proposto, serão utilizadas a teoria econômica do crime e a abordagem Agente-Principal na demonstração do impacto da contaminação dos mercados por esse tipo de atividade criminosa e seus riscos para a estabilidade financeira. Neste trabalho será sugerida a Abordagem Baseada em Risco (*Risk Based Approach – RBA*) como metodologia para mensuração do risco de lavagem de dinheiro numa economia. Para isso, será utilizado o esboço de uma matriz de risco.

É importante ter em mente que, embora grande parte dos trabalhos citados se refira ao crime de lavagem de dinheiro como um crime transfronteiriço, ele pode ocorrer dentro de qualquer país, causando danos similares aos danos tratados no decorrer do texto.

1 Base teórica

As pessoas respondem por incentivos, ou seja, tomam decisões comparando custos e benefícios. Assim, seu comportamento pode mudar quando essa relação se altera. Esse pensamento pode ser utilizado para qualquer ação humana, mesmo para ações criminosas, visto tratar-se de atividades do homem. Gary Becker (1968), com o artigo seminal *Crime and Punishment: an economic approach*, impôs um marco à abordagem sobre os determinantes da criminalidade, ao desenvolver um modelo formal em que o ato criminoso decorreria de avaliação racional em torno dos benefícios e custos esperados nele envolvidos, comparados aos resultados da alocação do seu tempo no mercado de trabalho legal. A decisão de cometer ou não o crime resultaria de um processo de maximização de utilidade esperada, em que o indivíduo confrontaria, de um lado, os potenciais ganhos resultantes da ação criminosa, o valor da punição e a probabilidade de detenção e aprisionamento associados; de outro, o custo de oportunidade de cometer crime, traduzido pelo salário alternativo no mercado de trabalho.

Seguindo Gary Becker (1968), os economistas estão cada vez mais convencidos de que incentivos de ordem econômica podem ser fatores determinantes no envolvimento dos indivíduos com o crime (ao menos no que diz respeito aos delitos contra a propriedade). Burdett (1999), na tradição de pesquisa de Gary

Becker, traz à baila o conceito de “custo-benefício do crime”, fazendo-o central em suas formulações. A ideia central é que as ações ilícitas dos criminosos de carreira subentendam avaliação individual, da parte deles, da relação custo-benefício em delinquir. Segundo a teoria em exame, o cometimento da ação criminosa, na avaliação do potencial delinquente, dependeria de três fatores: o tamanho da recompensa proporcionada pelo cometimento do crime (na suposição de que a ação criminosa fosse bem sucedida); a probabilidade de ser preso e condenado; e o rigor da pena a cumprir (na suposição de que a ação criminosa fosse malograda). Isso significa que quanto maior o tamanho da recompensa potencial em delinquir, maiores serão os índices de criminalidade, e, ao contrário, quanto maiores as probabilidades de prisão e de apenamento rigoroso, menores serão os índices de criminalidade.

Na perspectiva da teoria econômica do crime, em sua esmagadora maioria, o criminoso é uma pessoa normal que pondera e decide dentro de determinada estrutura de incentivos ou condicionantes. Portanto, o evento crime é visto como uma decisão em que são ponderados os benefícios e os custos e como uma troca intertemporal entre o benefício imediato e o custo provável no futuro (punição). Os benefícios consistem nos ganhos monetários e psicológicos proporcionados pelo crime. Por sua vez, os custos englobam a probabilidade de o indivíduo que comete o crime ser preso, as perdas de renda futura decorrentes do tempo em que estiver detido, os custos diretos do ato criminoso (tempo de planejamento, instrumentos etc.) e os custos associados à reprovação moral do grupo e da comunidade em que vive. Uma notação possível dessa equação seria: $\text{Crime} = b - p \cdot c$, em que b é o benefício do crime, p é a probabilidade de prisão, e c , os custos medidos pela perda de renda durante o tempo de prisão mais os custos diretos e morais.

Dessa forma, quanto maior for a percepção sobre a probabilidade de o indivíduo ser preso e condenado, mais elevado será o custo do crime. O fundamento é a dissuasão dos crimes por meio do efeito incapacitante e simbólico exercido pela certeza, celeridade e severidade na aplicação das penas. O efeito dissuasão ocorre quando a punição sinaliza para os demais indivíduos que, caso cometam crimes, serão também punidos. A proposição é que maior percepção do risco aumenta a variável p da equação, elevando o lado dos custos. Em suma, deve-se implementar políticas de redução dos benefícios dos criminosos e aumento dos seus custos.

A abordagem do modelo Agente-Principal tem-se mostrado muito produtiva no entendimento dos resultados obtidos por meio de interação de relacionamentos entre grupos. Um grupo, o principal, coloca um conjunto de incentivos; o outro, o agente, responde a esses incentivos. Na teoria econômica da criminalidade, o governo faz o papel de principal, ao colocar os incentivos para o agente, por meio de P (probabilidade de ser pego e punido), S (severidade da pena) etc. No entanto, o agente é o criminoso, que responde praticando crimes, que são uma resposta lógica aos incentivos existentes na sociedade. O governo determina a severidade das penas e a intensidade dos esforços de combater o crime (e). O grau da intensidade será fator determinante da probabilidade de identificar e punir criminosos (BRENNER, 2009, p. 50). No modelo Agente-Principal, o governo busca alcançar dois objetivos: a) manter a criminalidade em grau baixo e b) minimizar as despesas dos órgãos de combate ao crime.

A teoria da agência serve, portanto, para identificar a questão e apontar soluções para que os interesses convirjam o máximo possível, evitando que os agentes ajam de forma oportunística, sobretudo quando possuírem informações melhores – quantidade e qualidade – que os principais. É importante notar que quanto maior for a discricionariedade permitida ao agente, maior será o risco enfrentado pelo principal.

Com efeito, sempre que observamos a substituição dos agentes ou produtos ótimos pelos de pior qualidade em razão de uma falha no mercado (é o que ocorre com o problema da lavagem de dinheiro – LD), estamos diante da seleção adversa, usualmente causada pela assimetria de informações (AKERLOF, 1970).

O acesso à informação no processo produtivo do agente é incrementado, e o do principal diminui progressivamente em relação ao primeiro. Dessa feita, no caso de o agente combinar informação privada (ou específica) com novas tecnologias, cujo resultado é desconhecido ou não mensurável pelo principal, com custos de oportunidade recém-identificados pelo agente com sua habilidade específica de lidar com essa tecnologia e o conjunto de informações resultantes do processo, ocorre um típico problema de assimetria de informação, que encontra na literatura do Agente-Principal respaldo teórico para a formulação das propostas contidas nesse estudo. Para evitar, ou diminuir a probabilidade de o agente se apropriar do excedente que ele gera em nome do principal, uma estrutura de incentivos é requerida no processo.

Espera-se que, com a introdução de incentivos positivos e punitivos, os indivíduos sejam motivados a permanecer comprometidos com os objetivos institucionais e a não romper com as regras estabelecidas dentro e fora das instituições. Sendo assim, podemos afirmar que é por meio da instituição (NORTH, 1990) que os contratos são regulados, as regras são acordadas, e as incertezas são reduzidas, provendo estrutura e ordem ao cotidiano das sociedades, desenhando novas formas de atuação e coibindo comportamentos antiéticos das partes e – por que não? – diminuindo os custos de transação econômicos e sociais.

A regulação contratual ou econômica visa coibir, por exemplo, o não cumprimento de uma obrigação por qualquer das partes, a não entrega do produto ou a não prestação do serviço (inadimplência), o benefício adquirido sem a devida contrapartida (*free rider*), ou a incorporação de benefícios não constantes no acordo (*rent seeking*), ou as distorções causadas pelo descasamento entre a conduta do gestor e do acionista, decorrente da assimetria de informação existente entre ambos (*principal-agent problem*). A teoria dos incentivos procura conformar um arcabouço que considere três problemas gerados pela informação assimétrica: a seleção adversa, o *moral hazard* e a impossibilidade de verificação.

Um problema de *moral hazard* existe quando a ação do agente não é verificável, ou quando o agente recebe uma informação privada depois de a relação ter-se iniciado. Arrow (1985) classificou os problemas de *moral hazard* como do tipo *hidden action* (ação oculta) – são ações que não podem ser completamente observadas ou inferidas por outros, sendo, portanto, impossível estabelecermos ou condicionarmos contratos completos sobre tais ações.

A regulamentação pode e deve ter também o intuito de aumentar a informação. Nela deve estar prevista a obrigatoriedade de prestar informações periodicamente. Uma vez que o governo tem um incentivo para tentar reduzir o problema de *moral hazard* decorrente da informação assimétrica, deve estabelecer leis para forçar as firmas a aderirem a princípios e manterem controles internos que ajudem a verificação de sua conduta.

O monitoramento é uma das maneiras de o principal reduzir o problema de agência, engajando-se na produção de informação por meio de maior monitoramento das atividades dos agentes, tal como por auditorias frequentes para constatar a robustez das informações. O problema com esse método é que

o processo de monitoramento pode ser dispendioso no que se refere a recursos financeiros e tempo, isto é, os custos de verificação são elevados.

Resolver o problema de falha informacional ajudaria a melhorar os resultados, conhecendo melhor (leia-se: mensurando) a atividade criminosa, ou atípica/suspeita, seus custos e benefícios. Ato contínuo seria adequar a regulamentação e o monitoramento, além de elevar o custo de transação dos criminosos e sua percepção da probabilidade de ser punido.

Ferwerda (2008) demonstra, num modelo teórico, que a probabilidade de ser pego, a sentença por LD, a probabilidade de ser condenado pelo crime precedente e os custos de transação da LD são negativamente relacionados com o valor do crime.

2 Como o tema tem sido tratado

O objetivo desta seção é mostrar como as organizações financeiras internacionais incorporaram o crime de LD e o de financiamento do terrorismo (FT) à estrutura de governança da estabilidade financeira. Como será detalhado, há o reconhecimento da LD e o do FT como preocupações globais e prioritárias por diversos motivos, entre eles, o potencial desestabilizador desse tipo de crime.

O combate aos crimes de LD e FT tem o apoio do G-20, a cúpula da política internacional, e evidencia sua vontade política de agir, como demonstrado na declaração do encontro de Toronto. Respalhado pelo G-20, o *Bank for International Settlements* (BIS) (Banco de Pagamentos Internacionais) dotou de poderes o *Financial Stability Forum* (FSF) (Fórum de Estabilidade Financeira), transformando-o em *Financial Stability Board* (FSB) (Conselho de Estabilidade Financeira), e reforçou as diretrizes dos princípios de Basileia estabelecidos pelo *Basel Committee on Banking Supervision* (BCBS) (Comitê de Supervisão Bancária) no que diz respeito ao tema. O Fundo Monetário Internacional (FMI), em conjunto com o Banco Mundial, também enfatiza suas preocupações em relação a LD/FT e considera a inclusão do tema nas avaliações por pares dos sistemas financeiros nacionais lideradas por essas instituições, sempre que houver indícios de que tal prática ponha em risco a integridade dos mercados financeiros domésticos. Todos os órgãos citados apoiam o

Financial Action Task Force on Money Laundering, ou, em francês, *Group d'Action Financière* (FATF-Gafi) (Grupo de Ação Financeira Internacional), organismo internacional especializado em Prevenção à Lavagem de Dinheiro e Combate ao Financiamento do Terrorismo (PLD/CFT), e agem em cooperação com ele.

A cúpula do G-20 reunida em Toronto, Canadá, decidiu construir um sistema financeiro mais resiliente, que atenda às necessidades de nossa economia, reduza o risco moral, limite o acúmulo de risco sistêmico e apoie o crescimento econômico forte e estável. Decidiram aprimorar o sistema financeiro global, fortificando a supervisão prudencial, a melhoria da gestão de risco, a promoção da transparência e o reforço da cooperação internacional (G-20, 2010, p. 3-4).

Com esse objetivo, estruturou sua agenda em quatro pilares. O primeiro pilar é uma forte estrutura regulamentar. Após fazerem o balanço dos progressos do BCBS em direção a novo regime global para o capital e a liquidez dos bancos, apoiaram seu trabalho. O segundo pilar é a supervisão eficaz. As novas regras devem ser mais fortes e complementadas com supervisão e fiscalização mais eficazes (G-20, 2010, p. 4).

Os movimentos de capitais induzidos por tentativas de lavagem de capitais não são promovidos por diferenças nos fundamentos econômicos, tais como diferenças nas taxas de retorno sobre o investimento real após impostos, ou nas taxas de juros reais. Pelo contrário, são largamente induzidos por diferenças nos controles e regulamentos que fazem a LD uma atividade mais segura em alguns países do que em outros (TANZI, 1996, p. 6).

O terceiro pilar é a resolução e o tratamento das instituições sistêmicas. Os líderes prometeram empenho em desenhar e implementar um sistema em que temos os poderes e os instrumentos para reestruturar ou resolver todos os tipos de instituições financeiras em crise, em última análise, sem que os contribuintes tenham de carregar o fardo e adotar princípios que nortearão a implementação. Para reduzir os riscos de risco moral, há necessidade de se ter uma estrutura de políticas, que abranja ferramentas eficazes de resolução, requisitos prudenciais e de supervisão reforçados e um núcleo de infraestruturas do mercado financeiro (G-20, 2010, p. 5).

O quarto pilar é a revisão por pares e a avaliação internacional transparentes. As lideranças reforçaram seu compromisso com o *Financial Sector Assessment*

Program (FSAP), (Programa de Avaliação do Setor Financeiro) do FMI/Banco Mundial, e se comprometeram a apoiar a revisão robusta e transparente entre pares por intermédio do FSB. Comunicaram estar tratando de jurisdições não cooperantes com base em avaliação abrangente, consistente e transparente no que diz respeito aos paraísos fiscais, a luta contra a LD e o FT, e da adesão a normas prudenciais (G-20, 2010, p. 5).

Os ministros das Finanças e os presidentes dos Bancos Centrais acordaram em preparar opções políticas para fortalecer redes de segurança financeira global e construir um sistema monetário internacional mais estável e resistente. Na declaração de Toronto, concordaram que a corrupção ameaça a integridade dos mercados, prejudica a concorrência leal, distorce a alocação de recursos, destrói a confiança pública e mina o Estado de Direito. Os líderes apelaram para a ratificação e a aplicação integral de todos os membros do G-20 da *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCAC) (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), incentivaram outros a fazer o mesmo e comprometeram-se a implementar totalmente as revisões, de acordo com as disposições da Convenção. Com base nos progressos feitos desde Pittsburgh para enfrentar a corrupção, concordaram em estabelecer um grupo de trabalho para elaborar recomendações abrangentes sobre a forma como o G-20 poderia continuar a fazer contribuições práticas e valiosas para os esforços internacionais de combate à corrupção e guiar pelo exemplo em áreas-chave, que abrangem, mas não estão limitadas a, adoção e aplicação das regras fortes e eficazes antissuborno, a luta contra a corrupção nos setores público e privado, impedindo o acesso de pessoas corruptas aos sistemas financeiros globais, a cooperação na negação de vistos, na extradição e na recuperação de ativos, e proteger denunciante que se levantaram contra a corrupção (G-20, 2010, p. 6-8).

Os líderes prometeram apoiar a robusta, transparente e independente avaliação e a revisão internacional por pares dos nossos sistemas financeiros, por intermédio do FSAP e do FSB. A dependência mútua e a natureza integrada do nosso sistema financeiro requerem de todos o compromisso de trabalhar junto. Sistemas financeiros fracos em alguns países representam uma ameaça à estabilidade do sistema financeiro internacional. A avaliação internacional e a revisão por pares são fundamentais para tornar o setor financeiro mais seguro para todos (G-20, 2010, p. 20).

O G-20 declarou apoiar plenamente o trabalho do Gafi e de seus organismos regionais em sua luta contra LD e FT e a atualização regular de uma lista pública em jurisdições com deficiências estratégicas. Nós também encorajamos o Gafi a continuar a acompanhar e melhorar a conformidade global com os padrões internacionais de combate à LD e ao FT (G-20, 2010, p. 21).

Dessa forma, o G-20 respaldou técnica e politicamente as diretrizes emitidas pelos diversos organismos internacionais envolvidos nas políticas PLD/CFT. Além disso, desempenhou o papel de coordenador das políticas, dando mais transparência aos papéis que cabem a cada um.

Ciente dos riscos incorridos pelos bancos de serem utilizados, intencionalmente ou não, para atividades criminosas, o BCBS emitiu diretrizes, cujo principal objetivo é descrever como os bancos devem incluir LD e FT em sua gestão de risco global. O compromisso da Comissão para o Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo está totalmente alinhado com o seu mandato “para reforçar a regulação, supervisão e práticas de bancos em todo o mundo com o objetivo de reforçar a estabilidade financeira” (BIS, 2013).

Em sua função de estipular diretrizes de boas práticas para o sistema financeiro, o BIS recomenda a gestão robusta de risco de LD/FT, reconhecendo-a como de particular relevância para a segurança global e solidez dos bancos e do sistema bancário e para o objetivo principal da supervisão bancária, na medida em que contribui para proteção da reputação de ambos os bancos e dos sistemas bancários nacionais, prevenção e dissuasão da utilização de bancos para lavagem de recursos ilícitos ou para elevar ou movimentar fundos em apoio ao terrorismo; e que preserva a integridade do sistema financeiro internacional bem como o trabalho dos governos no combate à corrupção e no CFT.

A inadequação ou a ausência de boa gestão de risco LD/FT pode aumentar a exposição dos bancos a riscos graves, especialmente aos riscos de reputação, operacionais, de conformidade e de concentração. Desenvolvimentos recentes, incluindo-se ações de execução robusta tomadas pelos reguladores e os custos diretos e indiretos correspondentes incorridos pelos bancos, devido à sua falta de diligência na aplicação adequada do risco de políticas de gestão, procedimentos e controles, têm destacado os riscos. Esses custos e danos provavelmente poderiam ter sido evitados, se os bancos mantivessem políticas PLD/CFT com base em risco e procedimentos eficazes.

É interessante notar que todos esses riscos estão interligados. Portanto, eventuais multas e sanções aplicadas pelos reguladores podem resultar em custos significativos para os bancos (por exemplo, por meio de reclamações contra o banco, custos de investigação, confisco ou congelamento de bens) bem como o desvio de tempo valioso de gestão e recursos operacionais para resolver os problemas.

No que diz respeito ao âmbito de aplicação, essas orientações devem ser lidas em conjunto com outras normas e orientações do Comitê que promovam supervisão dos grupos bancários em grau consolidado. Isso é particularmente relevante no contexto de PLD/CFT, quando os clientes frequentemente têm vários relacionamentos e/ou contas com o mesmo grupo bancário, mas em escritórios localizados em diferentes países. De acordo com os Princípios Fundamentais para Supervisão Bancária Eficaz, atualizados em 2012, todos os bancos devem ser obrigados a “ter políticas e processos adequados, incluindo regras de estrita vigilância da clientela (*Customer Due Diligence* – CDD) para promover elevados padrões éticos e profissionais no setor bancário e evitar que um banco seja utilizado, intencionalmente ou não, para atividades criminosas”. Esse requisito deve ser visto como uma parte específica da obrigação geral dos bancos, para que tenham programas de gestão de risco consistentes em vez de enfrentarem todos os tipos de riscos, incluindo-se riscos de LD e FT. Portanto, “as políticas e processos adequados” nesse contexto requerem a implementação de outras medidas, além de regras de CDD e conformidade com a avaliação de risco dos bancos, incluindo-se os riscos de LD/FT (veja BCP 29 em Princípios Fundamentais para uma Supervisão Bancária Eficaz, setembro, 2012).

Uma das funções dos supervisores bancários é cumprir com a Recomendação 26 do FATF-Gafi, que dispõe em parte:

Para as instituições financeiras sujeitas aos Princípios Fundamentais, as medidas de regulação e supervisão que se aplicam para fins prudenciais, e que também são relevantes para a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, devem aplicar-se de forma semelhante para fins de PLD/CFT. Isto deve incluir a aplicação da supervisão do grupo consolidado.

O Comitê espera que os supervisores apliquem os Princípios Fundamentais para uma Supervisão Bancária Eficaz aos bancos no que concerne a gestão

de risco de LD/FT, de forma coerente com a supervisão global dos bancos. Os supervisores devem ser capazes de aplicar uma série de sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas, nos casos em que os bancos não cumpram com as suas exigências de PLD/CFT (BIS, 2013, p. 16).

Na visão do BIS, os supervisores têm o dever de assegurar que seus bancos mantenham boa gestão de risco de LD/FT não só para proteger sua segurança e solidez, mas também para proteger a integridade do sistema financeiro. O BIS sustenta que os supervisores adotem uma abordagem baseada no risco (*Risk Based Approach – RBA*) para supervisionar a gestão de risco dos bancos referentes a LD/FT. Essa abordagem exige que os supervisores: i) desenvolvam a capacidade de aprofundar a compreensão dos riscos presentes na jurisdição e seu potencial impacto sobre as entidades supervisionadas; ii) avaliem a adequação da avaliação de risco do banco com base na avaliação de risco nacional da jurisdição; iii) avaliem os riscos presentes na entidade supervisionada para compreender a natureza e a extensão dos riscos na base de clientes da entidade, produtos e serviços e as localizações geográficas em que o banco e seus clientes fazem negócios; iv) avaliem a adequação e a eficácia em implementação dos controles (incluindo-se medidas CDD) projetados pelo banco em cumprir suas obrigações de PLD/CFT e mitigação de risco; v) utilizem essa informação para alocar os recursos, escopo da avaliação, identifique a experiência de supervisão e o conhecimento necessários para conduzir a fiscalização de forma eficaz e aloquem recursos relativos aos riscos identificados (BIS, 2013, p. 17).

Os supervisores devem também considerar o monitoramento de um banco em sua totalidade e de supervisão do cumprimento em agência e subsidiária bem como a capacidade da política do grupo para acomodar as exigências reguladoras locais e garantir que, onde haja diferença entre o grupo e os requisitos locais, a mais rígida seja aplicada. Os supervisores devem também assegurar que, em casos em que a filial do grupo ou subsidiária não possa aplicar a mais rigorosa das duas normas, as razões para isso e as diferenças entre as duas sejam documentadas, e medidas de mitigação adequadas sejam implementadas para enfrentar os riscos identificados como resultado dessas diferenças (BIS, 2013, p. 18).

O FMI encarregou-se de fazer a ligação entre a existência de práticas não recomendáveis, tendo em mente que LD e FT são crimes financeiros com efeitos econômicos, podem ameaçar a estabilidade do setor financeiro de um

país ou a sua estabilidade externa em geral. Regimes eficazes de PLD/CFT são essenciais para proteger a integridade dos mercados e do quadro financeiro global e ajudam a mitigar os fatores que facilitam o abuso financeiro. Ações para prevenir e combater LD e FT respondem, assim, não só a um imperativo moral, mas também a uma necessidade econômica (FMI, 2013, *factsheet*).

Em 2000, o FMI respondeu aos apelos da comunidade internacional para expandir o seu trabalho na área de PLD. A LD pode minar a integridade e a estabilidade das instituições e sistemas financeiros, desencorajar o investimento estrangeiro e distorcer os fluxos de capitais internacionais. Ela pode ter consequências negativas para a estabilidade financeira do país e do desempenho macroeconômico, resultando em perdas de bem-estar, drenando recursos das atividades econômicas mais produtivas, até mesmo ter repercussões desestabilizadoras sobre as economias de outros países (FMI, 2013, *factsheet*).

Em linha com crescente reconhecimento pelo FMI da importância das questões de integridade financeira, o programa de PLD/CFT tem evoluído. Em 2004, o Conselho Executivo concordou em fazer avaliações de PLD/CFT e assistência técnica como uma parte regular do trabalho do FMI. Em 1º de junho de 2011, a Diretoria Executiva discutiu um relatório sobre a evolução do programa de PLD/CFT do FMI ao longo dos últimos cinco anos e forneceu orientações sobre a forma de avançar nessa área. Em 14 de dezembro de 2012, foi emitida a Nota de Orientação sobre a inclusão de PLD/CFT em avaliações de supervisão e de estabilidade financeira (FSAP). Ela fornece uma estrutura para lidar com casos de LD, FT e crimes conexos tão graves, que ameaçam a estabilidade interna, a estabilidade do balanço de pagamentos e o funcionamento eficaz do sistema monetário internacional (FMI, 2013, *factsheet*).

Após todas as manifestações formais de diversos organismos internacionais no tocante a suas preocupações quanto ao potencial desestabilizador de LD e FT, o FATF/Gafi se viu ainda mais fortalecido na sua função de estipular diretrizes de políticas de PLD/CFT e em suas avaliações da aplicação de tais recomendações. Adicionalmente, tais manifestações demonstram a cooperação internacional fundamental para dar maior efetividade no enfrentamento do problema.

O FATF/Gafi (2010) defende que a aplicação de suas recomendações traz vários benefícios, conectando aqueles que aderem às obrigações internacionais, e evitam o risco de sanções ou outras medidas por parte da comunidade

internacional. Também garantem que o sistema financeiro seja mais transparente e estável, tornando-se mais atraente para os investidores estrangeiros. Sistemas financeiros corruptos e sem transparência são inerentemente instáveis. Em excesso, a LD pode causar aumento da volatilidade dos fluxos internacionais de capitais e da taxa de câmbio, disparidades de mercado e distorções de investimentos e os fluxos comerciais.

Além disso, assegura que instituições financeiras não sejam vulneráveis a infiltração ou abuso por parte de organizações criminosas. As instituições financeiras que são exploradas dessa forma estão expostas a risco reputacional, instabilidade financeira, diminuição da confiança da população, ameaças à segurança e à solidez e perdas diretas. A implementação ajuda a desenvolver a capacidade de combater o terrorismo e a rastrear o dinheiro dos grupos terroristas.

Por fim, atender às recomendações evita que a jurisdição se torne um refúgio para os criminosos. Os países com fracos sistemas de PLD/CFT são atraentes para os criminosos, porque eles fornecem um ambiente em que os criminosos podem aproveitar os lucros de seus crimes e financiar suas atividades ilícitas com pouco medo de enfrentar punição.

Em relatório sobre efetividade dos programas de PLD/CFT, o FMI apresenta as três chaves para a avaliação de risco – ameaça, vulnerabilidade e consequências – e suas aplicações a LD e FT. As normas internacionais de gestão de risco definem o risco como uma função da probabilidade de ocorrência e consequência de eventos de risco, em que a probabilidade de ocorrência é uma função da coexistência de ameaça e vulnerabilidade. Em outras palavras, os eventos de risco ocorrem quando uma ameaça explora a vulnerabilidade. Formalmente, R , um grau de risco de LD de uma jurisdição, pode ser representado como: $R = f [(T), (V)] \times C$, em que T representa ameaça, V representa vulnerabilidade, e C representa consequência. Assim, o risco pode ser atenuado por meio da redução do tamanho de ameaças, vulnerabilidades ou suas consequências (FMI, 2011, p. 64).

Quando se trata de LD, uma “ameaça” é, em grande parte, relacionada com a natureza e a escala da demanda potencial por LD, ou seja, o conjunto de ativos ilegalmente adquiridos que precisa ser lavado. Assim, a avaliação de risco de LD implica compreensão e geração de indicadores para os produtos do crime (POC) que são gerados ou trazidos para a jurisdição (FMI, 2011, p. 65).

A “vulnerabilidade” na avaliação de risco LD ou FT engloba produtos, serviços, canais de distribuição, bases de clientes, instituições, sistemas, estruturas e jurisdições, incluindo-se deficiências nos sistemas, controles ou medidas, que possibilitam LD ou abuso de FT. Os indicadores de vulnerabilidade são numerosos, mas eles podem ser agrupados em categorias, tais como localização geográfica, serviços e produtos financeiros, grau de informalidade em vários setores, deficiências nos sistemas de PLD/CFT e adequação dos controles de PLD/CFT existentes, níveis gerais de corrupção, eficácia das agências de aplicação da lei e do sistema de justiça criminal e outras características da jurisdição que poderia facilitar sucesso da LD ou do FT (FMI, 2011, p. 65-66).

As “consequências” relacionam os resultados com a ocorrência dos eventos de risco. As consequências podem se relacionar com custo, dano causado ou significância dos resultados. De um ponto de vista, os processos de LD e FT geram dois tipos de consequências: aqueles associados com a lavagem em si e os associados com o uso dos ativos, depois de ter havido lavagem com sucesso (FMI, 2011, p. 66).

Todos os tipos de consequências têm direta ou indiretamente impactos financeiros, micro ou macroeconômicos, tanto no setor público quanto no privado. Portanto, é dever de todos colaborar para PLD e PFT, visto que seus efeitos causam danos a toda a sociedade.

Os tipos de consequências podem ser classificados como: conflito distributivo; perda de confiança; perda de eficiência; instabilidade; degradação institucional; incentivo ao crime.

Consequências econômicas da lavagem de dinheiro	Tipo
1) Perdas para as vítimas e ganhos para os criminosos	Conflito distributivo
2) Distorção do consumo	Conflito distributivo
3) Distorção do investimento e da poupança	Conflito distributivo
4) Aumentos artificiais dos preços	Conflito distributivo
5) Competição desleal	Conflito distributivo
6) Alterações nas importações e nas exportações	Conflito distributivo
7) Efeitos sobre as taxas de crescimento	Confiança
8) Efeitos sobre produto, renda e emprego	Confiança
9) Redução das receitas do setor público	Ineficiência
10) Ameaça às privatizações	Ineficiência

11) Mudanças na demanda por dinheiro, taxas de câmbio e de juros	Instabilidade/Confiança
12) Aumento da volatilidade das taxas de juros e câmbio	Instabilidade/Confiança
13) Maior disponibilidade de crédito	Conflito distributivo
14) Maior fluxo de capitais (ingressos e remessas)	Instabilidade/Confiança
15) Alterações nos Investimentos Estrangeiros Diretos	Conflito distributivo
16) Riscos para solvência e liquidez do setor financeiro	Instabilidade
17) Efeitos sobre os lucros do setor financeiro	Instabilidade
18) Efeitos sobre a reputação do setor financeiro	Institucional/Confiança
19) Negócios ilegais que contaminam os legais	Institucional
20) Distorção das estatísticas econômicas	Ineficiência
21) Corrupção e suborno	Crime
22) Aumento da criminalidade	Crime
23) Enfraquecimento das instituições políticas	Institucional
24) Enfraquecimento dos objetivos de política externa	Ineficiência
25) Aumento do (incentivo ao) terrorismo	Crime

Obs.: Tabela elaborada pelo autor.

O monitoramento dos mercados regulados envolve, entre outras ações, a identificação de movimentações e comportamentos atípicos. Quando verificada a atipicidade das informações prestadas e/ou coletadas, caberá aos supervisores identificar, de forma remota (*off site*) ou presencial (*on site*), se essas anormalidades se referem a: i) causas dentro da racionalidade econômica; ii) burla a limites regulamentares; iii) erros operacionais; iv) fraudes na tentativa de obter ganhos financeiros extras; v) ocultação ou dissimulação de recursos de origem ilícita – LD.

Em suma, na maioria dos casos, é difícil prescindir do questionamento direto ou da requisição de documentos e outras informações adicionais, para se concluir sobre as reais causas das anormalidades. O diagnóstico preciso é fundamental para avaliar as consequências e buscar as soluções mais adequadas.

3 Abordagem Baseada em Risco

A evolução dos mercados financeiros, caracterizada pela globalização das atividades bancárias e por sua desregulamentação, tornou essas atividades e seus riscos mais complexos. Os reguladores financeiros se deram conta de que os

riscos tornaram-se mais difíceis de identificar por estarem presentes em todos os níveis hierárquicos de uma organização, mais difíceis de mensurar devido à conjugação de perdas diretas e indiretas muito mais delicadas para se quantificar, mais difíceis de gerir por organizações cada vez mais complexas que operam em mercados nos quais os limites não são bem definidos. Por isso, reguladores e instituições financeiras buscam meios de identificar, medir e controlar os riscos operacionais. Eventos ocorridos recentemente demonstraram que a gestão dos riscos bancários deve ir além dos riscos de crédito e de mercado, sendo necessário levar em conta os riscos operacionais.

Apresentar uma forma de monitorar o mercado de câmbio baseado em matrizes de risco operacional e seu possível impacto é um trabalho de adaptação especificamente para o mercado brasileiro de câmbio das recomendações do Comitê de Basileia sobre a aplicação de supervisão indireta, por meio de abordagem baseada no risco. Trata-se de uma maneira de medir e atribuir uma avaliação menos subjetiva dos riscos operacionais aos quais o mercado de câmbio está exposto. A ferramenta proposta visa auxiliar a avaliação de risco, complementando a análise feita com base nos riscos de crédito e de mercado. Tal ferramenta poderá auxiliar a definição de medidas macroprudenciais assim como sinalizar eventuais trabalhos de supervisão direta.

O sistema de RBA é um método de priorização das atividades de supervisão, adotado por entidades reguladoras de diversos países, que busca promover uma relação eficiente entre o dispêndio dos recursos humanos e materiais disponíveis e a consecução dos objetivos que lhe são impostos por lei. Para tanto, esse sistema passa pelas seguintes etapas: i) identificação dos riscos a que está exposto o mercado em questão; ii) dimensionamento de tais riscos e classificação segundo o grau de dano potencial; iii) decisão sobre como mitigar os riscos identificados e dimensionados; e iv) controle e monitoramento dos eventos de risco.

O principal elemento da RBA será a classificação dos riscos identificados. Os riscos serão divididos quanto à probabilidade de ocorrência e quanto ao potencial de impacto causado na hipótese de ocorrerem.

A RBA é recomendada como forma de aumentar a efetividade das informações prestadas pelas instituições financeiras, por meio da aplicação de matrizes de risco. Para alguns autores, como Masciandaro-Pellegrina (2008), na abordagem baseada em normas, a cooperação dos agentes é

passiva e estática, na RBA é ativa e dinâmica. Mais que concorrentes, as duas abordagens são complementares. Além disso, em ambas está contida a avaliação subjetiva de transações que poderiam indicar desvio de finalidade. Nada garante que a implementação da RBA será mais efetiva que a abordagem baseada em normas, visto que o que torna a cooperação dos agentes ativa ou passiva é sua disposição de cooperar, não a abordagem utilizada. E a disposição de cooperar dependerá dos incentivos oferecidos por órgão regulador/supervisor.

Segundo o Comitê de Basileia, a RBA pode ajudar os supervisores a serem mais eficientes, assegurando que os procedimentos e os controles das instituições financeiras são consistentes e adequados ao seu grau de risco e estão integrados com a abordagem geral constante dos vários documentos do Comitê, entre eles os princípios. Conforme o princípio 20 do Acordo de Basileia, supervisores devem identificar fraquezas por meio de efetivo programa de supervisão tanto direta quanto indireta e de análise de outras informações disponíveis.

A RBA deve ser construída com fundação sólida. Para isso, deve-se assegurar que os riscos sejam bem compreendidos. A avaliação do risco nacional deve estar relacionada com uma descrição das informações fundamentais que sirvam de base para os supervisores, autoridades fiscais, outros órgãos e instituições financeiras para assegurar que as decisões sobre alocação de responsabilidades e recursos em âmbito nacional estejam pautadas na compreensão prática e atualizada dos riscos.

Desenvolver e operar RBA envolve formar julgamentos. Por isso, para ser efetivo, a RBA deve se basear em informações suficientes e de boa qualidade, complementadas com inteligência. Esforços devem ser feitos para assegurar que as avaliações de risco sejam pautadas em informações atuais e acuradas. O esboço de matriz de risco abaixo sugere sua aplicação para cada provável evento de risco.

Risco/Impacto → ↓	Concentração			
	0 – 25%	26 – 50%	51 – 75%	76 – 100%
	Baixo – 1	Médio – 2	Alto – 3	Extremo – 4
Improvável – 1	1	2	3	4
Pouco provável – 2	2	4	6	8
Provável – 3	3	6	9	12
Quase certo – 4	4	8	12	16

Na primeira coluna, os analistas devem classificar os possíveis eventos com base nas melhores informações disponíveis. Na sequência, a concentração das operações realizadas para cada evento implicaria impacto para a economia, setor ou instituição, caso o evento fosse concretizado. Essa matriz é apenas uma ideia inicial, que pode ser adaptada conforme o caso, a quantidade e a qualidade das informações disponíveis pelos supervisores.

Tomando como exemplo o mercado de câmbio brasileiro, uma sugestão de matriz de risco operacional com foco em PLD/CFT deveria levar em conta, no mínimo, os elementos descritos abaixo e seus respectivos impactos dados pela concentração percentual das operações, destacando que as informações mencionadas são de conhecimento das autoridades brasileiras.

Entre os elementos que deveriam ser analisados, estaria a motivação para realização da operação de câmbio, que, no jargão do mercado, é conhecida por natureza-fato da operação. Os analistas (preferencialmente, um grupo composto pelos mais experientes) deveriam classificar o grau de risco do fato gerador da transação de câmbio. Seriam consideradas mais vulneráveis as transações com inerente dificuldade de anexar amparo documental ou verificar robustez por outros meios ou fontes.

Em termos genéricos, os lavadores de dinheiro procuram setores com falhas nas áreas de regulação-monitoramento/fiscalização-punição. Nesse sentido, os setores que oferecem melhores condições para que criminosos reciclem os ativos obtidos ilegalmente apresentam características como: i) algum grau de informalidade; ii) preços com forte oscilação (como característica inerente ao setor ou devido a qualidade não padronizada do ativo); iii) regulamentação inexistente ou frágil; iv) fiscalização inexistente ou frágil; v) difícil avaliação quanto a preço e qualidade dos bens negociados (parâmetros subjetivos); vi) raras punições. Todavia, isso não exclui nenhum setor da possibilidade de ser utilizado para tal propósito.

Outro elemento muito importante é o cliente com suas características cadastrais. Entre as informações mais relevantes, está a localização geográfica do cliente, por exemplo, se se encontra em zona de fronteira ou outra região reconhecidamente arriscada, por algum motivo, sua atividade econômica (código na Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE), no caso das pessoas jurídicas, e sua ocupação, no caso das pessoas físicas. Isso porque há, evidentemente, setores

mais vulneráveis que outros. No caso das empresas, o tempo de atividade é fator relevante a ser analisado, tendo em vista que a utilização com fins de LD de empresas recentemente constituídas é uma tipologia já consagrada.

O país com o qual a transação foi efetuada também é relevante. Nesse caso, pode-se iniciar a análise, baseando-se em listas oficiais nacionais e internacionais. Como exemplo, temos a lista da Secretaria da Receita Federal das jurisdições com tributação favorecida (vulgarmente chamadas de paraísos fiscais). Outra lista é a do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, em que consta o nome dos países que, de alguma forma, protegem terroristas ou financiam o terrorismo. O FATF-Gafi também disponibiliza a lista das jurisdições com deficiências em suas políticas de PLD/CFT.

Em relação à moeda de troca, pode-se utilizar como critério o mesmo do critério “país”, considerando que uma moeda emitida por um país de risco seria igualmente arriscada. Outro elemento relacionado com a moeda é a forma de entrega da moeda estrangeira, que informa se a efetiva troca foi efetuada por teletransmissão, em espécie, simbólica, débito ou crédito em conta, títulos e outros. Os analistas devem classificar o grau de risco de cada uma das formas de trocar as moedas.

4 Considerações finais

Sinteticamente, a primeira ideia a fixar é a importância da prevenção à lavagem de dinheiro no auxílio ao combate à criminalidade e à economia subterrânea. Como decorrência, há a necessidade de se estabelecer aparato legal, infralegal e institucional que sustente o trinômio legislação/fiscalização/punição e a importância de que haja ações coordenadas entre os diversos órgãos nacionais e internacionais. Se o grande problema para a tomada de decisões é insuficiência ou inexistência de estatísticas para embasá-las, então cabe ao regulador e ao fiscalizador obrigar os agentes a produzirem as informações quantitativas e/ou qualitativas necessárias para solucionar o problema de assimetria de informação.

Outro grupo de conceitos fundamentais abrange a implementação de controles internos, tanto no setor privado como no público, como forma de identificar e rastrear as operações atípicas e as suspeitas em geral. Não se pode

negligenciar o aumento dos custos concernentes à implementação da estrutura de controles internos, treinamento e ações exigidas na prevenção e no combate à lavagem de dinheiro, tanto para o principal (Estado) quanto para os agentes (instituições autorizadas). Melhores controles possibilitariam identificar mais casos e puni-los, de forma que se aumente a percepção dos criminosos da probabilidade de ser pego e punido, elevando, conseqüentemente, a dissuasão do ato criminoso. Em algum momento seria pertinente avaliar se a aderência completa às recomendações resultaria em máxima eficácia e conseqüente dissuasão da prática da lavagem de dinheiro e redução do crime que origina tais recursos.

Finalmente, destaca-se a necessidade da coleta de dados estatísticos padronizados entre as instituições envolvidas, a fim de constituir séries temporais e de *cross section*, que possibilitem a construção e a utilização de modelos econométricos que alimentem e propiciem aperfeiçoar o esboço de modelo proposto neste artigo, com o intuito de guiar a formulação de políticas públicas e, até mesmo, ajustar os diplomas legais para combate à criminalidade em geral e à lavagem de dinheiro especificamente, levando-se em conta seus custos e benefícios à sociedade. A legislação brasileira sobre lavagem de dinheiro data de 1998, e, mais de uma década depois, ainda não se iniciou a formação de séries estatísticas consistentes.

Se o objetivo é aprimorar o sistema financeiro como ferramenta essencial para o desenvolvimento econômico do país, então cabe a todas as instituições financeiras, ao Estado e aos cidadãos zelarem para que o sistema não seja utilizado por organizações criminosas prejudiciais à concorrência, que deterioram as relações financeiras saudáveis. Permitir que recursos obtidos ilicitamente permeiem o sistema financeiro pode ser fator desestabilizador para toda a economia, com reflexos, até mesmo, além das fronteiras, dado o caráter interdependente da economia global.

A regulação, a supervisão e a punição devem servir para reduzir a assimetria de informação, aumentar a percepção dos criminosos da probabilidade de serem punidos e, assim, dissuadi-los. A ação preventiva à lavagem de dinheiro deve alterar a equação do crime, aumentando o custo de execução da atividade criminosa e a probabilidade de punição.

Referências

- AKERLOF, George A. **The Market for “Lemons”**: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, 1970.
- ARROW, K. (1985) **The Economics of Agency**. In: PRATT, J.W. e ZECKHAUSER, R. (Ed.). **Principals and Agents: the Structure of Business**. Cambridge, Harvard University Press.
- BIS. **Sound management of risks related to money laundering and financing of terrorism**. Consultative Document, June 2013. Disponível em <<http://www.bis.org/publ/bcbs252.pdf>>. Acesso em: jun. 2013.
- BECKER, G. **Crime and Punishment: an economic approach**. *Journal of Political Economy*. Vol. 76, 1968, pp. 175-209.
- BRENNER, G. **Entendendo o Comportamento Criminoso**. AGE Editora. Porto Alegre, 2009.
- BURDETT, K., Lagos, R. and Wright, R. **Crime, Inequality and Unemployment**. London School of Economics, university of Essex, and University of Pennsylvania, mimeo, 1999.
- FATF/GAFI. **An Introduction to the FATF and its Work (2010)**. Disponível em <<http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/brochuresannualreports/Introduction%20to%20the%20FATF.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2014.
- FERWERDA, J. **Does Anti-Money Laundering Policy Reduce Crime?** Utrecht school of economics. Discussion Paper Series 08-35, November 2008.
- G20. **The G-20 Toronto Summit – Declaration – 26 e 27 de junho, 2010**. Disponível em <http://www.g20.utoronto.ca/2010/g20_declaration_en.pdf>. Acesso em: 27 set. 2010.
- IMF. **The IMF and the Fight against Money Laundering and the Financing of Terrorism**. Disponível em <<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/pdf/aml.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

IMF. **Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (PLD/CFT)** – Report on the review of the effectiveness of the program. Work Paper. May 2011.

MASCIANDARO, D. and BARONE, R. **Worldwide Anti-Money Laundering Regulation: estimating costs and benefits**. Paolo Baffi Centre Research Paper Series n° 2008-12. May 2008.

NORTH, D. C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge University Press. 1990.

TANZI, V. **Money Laundering and the International Financial System**. IMF Working Paper. May-1996.

Compensação de Perdas por Sobras de Exercícios Futuros nas Sociedades Cooperativas de Crédito¹

Adriano Oliveira da Silva*

Introdução. 1 A regulamentação das sociedades cooperativas de crédito. 2 A compensação de perdas por sobras de exercícios futuros. 2.1 Ajuste aos limites de patrimônio exigíveis. 2.2 Controle das parcelas de perda correspondentes a cada associado. 2.3 Aprovação da Assembleia Geral. 3 Distinção entre compensação contábil e compensação individual das perdas. 4 Extensão do termo “exercícios seguintes”, empregado na Lei Complementar nº 130, de 2009. 5 Conclusão.

Resumo

O presente trabalho tem por finalidade trazer à discussão os caminhos a serem adotados pelas cooperativas de crédito em caso de rateio das perdas de determinado exercício, especialmente quando escolhida a compensação em exercícios futuros como forma de enfrentamento da situação, bem como as exigências e as condições a serem observadas quando adotado tal procedimento. Considerando-se a peculiaridade da legislação aplicável às cooperativas de crédito e a novidade da faculdade legal introduzida no ordenamento jurídico pela Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009, é de fundamental importância o estudo e a análise do tema proposto, dada a profundidade da interferência nos detalhes operacionais de uma cooperativa de crédito bem como a escassez de trabalhos que trate desse assunto tão importante.

* Advogado da Cooperativa Central de Crédito da Bahia. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador; especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia; especialista em Direito Empresarial pela Universidade Anhuera (Uniderp).

1 Artigo aprovado e apresentado no III Encontro Brasileiro de Pesquisadores em Cooperativismo realizado em Palmas, na Universidade Federal do Tocantins, entre 20 e 22 de outubro de 2014.

Palavras-chave: Sociedades cooperativas de crédito. Compensação de perdas. Exercícios futuros. Peculiaridades.

*Financial Losses Compensation by Leftovers from
Future Fiscal Years in Credit Unions*

Abstract

The present paper has the finality to bring to discussion ways to be adopted by credit unions in case of loss's apportionment in a fiscal year, especially when the compensation in future years is chosen as a way of coping to the situation as well as the requirements and conditions to be observed when adopted such procedure. Considering the peculiarity of the legislation applicable to cooperative credit companies, as well as the legal right that recently introduced in the legal system by the supplementary law 130/2009, is extremely important the study and the analysis of the proposed topic because of the depth of interference in the operational details of credit unions, as well as the scarcity of studies that have faced this important issue.

Keywords: *Credit Unions. Financial losses compensation. Future fiscal years. Peculiarities.*

Introdução

Nas palavras do mestre Waldírio Bulgarelli (1965), as sociedades cooperativas são,

a um tempo, empresa econômica e associação de pessoas. Empresa econômica porque a cooperativa tendo em vista a melhoria econômica dos seus associados, assenta-se sobre um complexo organizacional dos fatores da produção; associação de pessoas pois reúne um certo número de membros em torno do ideal da cooperação, para exploração da empresa. O ideal da cooperação está expresso nos princípios básicos da doutrina, e assim ficam completos os três elementos fundamentais que devem integrar o conceito de cooperativa ou seja, associação de pessoas, empresa econômica e princípios cooperativos.

O ilustre professor, um dos principais doutrinadores do direito comercial brasileiro e uma das maiores referências do cooperativismo no que diz respeito ao seu enquadramento jurídico, identifica no trecho em destaque, em linhas gerais, os traços distintivos das sociedades cooperativas, a saber, associação de pessoas, empresa econômica e princípios cooperativos.

O caráter associativo inerente ao cooperativismo talvez seja o que leve qualquer pessoa a identificar de imediato essa atividade, por tratar-se evidentemente de uma reunião de pessoas em torno de um objetivo comum.

Importa chamar a atenção, no entanto, para a perspicácia de Bulgarelli (1965), ao incluir na caracterização das sociedades cooperativas a locução “empresa econômica”, não se pretendendo, com a expressão, fazer referência às sociedades empresárias, modalidade societária da qual as cooperativas não fazem parte, mas sim à característica que as cooperativas possuem, na medida em que identificam um ramo da economia que carece de organização e profissionalismo, tanto quanto os demais. É utilizado o termo “empresa”, portanto, apenas como sinônimo de atividade.

Além disso, frisou-se, no conceito acima transcrito, que as sociedades cooperativas têm como parte integrante e fundamental da sua estrutura os princípios que as norteiam, os quais foram expressamente consignados no artigo 4º da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que institui o regime jurídico das sociedades cooperativas. Vale destacar, por oportuno, que, entre os princípios textualmente previstos em lei, encontra-se o da distribuição dos resultados da cooperativa entre seus associados, mesmo reconhecendo a infelicidade da redação do inciso VI, do artigo 4º, da mencionada lei cooperativista, que prevê apenas “retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembleia Geral”, como se o único resultado possível a uma cooperativa fosse a ocorrência de sobras (POLONIO, 2004).

O cotidiano das cooperativas tem demonstrado outra realidade.

Felizmente, a mesma lei corrige esse equívoco, ao tratar dos itens obrigatórios ao estatuto social das cooperativas, em que prevê que ele deve indicar “a forma de devolução das sobras registradas aos associados, ou do rateio das perdas apuradas por insuficiência de contribuição para cobertura das despesas da sociedade”. Da mesma forma, o Código Civil, em vigência desde 2003, ao tratar da sociedade

cooperativa, estabelece como uma de suas características a “distribuição dos resultados”, e não apenas de sobras.

Vale lembrar, por isso, que, às cooperativas, nada além da sua própria eficiência assegura a ocorrência de sobras como resultado. Assim, mesmo não tendo como finalidade imediata o lucro, elas devem perseguir o êxito em sua atividade econômica, como meio de proporcionar o desenvolvimento social de seus cooperados, este sim objetivo primordial, o que, em última instância, resultará na continuidade da cooperativa no mercado.

E é aqui que se faz necessário o desenvolvimento do presente trabalho, pois, sendo uma possibilidade factual e uma faculdade legal, o conhecimento dos aspectos pertinentes à compensação das perdas por sobras de exercícios futuros nas sociedades cooperativas de crédito torna-se de suma importância, a fim de que, sendo apuradas perdas em determinado exercício (o que é factível), torne-se viável vislumbrar a compensação em exercícios futuros como um dos meios possíveis ao enfrentamento da questão.

1 A regulamentação das sociedades cooperativas de crédito

As sociedades cooperativas de crédito são instituições financeiras reguladas pela já citada lei cooperativista – Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009² –, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo, pelas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo Banco Central do Brasil (BCB) e por leis que regulamentam as instituições financeiras.

Especialmente no que diz respeito à submissão das cooperativas de crédito aos normativos editados pelo CMN e pelo BCB, aplicáveis às instituições financeiras, tais normas colocam também as cooperativas de crédito sob a sujeição das exigências de ordem contábil reguladoras das demais espécies de instituições financeiras. Esse fato, embora pouco ressaltado, é de importância fundamental, até mesmo para o assunto aqui abordado.

2 Art 1º As instituições financeiras constituídas sob a forma de cooperativas de crédito submetem-se a esta Lei Complementar, bem como à legislação do Sistema Financeiro Nacional – SFN e das sociedades cooperativas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp130.htm>. Acesso em 7/3/2013.

Observe-se que, embora, muitas vezes haja confronto com as normas básicas de contabilidade, editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC), os normativos de ordem contábil editados pelo CMN e/ou BCB devem ser seguidos por todas as instituições financeiras, mesmo pelas cooperativas de crédito.

Exemplo desse conflito normativo é o dispositivo do artigo 34, da Resolução nº 3.859, de 27 de maio de 2010, do CMN, que impõe o seguinte:

Art. 34. São vedadas à cooperativa de crédito:

I – a integralização de cotas-partes e rateio de perdas de exercícios anteriores mediante concessão de crédito ou retenção de parte do seu valor, bem como concessão de garantia ou assunção de coobrigação em operação de crédito com aquelas finalidades (grifamos);

(...)

Do artigo em destaque, extrai-se o impedimento genérico da utilização de qualquer operação contábil que resulte na compensação de perdas por meio de concessão de crédito, ou seja, sendo apuradas perdas em determinado exercício, o resultado negativo deve ser lançado no balanço como diminuição do patrimônio líquido da cooperativa. Tais perdas, portanto, só serão revertidas contabilmente à medida que o resultado negativo do exercício for “pago” pelos associados a elas vinculados, na proporção de sua participação na ocorrência.

Esse dispositivo se apresenta em sentido contrário ao da Norma Brasileira de Contabilidade Técnica (NBCT) 10.8, que trata das entidades cooperativas, aprovada pela Resolução nº 1.013, de 21 de janeiro de 2005, do CFC, que estabelece, no item 10.8.1.8, que as sobras do exercício, após as destinações legais e estatutárias, devem ser postas à disposição da Assembleia Geral para deliberação. Da mesma forma, as perdas líquidas, quando a reserva legal é insuficiente para sua cobertura, serão rateadas entre os associados da forma estabelecida no estatuto social, **não devendo haver saldo pendente ou acumulado de exercício anterior**.

Para a norma técnica em destaque, ao serem apuradas as perdas, elas devem ser rateadas entre os associados da cooperativa, zerando-se a conta de sobras e perdas e lançando-se os valores devidos pelos associados no ativo como valor a receber.

Não apenas a existência de normas colidentes, mas aqui já se percebe maior rigor das normas contábeis editadas pelo CMN aplicáveis às instituições, ao

serem comparadas às normas do CFC. Essa rigidez se justifica pela natureza das atividades financeiras, bem como pela importância e pela repercussão social da saúde financeira das entidades que compõem o Sistema Financeiro Nacional.

Fica clara, portanto, a especificidade do regramento aplicável às cooperativas de crédito, por se tratar de instituições financeiras, assim como a importância do conhecimento de tais normas para uma análise mais acurada das decisões a serem tomadas pelas cooperativas de crédito.

Feitos os esclarecimentos necessários, passaremos a expor, de forma pormenorizada, os detalhes da compensação de perdas por sobras de exercícios futuros nas sociedades cooperativas de crédito, tendo em mente as questões já abordadas.

2 A compensação de perdas por sobras de exercícios futuros

A compensação de perdas por sobras de exercícios futuros é uma faculdade disposta especificamente às sociedades cooperativas de crédito pela Lei Complementar nº 130, de 2009, nos seguintes termos:

Art. 9º É facultado às cooperativas de crédito, mediante decisão da assembleia geral, compensar, por meio de sobras dos exercícios seguintes, o saldo remanescente das perdas verificadas no exercício findo.

Parágrafo único. Para o exercício da faculdade de que trata o caput deste artigo, a cooperativa deve manter-se ajustada aos limites de patrimônio exigíveis na forma da regulamentação vigente, conservando o controle da parcela correspondente a cada associado no saldo das perdas retidas (grifamos).

Além do já mencionado fato de ser a compensação de perdas em sobras de exercícios futuros uma prerrogativa a ser utilizada, importa dizer que seu uso exige a observância de condições expostas no dispositivo legal transcrito. A saber, para que a compensação ocorra, a cooperativa deve: (i) estar ajustada aos limites de patrimônio exigíveis; (ii) conservar o controle da parcela de perda correspondente a cada associado; e (iii) estar assentada em decisão da Assembleia Geral.

Analisaremos pontualmente cada uma das citadas exigências.

2.1 Ajuste aos limites de patrimônio exigíveis

A Resolução nº 3.859, de 2010, do CMN, foi editada para regular a constituição e o funcionamento das cooperativas de crédito no Brasil. A referida norma traz em seu texto os limites mínimos a serem observados quanto ao capital integralizado e ao patrimônio de referência das cooperativas singulares e centrais de crédito, bem como os limites de exposição por cliente.

Há ainda outras normas de igual ou maior importância no que toca aos limites operacionais a serem observados pelas cooperativas de crédito, como as Resoluções nº 2.283, de 5 de junho de 1996, e nº 2.669, de 25 de novembro de 1999, que definem limites de imobilização; e as Resoluções nº 4.193 e nº 4.194, ambas de 1º de março de 2013, que estabelecem os limites de compatibilização do patrimônio de referência (PR) com o patrimônio de referência exigido (PRE).

Para compreensão e definição dos limites a serem observados pelas cooperativas de crédito, pode-se dizer, com relativa margem de segurança, que o entendimento do conceito de patrimônio de referência é indispensável, pois serve como base para o cálculo de quase todos os limites mencionados, bem como dos índices que eventualmente sejam necessários para a análise da saúde financeira das cooperativas.

Mesmo a definição de conceitos contábeis não sendo objetivo imediato do estudo aqui desenvolvido, é importante frisar que a ideia de patrimônio de referência, além de englobar o patrimônio líquido, leva em consideração níveis de capital calculados de acordo com as exigências da Resolução nº 4.192, de 1º de março de 2013, a qual, juntamente com as Resoluções nº 4.193 e nº 4.194, ambas de 2013, foi editada em observância às definições dos acordos de Basileia III.

Os referidos limites operacionais exigidos variam de acordo com a forma de constituição da cooperativa de crédito, sendo diversas as particularidades operacionais a serem observadas nas modalidades facultadas pela Resolução nº 3.859, de 2010, do CMN, evidenciando-se a importância do conhecimento dos detalhes inerentes a cada tipo de cooperativa em que eventualmente se necessite manejar a compensação de perdas por sobras de exercícios futuros.

Dito isso, deve ser destacado, com base no parágrafo único do artigo 9º, da Lei Complementar nº 130, de 2009, que, para que ocorra a compensação de

perdas por sobras de exercícios futuros, a cooperativa deve se manter ajustada aos limites operacionais, mesmo com a redução do seu patrimônio decorrente da apuração de perdas.

Caso contrário, se as perdas implicarem o desenquadramento da instituição aos limites a ela exigidos, impõe-se o rateio e o pagamento imediato das perdas como formas de ajuste e readequação do capital da cooperativa, conforme se depreende da exigência legal bem como das palavras de Ênio Meinen (2010, p. 28), ao afirmar: “Se, com as perdas, o PR tornar-se insuficiente, é necessário reconstituí-lo, iniciando pelo rateio imediato das perdas.”

Assim, a necessidade da observância dos limites operacionais mínimos para utilização da compensação das perdas por sobras de exercícios futuros é condição preliminar para utilização da compensação como expediente de solução do revés em caso de apuração de perdas por uma cooperativa em determinado exercício, tendo em vista ser esse um requisito legal a ser obedecido.

2.2 Controle das parcelas de perda correspondentes a cada associado

A conservação dos valores discriminados das parcelas de perdas correspondentes a cada associado, por sua vez, é mais do que um mero requisito a ser observado na compensação de perdas por sobras de exercícios futuros. É também o meio de se efetivar a verificação dos valores individuais exatos das perdas a serem compensadas, por associado.

Assim, com o controle das parcelas de perda correspondentes a cada associado, será possível compensar, de forma individualizada, as perdas ocorridas com as futuras sobras, pois isso possibilita confrontar os valores devidos por cada associado, referentes ao exercício em que foi apurado o resultado negativo com os valores a que esses associados fizeram jus, a título de sobras nos exercícios seguintes.

Este é o entendimento corroborado por Ênio Meinen (2010, p. 59), ao tratar do assunto:

Quando da compensação com as sobras futuras, o correto, uma vez que haja o citado controle, é fazer um encontro entre os valores representativos

do crédito (parcela da sobra) e do débito (parcela da perda deferida) de cada associado. Cumpre ainda assinalar que, havendo sobras suficientes para cobrir a totalidade das perdas remanescentes, ainda que seja no primeiro exercício seguinte, não se pode parcelar a recuperação das perdas (a absorção deve ser integral).

Esse, a nosso sentir, é o ponto nevrálgico da discussão em torno da compensação de perdas por sobras de exercícios futuros. Isso porque a individualização dos valores de perdas será o meio eficaz de se aplicar compensação de forma justa, sem que implique prejuízo aos associados que contribuam para recuperação dos resultados no futuro, pois possibilita a adoção de medidas pela cooperativa no intuito de recuperar os valores cabíveis a cada um dos associados pelas perdas apuradas.

Por ora, limita-se a abordagem sobre o controle individual das parcelas de perda cabíveis a cada associado ao reconhecimento da sua imprescindibilidade, seja por observância ao requisito exposto em dispositivo legal, seja pelo entendimento da implicação prática de tal procedimento na efetivação da compensação de perdas por sobras de exercícios futuros.

2.3 Aprovação da Assembleia Geral

O *caput* do art. 9º, da Lei Complementar nº 130, de 2009, exige expressamente a aprovação em Assembleia Geral para a compensação de perdas por sobras de exercícios futuros.

Não se percebem dessa exigência, *a priori*, mais questionamentos. Esse entendimento, entretanto, pode mascarar a imperiosa necessidade de se enfrentarem problemas de enorme repercussão na administração da cooperativa de crédito, decorrentes da aprovação em Assembleia, a saber: (i) a decisão da Assembleia Geral vincula os exercícios seguintes?; (ii) pode uma nova Assembleia refutar a decisão daquela que decidiu pela compensação de perdas por sobras de exercícios futuros?; (iii) sendo a Assembleia órgão soberano das cooperativas, pode sua decisão suplantar os demais requisitos legais para compensação de perdas por sobras de exercícios futuros?; (iv) mesmo presentes os demais requisitos legais, não se vislumbrando probabilidade, nem mesmo

possibilidade, de sobras em exercícios futuros num curto prazo, pode, ainda assim, a Assembleia deliberar pela compensação em exercícios futuros?; (v) em que medida respondem os administradores das cooperativas de crédito pelo manejo equivocado da compensação de perdas por sobras de exercícios futuros?

Da breve exposição das questões acima, resultante da necessidade de deliberação em Assembleia, verifica-se a extensão e a complexidade do tema, pois, para cada uma das questões, muitas são as abordagens possíveis.

Não se pretende aqui, contudo, abordar toda essa temática, o que implicaria dilatação substancial do objeto inicialmente delimitado para o presente trabalho. A citação das indagações formuladas serve tão somente como ilustração de quão profundamente pode repercutir a decisão de se compensarem as perdas por sobras de exercícios futuros para a administração de uma cooperativa de crédito.

Merece ser destacado ainda que, ao ser aprovada pela Assembleia a compensação das perdas por sobras de exercícios futuros, deve ser definida a fórmula de cálculo das perdas, como forma de se definir o seu exato valor, de forma individual, em complemento à ideia abordada no item anterior. Essa definição será crucial para as medidas a serem adotadas futuramente nos casos de inexistência de sobras a compensarem as perdas, assim como para dar efetividade à importante individualização dos valores apurados, fundamental para a justeza da compensação.

Outros pontos fundamentais ligados ao tema proposto devem ainda ser levantados, o que se passa a fazer em tópicos específicos.

3 Distinção entre compensação contábil e compensação individual das perdas

No item 3.2, foi ressaltada exigência legal quanto à necessidade do controle das parcelas de perda correspondentes a cada associado, além da sua importância para o confronto futuro do valor individual devido por cada associado com os valores individuais de sobras dos exercícios seguintes, para efeitos de compensação.

Conforme mencionado anteriormente, o presente trabalho não objetiva tecer comentários acurados sobre questões contábeis, o que certamente extrapolaria

os limites da nossa especialidade profissional. Mesmo considerando essa realidade, com o fito de possibilitar a análise mais aprofunda do tema em apreço, estabelecemos diferenciação entre compensação individual das perdas e compensação contábil do valor total de perdas da cooperativa, distinção que tem apenas cunho didático, e não estritamente técnico.

Assim, para os efeitos aqui pretendidos, entendemos por compensação individual o confronto havido entre o valor rateado como perda para cada um dos associados, com base em fórmula de cálculo expressamente definida, e o valor que eventualmente cada um desses mesmos associados, isoladamente, venham a perceber como sobras, em exercícios futuros, sendo tais resultados (negativos e positivos) compensados entre si.

Já a compensação contábil do valor total das perdas de determinado exercício com as sobras de exercícios futuros seria um cotejo entre o valor absoluto observado como perda em um dado exercício pela cooperativa e os eventuais valores das sobras registradas em outros exercícios posteriores.

A compensação individual não se confunde com a compensação contábil, mas não a exclui. A compensação contábil ocorre naturalmente com o registro dos resultados contábeis dos exercícios. Com a mera elaboração dos balanços de exercícios sucessivos, fica contabilmente compensado o resultado negativo de um exercício que eventualmente seja seguido pela ocorrência de sobras, no exercício subsequente.

Não é desse tipo de compensação, porém, que trata a Lei Complementar nº 130, de 2009. O entendimento adotado neste trabalho é que a compensação de que trata artigo 9º da citada lei é a que entendemos como compensação individual do valor de perda devido por cada associado, isoladamente, que pode ocorrer no decurso de mais de um exercício futuro, pelas seguintes razões.

- I. O art. 9º a que se refere acima estipula, em seu parágrafo único, a necessidade de conservação do “controle da parcela correspondente a cada associado” como um dos requisitos da compensação de perdas por sobras de exercícios futuros. Essa exigência já evidencia a importância dos valores individuais para efetivar a compensação.
- II. Não haverá necessidade de compensação imediata de todo o valor de sobras, se não houver desenquadramento da cooperativa dos limites operacionais exigíveis, situação que sequer possibilitaria a compensação de perdas por sobras de exercícios futuros.

- III. Se a ocorrência de perdas não for suficiente para desenquadrar a cooperativa dos limites operacionais de observância obrigatória, seria uma medida excessiva a exigência da compensação imediata do valor total das sobras, considerada a ausência de implicação negativa em caso de compensação em mais de um exercício.
- IV. Na prática, a compensação total e imediata dos valores absolutos implicaria transferência de obrigações entre associados, uma vez que os valores devidos a títulos de sobras a alguns seriam utilizados para compensar os valores devidos por outros que não fizessem jus a sobras no mesmo exercício, desconsiderando, por completo, a necessidade de individualização das obrigações dos associados para com a cooperativa.
- V. Tal mistura de obrigações de cooperados geraria insegurança jurídica, em virtude da incerteza em relação à delimitação de obrigações imputáveis a cada um deles.

Cada um dos itens acima é passível de outros desdobramentos que podem servir como ponto de partida para muitas argumentações convergentes e/ou em sentido contrário. A exposição dos argumentos, contudo, em seu conjunto, serve como demonstrativo das premissas assumidas neste texto, bem como da linha de entendimento que se pretende demonstrar neste trabalho.

O convencimento aqui alcançado parece também ser o que norteia Ênio Meinen (2010, p. 59), que preconiza em sua obra já mencionada anteriormente que

(...) a cooperativa deve manter o controle individual da parcela das perdas correspondentes a cada associado, de modo a permitir que possa ser feita, a cada ano, a compensação individual das perdas com as sobras geradas para cada associado, ou seja, cada associado terá que ter, no prazo estabelecido para a compensação das perdas, sobras suficientes para a cobertura da sua parcela das perdas, de modo que os associados que não contribuíram para a geração das perdas, objeto da compensação, não necessitam contribuir para a sua cobertura (grifamos);

Uma vez esclarecida a distinção entre compensação contábil e compensação individual das perdas e demonstrado entendimento sobre a modalidade de compensação à qual se refere o comando legal em estudo, importa frisar a relevância dessa compreensão para as repercussões a serem consideradas, quando infrutíferas as compensações em relação a alguns associados.

4 Extensão do termo “exercícios seguintes”, empregado na Lei Complementar nº 130, de 2009

O artigo 9º da Lei Complementar nº 130, de 2009, prevê a compensação de perdas “por meio de sobras dos exercícios seguintes”, mas não há, no comentado dispositivo legal, limitação temporal aos “exercícios seguintes” em que ocorrerá a compensação das perdas.

Em alguns casos, a ocorrência de resultado negativo em uma cooperativa de crédito é circunstancial, por decorrer de uma conjuntura econômica específica local desfavorável, porém transitória. Situações como essas tornam pertinente a utilização da compensação de perdas por sobras de exercícios futuros.

Situações há, entretanto, em que não se vislumbram sobras em exercícios seguintes, dada a situação econômico-financeira da cooperativa, de modo que as perdas podem jamais ser compensadas.

Além disso, fatalmente muitos dos associados que derem causa ao resultado negativo de uma cooperativa em determinado exercício (pela inadimplência, não utilização dos serviços ou qualquer outro motivo) não serão determinantes nas sobras dos exercícios seguintes, culminando com a inexistência de sobras que compensassem as parcelas individuais de perdas já ocorridas a si cabíveis.

Por oportuno, deve ser dito que, por razões de ordem prática, as cooperativas de crédito, ao adotarem a compensação de perdas por sobras de exercícios futuros, não poderão deixar de estipular um planejamento detalhado acerca da compensação nos exercícios seguintes, cujo resultado precisa se fazer sentir em um lapso temporal previamente estipulado, de modo que se assegure a adoção de novas medidas, que objetivem a recuperação dos valores devidos pelos associados no futuro.

A principal medida a ser adotada pela cooperativa para recuperação de crédito em caso de insucesso da compensação é a cobrança judicial, devendo, para tanto, ser observado o prazo prescricional de cinco anos do Código Civil³. Assim, para que se observe o prazo prescricional citado, é imperioso que o confronto entre os valores individuais das perdas e os valores efetivamente compensados ocorra até

3 Código Civil. Art. 206. Prescreve: § 5º Em cinco anos: I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 11/4/2013.

quatro anos após a Assembleia decidir pela compensação de perdas por sobras de exercícios futuros. Isso porque, não havendo suficiência de valores a serem compensados pelo associado até aquele momento, haveria ainda prazo de um ano para que fosse intentada a competente ação de cobrança.

Nesse esteio, fica claro que, apesar da inexistência de definição legal do que deve ser considerado o termo “exercícios seguintes”, entendemos razoável que o planejamento a ser estipulado para compensação de perdas por sobras de exercícios futuros compreenda prazo não superior a quatro anos, a fim de que fiquem asseguradas outras medidas para se recuperarem créditos eventualmente não compensados.

Em último caso, mostrando-se inadequado o manejo de ação de cobrança judicial em relação a alguns associados e considerando-se o alto custo da medida ante os baixos valores a serem cobrados, pode a cooperativa optar pela absorção das perdas pelo patrimônio da cooperativa, desde que tal medida igualmente não implique desenquadramento dos limites operacionais exigidos da cooperativa.

Todas essas medidas são perfeitamente possíveis, de acordo com o poder de gestão dos administradores, incumbindo-lhes avaliar a conveniência e a oportunidade de cada uma delas, ressalvadas as deliberações que careçam de aprovação em Assembleia.⁴

Há que se frisar que, em todos os casos abordados, o valor total desses débitos, em cumprimento a exigência legal de controle das parcelas de perda correspondentes a cada associado, deverá ficar registrado na contabilidade da cooperativa, para embasar eventuais medidas a serem adotadas pela sua administração, no intuito de recuperar tais valores.

4 Lei 5.764, 16 de dezembro de 1971.

Art. 44. A Assembleia Geral Ordinária, que se realizará anualmente nos 3 (três) primeiros meses após o término do exercício social, deliberará sobre os seguintes assuntos que deverão constar da ordem do dia:

I - prestação de contas dos órgãos de administração acompanhada de parecer do Conselho Fiscal, compreendendo:

a) relatório da gestão;

b) balanço;

c) demonstrativo das sobras apuradas ou das perdas decorrentes da insuficiência das contribuições para cobertura das despesas da sociedade e o parecer do Conselho Fiscal.

II - destinação das sobras apuradas ou rateio das perdas decorrentes da insuficiência das contribuições para cobertura das despesas da sociedade, deduzindo-se, no primeiro caso as parcelas para os Fundos Obrigatórios;

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm>. Acesso em 11/4/2013.

5 Conclusão

Considerando-se os tópicos aqui apresentados, conclui-se que os administradores das cooperativas de crédito devem compreender a abrangência da previsão disposta no artigo 9º da Lei Complementar nº 130, de 2009, por ser a compensação de perdas por sobras de exercícios futuros uma medida complexa, que repercute em muitos pontos operacionais da administração das cooperativas.

Por isso, torna-se importante conhecer detalhes das implicações da compensação de perdas por sobras de exercícios futuros, a fim de que, sendo necessário o manejo de tal medida, tenha-se a exata dimensão da perda, especialmente considerando a ocorrência de perdas como um resultado factível para muitas cooperativas, conforme já exposto.

Adotamos no presente trabalho o entendimento de que o dispositivo do artigo 9º da Lei Complementar nº 130, de 2009, que serviu de base para desenvolvimento de toda a argumentação, traz como premissa subjacente ao próprio texto legal o seguinte:

- I. a utilização da acepção do vocábulo “compensação” como compensação individual, e não como compensação contábil, de modo que se depreende do texto a necessidade do confronto individual de valores de perdas e sobras cabíveis a cada associado, isoladamente;
- II. a inexistência de obrigatoriedade de compensação imediata dos valores correspondentes ao total das perdas no primeiro exercício subsequente, ainda que as sobras (totais) sejam superiores aos valores das perdas, considerando que tal medida mitigaria a individualização dos valores;
- III. consequentemente, a possibilidade de compensação das perdas por sobras de forma parcelada, em exercícios futuros, sendo, no entanto, do interesse da cooperativa limitar o prazo para a efetivação da compensação.

Vale ressaltar que o presente trabalho pretende servir de ponto de partida para o debate sobre tema de tão abrangente repercussão nas cooperativas de crédito, reconhecendo não ser capaz de apresentar conclusões acertivas (pela recentidade da inovação legal), mas apenas uma análise sobre pontos relevantes a serem observados e um breve posicionamento sobre eles. Que novos trabalhos e estudos com aprofundamento sejam elaborados então.

Referências

BULGARELLI, Waldírio. **Regime Jurídico das Sociedades Cooperativas**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1965.

Lei n º 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm>. Acesso em: 7 mar. 2013.

Lei n º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 2 jun. 2013.

Lei Complementar n º 130, de 17 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp130.htm>. Acesso em: 7 mar. 2013.

MEINEN, Ênio. Lei Complementar 130/2009. In: LOREDO DE SOUZA, João Batista; e MEINEN, Ênio. **Cooperativas de Crédito: gestão eficaz – Conceitos e práticas para uma administração de sucesso**. Brasília: Confefras, 2010.

POLONIO, Wilson Alves. **Manual das Sociedades Cooperativas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Conselho Federal de Contabilidade. **Resolução n º 1.013, de 21 de janeiro de 2005**. Disponível em: <http://www2.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.asp?Codigo=2005/001013>. Acesso em: 28 mar. 2013.

Conselho Monetário Nacional. **Resolução n º 3.859, de 27 de maio de 2010**. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2010/pdf/res_3859_v3_P.pdf>. Acesso em: mar. 2013.

Política de Integridade Pública em Licitações

João Marcelo Rego Magalhães*

Introdução. 1. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 – Lei Geral de Licitações: disciplina geral da Política de Integridade Pública em Licitações. 1.1 Objetivos e princípios. 1.2 Vedações e deveres gerais dos agentes públicos. 1.3 Participação conflitante com o interesse público. 1.4 Integridade nos procedimentos de habilitação, instrução e julgamento. 1.5 Integridade na formalização e na execução contratual. 1.6 Controle social. 1.7 Controles externo e interno. 2 Respeito às determinações específicas e à jurisprudência do Tribunal de Contas da União como elemento de política de integridade pública em licitações. 2.1 Dever de obediência às determinações específicas. 2.2 A jurisprudência de caráter geral e a forma de cumprir os entendimentos fixados. 3 Política de integridade em licitações e normas relativas à sustentabilidade ambiental. 4 Política de integridade em licitações e Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 – Lei de Acesso à Informação. 5 Política de integridade em licitações e Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 – Lei do Conflito de Interesses. 6 Política de integridade em licitações e Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 – Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira. 7 Conclusão.

Resumo

A análise crítica da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei Geral de Licitações, dos pronunciamentos oriundos dos órgãos de controle externo, das regras sobre sustentabilidade ambiental, da legislação que garante acesso à informação, regula o conflito de interesses e veda a prática de atos de corrupção contra o poder público, bem como o estudo das orientações fixadas pelo órgão de assessoramento jurídico competente, possibilitam identificar um conjunto de

* Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor) e Procurador do Banco Central do Brasil

princípios e regras a que estão obrigados a cumprir os agentes públicos em suas relações com a Administração Pública, em atenção à legitimidade, à legalidade e à probidade dos procedimentos licitatórios. Esse arcabouço de normas, que deve ser observado antes mesmo de garantidos os direitos dos particulares que almejam contratar com o Estado, pode ser denominado de Política de Integridade Pública em Licitações.

Palavras-chave: Licitações. Responsabilidade do agente público. Política de integridade pública.

Public Integrity Policy of Bidding

Abstract

From a critical analysis of the Law 8.666/1993 (General Bidding Law), of the pronouncements coming from external oversight bodies, of the rules on environmental sustainability, of laws that guarantee access to information, regulate conflict of interest and prohibit the practice of acts of corruption against the government, and of the guidelines laid down by the competent legal advisory body, it is possible to identify a set of principles and rules that public officials are required to comply in their relations with the public administration, in respect the legitimacy and legality of bidding procedures. This framework of rules, that must be observed before even guaranteed the rights of individuals that aims to hire with the Government, can be named Public Integrity Policy of Bidding.

Keywords: *Bidding. Responsibility of the public official. Public integrity policy.*

Introdução

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, também conhecida como Lei Geral de Licitações, estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, bem como

seus fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A Lei Geral de Licitações é usualmente referida como instrumento normativo destinado a garantir a isonomia entre os interessados em participar das contratações públicas, por meio da adoção de princípios, como a impessoalidade, a igualdade, a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo. Ao lado do objetivo de garantir igual oportunidade a todos os interessados, há a seleção da proposta mais vantajosa e o desenvolvimento nacional sustentável.

Todavia, as relações entre Estado e particulares no âmbito do processo licitatório¹, que se pautam pelo sopesar dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público em relação aos direitos constitucionais e legais dos interessados, caminham ao lado de outra relação jurídica: a estabelecida entre o Estado e os agentes públicos responsáveis pela condução do processo licitatório, fundada no dever que têm esses agentes de garantir a legitimidade, a legalidade e a probidade do referido processo.

Também fundados nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e norteados pela legalidade administrativa, sem deixar de observar os princípios da razoabilidade, da eficiência e da segurança jurídica, entre outros, na avaliação das situações concretas, os agentes públicos têm o dever de obedecer a um arcabouço normativo, que pode ser denominado de Política de Integridade Pública em Licitações.

Portanto, o presente estudo trata apenas das obrigações impostas aos agentes públicos no âmbito dos processos licitatórios decorrentes de leis e demais atos normativos oriundos do poder público em caráter vinculante (recomendações dos órgãos de controle, orientações normativas e outros), sem cuidar das condutas impostas aos licitantes. É essa delimitação de escopo que qualifica como “pública” a política de integridade adiante exposta.

É de todo oportuno tentar delimitar o referido arcabouço normativo que está obrigado a observar o agente público na condução dos processos licitatórios. Sem sombra de dúvida, a disciplina geral de uma política de integridade pública em licitações está delineada na Lei nº 8.666, de 1993.

¹ Para os fins do estudo aqui desenvolvido, não há diferença quanto ao significado das expressões “processo licitatório” ou “procedimento licitatório”, sendo ambas utilizadas para designar o conjunto de atos formalmente estabelecidos, com o objetivo de permitir a contratação pública de obras, de serviços ou de bens, conforme a disciplina da Lei nº 8.666, de 1993.

De fato, a Lei Geral de Licitações contém diversas normas que impõem obrigações aos agentes públicos quando responsáveis por processos licitatórios. E aqui não se trata daquelas que são garantidoras de direitos aos interessados, reitoras da relação entre agente público e particular, mas sim das que impõem uma conduta pautada na legitimidade, na legalidade e na probidade em razão do papel de agente do Estado. São normas que, se não observadas, maculam a integridade da licitação não por ato de um particular, mas por ilicitude cometida pelo agente público, por ação ou omissão.

Assim, a prática administrativa do efetivo respeito a todas as normas da Lei nº 8.666, de 1993, que impõem obrigações aos agentes públicos perante seu respectivo órgão ou entidade na condução de um processo licitatório, constitui o núcleo fundamental de toda política de integridade em licitações.

Com o exame do teor da Lei Geral de Licitações – aplicável, repita-se, a todos os órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios –, é possível identificar várias obrigações (de fazer e de não fazer) componentes daquele núcleo fundamental de uma política de integridade em licitações, que são impostas aos agentes públicos. Adotando uma classificação pautada nos termos usados na Lei nº 8.666, de 1993, é possível dizer que as obrigações são relativas a:

- a) objetivos e princípios (art. 3º, *caput*);
- b) vedações e deveres gerais dos agentes públicos (art. 3º, §§ 1º e 3º, 4º, 14, 16, 21, 25, § 2º, e 26);
- c) participação conflitante com o interesse público (art. 9º);
- d) integridade nos procedimentos de habilitação, instrução e julgamento (art. 27, 38, 41 e 44);
- e) integridade na formalização e execução contratual (art. 54, § 1º, 55, 63 e 71, § 2º);
- f) controle social (art. 101 e 113, § 1º);
- g) controles externo e interno (art. 102 e 113, *caput* e § 2º).

Além do disposto na Lei nº 8.666, de 1993, é possível afirmar que os agentes públicos envolvidos nos processos licitatórios devem atender às obrigações contidas nas leis e nos atos com caráter normativo e/ou vinculante, elencados a seguir:

- a) determinações específicas e jurisprudência de caráter geral oriundas do Tribunal de Contas da União (TCU);

- b) normas relativas à sustentabilidade ambiental, especialmente a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 1, de 19 de janeiro de 2010, no que se refere às licitações federais;
- c) Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 – Lei de Acesso à Informação;
- d) Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 – Lei do Conflito de Interesses;
- e) Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 – Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira.

1 Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 – Lei Geral de Licitações: disciplina geral da Política de Integridade Pública em Licitações

1.1 Objetivos e princípios

Parte-se da premissa de que, por ser a lei geral que trata de licitações e contratos administrativo, a Lei nº 8.666, de 1993, conterà as regras gerais de uma política de integridade pública em licitações, materializadas em um conjunto de obrigações, algumas de fazer, outras de não fazer. Inicialmente, cabe tratar das obrigações impostas aos agentes públicos relativas ao respeito dos objetivos e dos princípios da Lei nº 8.666, de 1993.

Ainda que se possa dizer que o art. 2º da Lei nº 8.666, de 1993, contenha o princípio fundamental da precedência do processo licitatório para as contratações públicas², ressalvados os casos de licitação dispensada, dispensável e inexigível, os objetivos e os princípios que devem ser fielmente observados pelos agentes públicos no curso das licitações públicas estão estampados no *caput* do art. 3º:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da

2 “Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.
Parágrafo único. (...)”

publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(...)

A primeira parte do dispositivo trata dos objetivos de toda licitação:

- a) garantir isonomia de oportunidades a todos os interessados em licitar com o poder público;
- b) selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração;
- c) promover o desenvolvimento nacional sustentável.

A segunda parte do *caput* do art. 3º, por sua vez, contém a relação dos princípios que devem ser observados em todas as fases do processo licitatório:

- a) legalidade;
- b) impessoalidade;
- c) moralidade;
- d) igualdade;
- e) publicidade;
- f) probidade administrativa;
- g) vinculação ao instrumento convocatório;
- h) julgamento objetivo.

Dos objetivos acima, a observância do princípio constitucional da isonomia é o que toca diretamente à atividade dos agentes públicos, tendo em conta que, a cada instante ou fase do procedimento licitatório, é preciso garantir a paridade de direitos e oportunidades a cada interessado, independentemente de determinação expressa em normas ou regulamentos.

A garantia de isonomia dos direitos no curso da licitação implica duas abstenções ao agente público: não se deve privilegiar alguém com direito não extensível aos demais, assim como não é lícito vedar a alguém o exercício de direito garantido a todos. Situações particulares, amizades ou inimizades não devem, por exemplo, levar a redução ou dilação de prazo para apresentação de propostas ou recursos. O desrespeito ao princípio da isonomia macula de vício insanável o processo licitatório e impõe a apuração de responsabilidade ao agente público que lhe deu causa. A seleção da proposta mais vantajosa é objetivo que será atingido se forem observados os critérios definidos em edital para escolha do licitante vencedor, tendo em conta os tipos de licitação possíveis: menor preço, melhor técnica, técnica e preço ou maior lance ou oferta.

É oportuno observar que o necessário respeito à isonomia e à escolha da proposta mais vantajosa impõe deveres específicos aos agentes públicos, estampados no § 1º do art. 3º, da Lei nº 8.666, de 1993, que serão tratados adiante.

Quanto ao objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável – novidade incorporada pela Lei nº 12.340, de 1º de dezembro de 2010, devidamente regulamentada pelo Decreto nº 7.546, de 2 de agosto de 2011–, basta ao agente público atentar para a disciplina jurídica das margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

Em relação à lista de princípios, é preciso compreender que a maioria deles contém inegável carga de indeterminação – impessoalidade, moralidade, igualdade e probidade administrativa –, sendo eles, de fato, parâmetros para a atuação justa e legítima do agente público. Por outro lado, a legalidade, a publicidade, a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo são princípios devidamente transformados em várias obrigações no corpo da Lei nº 8.666, de 1993.

1.2 Vedações e deveres gerais dos agentes públicos

Definidos os objetivos e os princípios norteadores do processo licitatório, os demais dispositivos da Lei nº 8.666, de 1993, irão se encarregar de disciplinar um extenso conjunto de vedações e deveres impostos aos agentes públicos.

Como tentativa de sistematizar esse rol de obrigações, é possível afirmar que existem obrigações atinentes a temas específicos – conflito de interesses, procedimentos de habilitação e julgamento, formalização e execução contratual, controle social e controles externo e interno – e outras obrigações que podem ser denominadas de “gerais”.

Pois bem, as obrigações gerais englobariam as vedações e os deveres impostos aos agentes públicos, com a finalidade de proteger os seguintes valores norteadores do processo licitatório:

- a) os objetivos da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa (art. 3º, § 1º);
- b) o dever genérico de garantia da publicidade e da ciência dos atos (art. 3º, § 3º, 16, 21 e 26);
- c) a fiel observância do princípio da legalidade (art. 4º);
- d) a responsabilidade na gestão dos recursos públicos (art. 14 e 25, § 2º).

O respeito à isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa são objetivos do procedimento licitatório que guardam certa reciprocidade. O desrespeito à isonomia pode ensejar que se consagre vencedor aquele que tenha obtido privilégios, e não o que tenha a melhor proposta. Pode também fazer com que o interessado portador da melhor proposta seja alijado do processo por perseguição pessoal. De outro lado, se o processo for fraudado para se escolher a proposta que não seja a mais vantajosa para o poder público, não se estará tratando de forma desigual os desiguais na medida de sua desigualdade, pois a isonomia também significa que aquele interessado que se diferenciou por trazer a melhor oferta seja tratado de forma diferente, sendo adjudicado a ele o objetivo licitado.

Fruto dessa interação entre os deveres de respeitar a isonomia e a escolha da proposta mais vantajosa, o § 1º do art. 3º traz as seguintes vedações dirigidas ao conjunto dos agentes públicos do órgão ou entidade licitante, estejam ou não diretamente envolvidos no procedimento:

- a) admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem seu caráter competitivo (mesmo nos casos de sociedades cooperativas) e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o estabelecimento de margem de preferência (§§ 5º a 12 do art. 3º da Lei Geral de Licitações) e o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 1991;
- b) estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, até no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvada a adoção de critérios de desempate (§ 2º do art. 3º da Lei Geral de Licitações) e o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Quanto aos deveres de publicidade e ciência dos atos praticados no curso do processo licitatório, devem os agentes públicos atender às seguintes regras da Lei nº 8.666, de 1993:

- a) a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura (art. 3º, § 3º);

- b) será dada publicidade, mensalmente, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público, à relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, de maneira que claramente haja identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação, podendo ser aglutinadas por itens as compras feitas com dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 16);
- c) os avisos com os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, uma vez, no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais (art. 21, *caput* e inciso I);
- d) os avisos com os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, uma vez, no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou municipal ou do Distrito Federal, respectivamente. Seja a licitação estadual, seja municipal, publicada em jornal diário de grande circulação no estado e em jornal de circulação, se houver, no município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição (art. 21, *caput* e incisos II e III);
- e) as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º, todos da Lei Geral de Licitações, deverão ser comunicados, dentro de três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos (art. 26).

A fiel observância do princípio da legalidade é dever imposto a todos os agentes públicos no curso de procedimento licitatório, em face da disposição contida no *caput* do art. 4º da Lei nº 8.666, de 1993:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

(...)

Como decorrência do princípio da legalidade, o agente público deve respeitar precipuamente as formalidades do conjunto de atos que compõem o processo licitatório, obedecendo às cominações legais pertinentes, medida ressaltada pelo parágrafo único daquele mesmo artigo³.

De toda sorte, é bom deixar claro que não deve ser dada prevalência à forma sobre o conteúdo, sendo certo que qualquer processo administrativo deve se fundar no formalismo estritamente necessário para obtenção do interesse público, tendo em conta que a forma cominada para cada ato é apenas instrumento, e não fim em si mesmo. Tal afirmação é corroborada pelo teor dos incisos VIII e IX da Lei nº 9.784, de 1999, da qual se conclui que os atos procedimentais que realizam seu fim devem ser considerados válidos, ainda que praticados em ligeiro desacordo com o rito legal previsto.

A última das obrigações gerais impostas ao agente público na condução de licitação é o dever de responsabilidade na gestão dos recursos públicos, que pode ser vislumbrada nos seguintes mandamentos da Lei nº 8.666, de 1993:

- a) nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa (art. 14);
- b) nas hipóteses de inexigibilidade e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (art. 25, § 2º).

³ “Art. 4º (...)

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.”

1.3 Participação conflitante com o interesse público

Para garantia de integridade de uma licitação, também se exige que seja vedada a participação de alguns atores que, em razão de prévio desempenho de certas atividades ou de condição jurídica peculiar, possam obter vantagem ou privilégio no âmbito do procedimento licitatório.

Por tal razão, o art. 9º da Lei Geral de Licitações veda que participem, direta ou indiretamente, tanto do procedimento licitatório quanto de eventual execução de obra ou serviço e fornecimento de bens:

- a) o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
- b) a empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% do capital, com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;
- c) o servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

A lei se ocupou ainda de definir “participação indireta” na licitação, que, nos termos do § 3º do art. 9º, seria “a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista” entre determinados sujeitos e “o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários”.

E quem seriam esses sujeitos que não podem participar de uma licitação nem mesmo de forma indireta? A conjunção dos §§ 3º e 4º do art. 9º permite afirmar que os autores dos projetos básico e executivo e os servidores membros da comissão de licitação do órgão ou entidade contratante não podem ter nenhum vínculo com nenhum dos licitantes ou responsáveis pelos serviços, fornecimento e obras objetos da contratação.

1.4 Integridade nos procedimentos de habilitação, instrução e julgamento

Nas fases de habilitação e julgamento de um processo licitatório é que, efetivamente, os agentes públicos envolvidos podem, e devem, realizar os

objetivos de garantir a isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Nesse sentido, os deveres concernentes à integridade dos procedimentos que são impostos aos agentes públicos podem ser vislumbrados no teor dos art. 27, 38, 41 e 44.

O art. 27 determina que, dos interessados em contratar com o poder público, só pode ser exigida documentação que vise auferir habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos).

Por oportuno, é importante mencionar que o Tribunal de Contas da União (TCU) tem jurisprudência firmada no sentido de que a Administração Pública deve ater-se, de forma estrita, ao rol dos documentos elencados nos art. 27 a 31 da Lei Geral de Licitações, para fins de habilitação, não sendo lícita a exigência de nenhum outro documento que não sejam os que estejam ali indicados. São paradigmáticos desse posicionamento da Corte de Contas federal a Decisão nº 202/1996-Plenário, a Decisão nº 523/1997-Plenário, o Acórdão nº 808/2003-Plenário e o Acórdão nº 1.602/2004-Plenário.

O art. 38, por sua vez, impõe ao agente público duas obrigações pertinentes à instrução do processo de licitação: a observância do conjunto documental necessário para conferir validade ao procedimento e a remessa das minutas de editais de licitação para exame e aprovação prévia da assessoria jurídica do órgão ou entidade da Administração Pública.

É importante dizer que os pareceres emitidos por assessoria jurídica não têm caráter vinculante, mas, caso o gestor público responsável pela autorização da licitação discorde dos termos do parecer jurídico, deverá apresentar por escrito a motivação dessa discordância, antes de prosseguir com os procedimentos relativos à contratação, sob pena de responder integralmente pela efetiva ocorrência de eventuais irregularidades apontadas na manifestação jurídica, conforme já decidiu o TCU no Acórdão nº 521/2013-Plenário.

Já o art. 41 da Lei Geral de Licitações impõe aos agentes públicos responsáveis pelo processo licitatório o dever de observar fielmente as normas e as condições do edital, sem possibilidade de exigir condutas e obrigações dos interessados não

previstas em respeito ao princípio da legalidade e da segurança jurídica, ainda que indique como fundamento o interesse público abstratamente considerado. Todavia, no Acórdão nº 3.381/2013-Plenário, o TCU firmou posição de que a interpretação estrita dos termos dos editais não pode levar à desconsideração do princípio da seleção da proposta mais vantajosa.

Ao se examinar o art. 44, é possível vislumbrar obrigações direcionadas especificamente à comissão de licitação, que podem ser resumidas no seguinte rol:

- a) considerar apenas os critérios objetivos definidos em edital, que nunca poderão contrariar os princípios e as regras da Lei nº 8.666, de 1993;
- b) não desprezar, ainda que indiretamente, o princípio da isonomia entre os licitantes, por meio da utilização em edital de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado;
- c) não considerar nenhuma oferta de vantagem não prevista no edital, até mesmo financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseados nas ofertas dos demais licitantes;
- d) não admitir proposta que apresente preços global ou unitário simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e dos salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie à remuneração, parcial ou totalmente.

1.5 Integridade na formalização e na execução contratual

Superadas todas as fases da licitação, é chegado o momento de formalizar a contratação e acompanhar a execução da obra, do fornecimento de bens ou da prestação de serviço. A primeira diretriz a guiar a conduta do agente público deve ser o disposto no § 1º do art. 54 da Lei nº 8.666, de 1993, que preceitua o seguinte:

Art. 54. (...)

§ 1º os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

(...)

Em complemento a tal determinação, o art. 55 da Lei Geral de Licitações apresenta o conjunto de cláusulas que devem constar de forma obrigatória em todos os contratos administrativos⁴.

Sob o prisma da publicidade, o art. 63 franqueia a qualquer licitante, e não apenas àquele que apresentou a proposta vencedora, o conhecimento dos termos do contato firmado e de outras informações do processo de licitação e a qualquer interessado – aquele que não seja licitante, mas comprove influência do contrato firmado em direito próprio – a obtenção de cópias autenticadas, mediante o pagamento das custas pertinentes.

No que toca particularmente à execução contratual, deve o gestor do contrato acompanhar os recolhimentos dos encargos previdenciários resultantes da execução dos contratos e zelar por sua regularidade, tendo em conta que o § 2º do art. 71 da Lei nº 8.666, de 1993, preceitua que a Administração Pública responde solidariamente com o contratado por tais encargos.

Por oportuno, salienta-se que a Administração Pública não tem responsabilidade sobre eventual inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas e fiscais, haja vista que o Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, declarou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666, de 1993⁵, e

4 Art. 55 São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I – o objeto e seus elementos característicos;

II – o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV – os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V – o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI – as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII – os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII – os casos de rescisão;

IX – o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X – as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI – a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII – a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

(...)

5 Art. 71 O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

(...)

impôs limites à aplicação do Enunciado n° 331 da Súmula de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST)⁶.

1.6 Controle social

Também é papel do agente público que atua no processo de licitação observar as normas que visam garantir o controle social do procedimento, ou seja, o controle de regularidade dos atos realizado por iniciativa do cidadão, destinatário último de todos os atos da Administração Pública, que devem sempre promover o interesse público, e não interesses próprios.

Nesse sentido, o art. 101 da Lei n° 8.666, de 1993, impõe ao poder público o dever de prestar todas as informações necessárias ao cidadão que deseje provocar, para os efeitos previstos na Lei Geral de Licitações, a iniciativa do Ministério Público em face da ocorrência de fato tipificado como crime e sua respectiva autoria e outras circunstâncias que sejam de seu conhecimento.

Por oportuno, deve ser mencionado que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação da Lei Geral de Licitações, conforme expresso no § 1° do art. 113.

Nesse sentido, como forma de garantir o controle social quanto às licitações públicas e oferecer um meio de atender ao disposto no § 1° do art. 113 da Lei n° 8.666, de 1993, seria interessante que os órgãos e os entes da Administração

6 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n° 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n° 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n° 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Pública tivessem canal de comunicação próprio para receber reclamações e denúncias de irregularidades relativas aos procedimentos licitatórios, para os casos em que quaisquer licitantes, contratados e pessoas físicas e jurídicas optassem por fazer comunicação de forma direta à Administração Pública, e não ao sistema de controle interno ou ao órgão de controle externo competente.

Cabe dizer ainda que a Ouvidoria de Licitações aqui sugerida não precisaria estar em um sistema informatizado particular, o que traria desnecessário aumento de custos, bastando que fosse constituída uma área específica no sistema de ouvidoria já adotado pelo órgão ou pela entidade da Administração Pública, com procedimentos próprios de distribuição da demanda, elaboração da resposta e ciência aos departamentos de controle interno, auditoria e assessoria jurídica, a depender da gravidade da irregularidade noticiada.

1.7 Controles externo e interno

A Lei nº 8.666, de 1993, também impõe deveres aos membros dos Tribunais de Contas responsáveis pelo controle externo dos contratos administrativos quanto a legalidade, legitimidade e economicidade, aos agentes públicos componentes dos órgãos de controle internos dos órgãos ou entidades contratantes e aos agentes públicos que daqueles recebam solicitações ou determinações.

Nesse sentido, é pertinente destacar os seguintes comandos normativos previstos na Lei Geral de Licitações:

- a) quando, em autos ou documentos de que tiverem conhecimento os membros dos Tribunais de Contas ou os titulares dos órgãos integrantes do sistema de controle interno de qualquer dos poderes, for verificada a existência dos crimes definidos nessa lei, remeter-se-ão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia (art. 102);
- b) o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por essa lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa em execução, nos termos da Constituição, sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto (art. 113, *caput*);

- c) os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar, para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou as entidades da Administração interessados na adoção de medidas corretivas pertinentes que, em razão desse exame, forem-lhes determinadas (art. 113, § 2º).

Não custa lembrar ainda que o controle externo tem fundamento constitucional, haja vista que o art. 74, § 2º, estabelece que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”, regra que deve ser estendida aos Tribunais de Contas dos estados e dos municípios.

2 Respeito às determinações específicas e à jurisprudência do Tribunal de Contas da União como elemento de política de integridade pública em licitações

2.1 Dever de obediência às determinações específicas

Como órgãos dotados de autonomia administrativa e financeira, com função de auxiliar o controle externo exercido pelo respectivo Poder Legislativo, os Tribunais de Contas proferem decisões que, mesmo não tendo a natureza de decisão judicial, são vinculantes para a Administração Pública, que não pode simplesmente desrespeitá-las ou invalidá-las, conforme entendimento que se assenta na melhor doutrina, que as difere das decisões puramente administrativas para conferir tratamento de “decisões quase jurisdicionais” (DI PIETRO, 1996:23).

Ainda que se tome como mera referência a posição doutrinária, não é possível olvidar que esse também é o entendimento de nossos Tribunais Superiores, tendo em conta as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)

no Recurso Especial nº 464.633/SE⁷ e pelo STF por ocasião de voto do Ministro Castro Nunes, publicado na RDA 12/421, transcrito parcialmente a seguir:

Se essa decisão, ineludivelmente administrativa, é suscetível de apreciação judiciária e pode, portanto, vir a juízo e ser anulada pelos tribunais, não o pode fazer o Tesouro, porque o Tribunal de Contas – órgão posto de permeio entre os poderes para vigiar a execução das leis de meios, e o fiscal constitucional daqueles que as aplicam, dos que têm poder de despende, isto é, do Poder Executivo – e tribunal sobranceiro à própria Administração. A Administração não pode invalidar os seus atos [os atos do Tribunal de Contas].

Fundado em tal posicionamento, o TCU, notadamente quanto à aplicação das normas gerais de licitação, já assentou diversas vezes o caráter vinculante de suas decisões que imponham determinações específicas, ou seja, aquelas dirigidas diretamente a órgão ou entidade da Administração Pública, no exercício de sua função de auxiliar o controle externo, o que pode ser observado tanto nos Acórdãos nº 400/2011-Plenário e nº 3.104/2013-Plenário, quanto no Enunciado nº 222 de sua Súmula de jurisprudência, a seguir colacionada:

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O descumprimento do dever de obediência às determinações específicas do TCU tem por consequência a aplicação da multa prevista no inciso VIII do art. 58 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, àqueles comprovadamente reincidentes.

7 PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA. ILEGALIDADE. REGISTRO. NEGATIVA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

I - "A aposentadoria é ato administrativo sujeito ao controle do Tribunal de Contas, que detém competência constitucional para examinar a legalidade do ato e recusar o registro quando lhe faltar base legal" (RE nº 197227-1/ES, Pleno, Rel. Ministro ILMAR GALVÃO, DJ de 07/02/97).

(...)

III - A decisão do Tribunal de Contas que, dentro de suas atribuições constitucionais (art. 71, III, CF), julga ilegal a concessão de aposentadoria, negando-lhe o registro, possui caráter impositivo e vinculante para a Administração.

(...)

(REsp 464.633/SE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, 5ª turma, julgado em 18/2/2003, DJ 31/3/2003, p. 257)

A redação do dispositivo legal leva a concluir que o primeiro descumprimento de determinação específica não será punido, mas a reincidência terá punição automática, sem possibilidade de apresentação de justificativas.

2.2 A jurisprudência de caráter geral e a forma de cumprir os entendimentos fixados

Como visto acima, o TCU já sumulou entendimento de que suas decisões pertinentes às normas gerais de licitações – o que contempla, além da Lei nº 8.666, de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, Lei do Pregão – devem ser acatadas não apenas pela União, mas também por estados, Distrito Federal e municípios. O fundamento de tal extensão se dá pelo fato de que cabe privativamente à União legislar sobre as normas gerais de licitação⁸, o que implica observância dos demais entes federativos às interpretações e aos entendimentos firmados no âmbito da Corte de Contas federal.

Acrescenta-se, por oportuno, que a Corte de Contas federal não entende como vinculantes apenas as determinações específicas, mas todo e qualquer entendimento firmado em caráter geral que diga respeito à interpretação e à aplicação da Lei nº 8.666, de 1993, tendo o TCU já assentado que “constitui irregularidade a inobservância, na tomada de decisões, em especial, na área de licitações, dos entendimentos firmados no âmbito do Tribunal de Contas da União, conforme enunciado nº 222 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal”⁹.

Todavia, há significativa diferença nos efeitos decorrentes do descumprimento das decisões genéricas em comparação com as determinações específicas, tendo em conta que a não observância daquelas atrai a aplicação do disposto no § 1º do art. 58 da Lei nº 8.443, de 1992, e não a regra do inciso VIII do *caput* do artigo, o que permite ao agente público apresentar motivo justificado para o não atendimento da jurisprudência fixada.

Nesse instante, é forçoso observar que alguns entendimentos jurisprudenciais do TCU excepcionam a “letra fria” da Lei Geral de Licitações – comumente em face da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade –, o

8 Constituição Federal, art. 22, inciso XXVII.

9 Acórdão nº 3.104/2013–Plenário.

que exige cuidado especial por parte das assessorias jurídicas, ao analisarem as minutas de editais e contratos¹⁰.

Ocorre que, no curso de uma licitação ou durante a execução do contrato, podem ocorrer situações em que a assessoria jurídica adotará o posicionamento do TCU, e não o texto literal da Lei nº 8.666, de 1993, o que exigirá, em face do dever de observar o princípio da legalidade, manifestação expressa e documentada nos autos do procedimento licitatório de que a exceção ao conteúdo do texto legal tem por fundamento decisão emanada da Corte de Contas federal.

É possível invocar como exemplo de tais situações de excepcionalidade o tema dos limites para alteração dos valores contratuais, que são fixados no § 1º do art. 65 da Lei Geral de Licitações, cujo texto segue transcrito:

Art. 65. (...)

§ 1º contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

(...)

Ocorre que o TCU, por ocasião da Decisão nº 215/1999-Plenário, já firmou jurisprudência no sentido de que os limites legais previstos naquele dispositivo podem ser excedidos em situações excepcionais de alteração contratual de natureza qualitativa, como se pode verificar do seguinte excerto (com destaques nossos):

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

(...)

8.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º da Lei nº 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à Consulta formulada (...) nos seguintes termos:

a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei,

¹⁰ Por força da determinação contida no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993.

do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

(...)

Isso posto, quando reconhecida a ocorrência da situação excepcional de alteração qualitativa de que trata a Decisão nº 215/1999-Plenário, o exame jurídico deve esclarecer quais valores mencionados em aditivos contratuais se enquadram nos limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993, e quais valores podem ser contratados sem considerar aqueles limites além das justificativas pertinentes.

Assim, em se tratando desse caso particularmente – extrapolação dos limites legais para alterações contratuais em face do reconhecimento das situações descritas na Decisão nº 215/1999-Plenário –, as manifestações jurídicas que adotem o reconhecimento da hipótese excepcional devem estar nos autos do procedimento licitatório e conter, além das justificativas do enquadramento, os seguintes elementos:

- a) valor de cada aditivo contratual;
- b) percentual de acréscimo e/ou supressão do aditivo em relação ao valor original;
- c) percentual de acréscimo e/ou supressão do aditivo albergado pela Decisão nº 215/1999-Plenário, quando for o caso.

Não custa ressaltar que o exemplo aqui proposto serve apenas para ilustrar que a adoção por órgão ou entidade da Administração Pública de entendimentos do TCU que destoem de interpretação literal da Lei Geral de Licitações precisam ser devidamente explicitados e justificados, tanto por força da adoção do princípio da legalidade como regra – que, nesses casos, cede à razoabilidade e à proporcionalidade –, quanto para os fins dos controles social (por parte dos diretamente interessados e dos cidadão, na forma da lei), interno (do corpo técnico competente na forma regimental) e externo (de competência do próprio TCU).

3 Política de integridade em licitações e normas relativas à sustentabilidade ambiental

Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, um dos objetivos do procedimento licitatório é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. No âmbito federal, a regulamentação do tema é objeto do Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, que estabelece critérios, práticas e diretrizes para promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública federal.

Conforme disposto no art. 4º desse decreto, são diretrizes de sustentabilidade, entre outras:

- a) menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;
- b) preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;
- c) maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;
- d) maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;
- e) maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;
- f) uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais;
- g) origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Todavia, quando se fala em regulamentação específica para a temática da sustentabilidade ambiental no âmbito das contratações federais, a disciplina jurídica desse decreto deve ser complementada com outro normativo.

A Instrução Normativa nº 1/2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG/SLTI), definiu critérios de sustentabilidade ambiental para as licitações promovidas pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Do exame das disposições trazidas pela Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 1/2010, é possível concluir que, com sua edição, os editais de licitação da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional deverão:

- a) prever critérios de sustentabilidade ambiental (art. 1º);
- b) ter suas especificações voltadas à economia da manutenção e da operação das edificações, quando se tratar de obra ou serviço de engenharia, à redução do consumo de energia e água e à utilização obrigatória de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental (art. 4º);

- c) exigir critérios específicos de sustentabilidade ambiental para aquisição de bens (art. 5º);
- d) prever adoção de prática de sustentabilidade na execução dos serviços contratados (art. 6º).

Assim, partindo da afirmação de que uma política de integridade pública em licitações significa o conjunto normativo a que deve obedecer o agente público, para fins de garantir a legitimidade, a legalidade e a probidade de um procedimento licitatório, é possível concluir que, ao menos no âmbito das licitações e das contratações federais, as disposições encartadas no Decreto nº 7.746, de 2012, e na Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 1/2010 também compõem aquele conjunto de normas, ao lado das disposições da Lei nº 8.666, de 1993, e das recomendações (específicas) e decisões (genéricas) provenientes do TCU¹¹.

4 Política de integridade em licitações e Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 – Lei de Acesso à Informação

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, ou Lei de Acesso à Informação (LAI), tem por objetivo regular o acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216, todos da Constituição Federal. Suas disposições se aplicam a União, estados, Distrito Federal e municípios, até mesmo à respectiva Administração Indireta, aos poderes Legislativo e Judiciário, às Cortes de Contas e ao Ministério Público.

Os procedimentos previstos na Lei nº 12.527, de 2011, destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem observar tanto os princípios básicos da Administração Pública quanto as seguintes diretrizes¹²:

- a) observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- b) divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- c) utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

¹¹ Aqui tomadas com força normativa em face de seu caráter vinculante, conforme Enunciado nº 222 da Súmula de jurisprudência da Corte de Contas federal.

¹² Conforme redação do art. 3º da Lei de Acesso à Informação.

- d) fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- e) desenvolvimento do controle social da administração pública.

Nesse sentido, a adoção da Política de Integridade Pública em Licitações exige que o agente público que atua no curso de um procedimento licitatório busque atender às diretrizes da Lei de Acesso à Informação, pautado pelas regras postas na Lei Geral de Licitações, o que significará a adoção de procedimentos que visem preservar as informações consideradas pela LAI como sigilosas e divulgar as informações que sejam de interesse público, com base em uma cultura interna de transparência.

Quanto à restrição das informações consideradas sigilosas, é importante mencionar que a própria LAI, ainda que preveja a publicidade como regra, ocupou-se de relacionar algumas hipóteses de restrição ao acesso à informação. A apresentação dessas hipóteses não foi realizada de forma sequencial, apesar de o texto da LAI haver sistematizado um capítulo especialmente para as restrições do acesso à informação (Capítulo IV), o que exige breve compilação de seus artigos, apresentada a seguir:

- a) informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 7º, § 1º);
- b) sigilo previsto em outras normas (art. 22);
- c) informações classificadas como sigilosas (art. 23 e 24);
- d) informações de caráter pessoal (art. 31).

No que concerne à divulgação das informações que sejam de interesse público pelos meios permitidos pela tecnologia da informação, em atenção à cultura interna de transparência, é bom dizer que o conceito de “informações de interesse público” é, *a priori*, indeterminado.

Todavia, no caso particular da Lei Geral de Licitações, o exame de seus artigos ante as diretrizes estampadas na Lei de Acesso à Informação leva a estabelecer um rol de informações pertinentes aos procedimentos licitatórios que devem ser amplamente franqueadas tanto aos interessados em contratar quanto aos cidadãos no exercício do direito de fiscalizar os gastos públicos, transcrito a seguir:

- a) o procedimento de preparação e formalização da licitação pública (art. 3º c/c art. 21);
 - b) a relação de empresas favorecidas em decorrência da margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (art. 3º, § 13);
 - c) os valores registrados em sistemas de registros de preços (art. 15);
 - d) as compras feitas pela Administração Pública Direta e Indireta (art. 16);
 - e) o resumo do instrumento de contrato firmado em procedimento de licitação (art. 61, parágrafo único);
 - f) as normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de cada competência (art. 115, parágrafo único);
 - g) os regulamentos sobre o procedimento licitatório das sociedades de economia mista, das empresas e fundações públicas, observadas as disposições legais (art. 119);
- (...)

Tratando particularmente do tema “transparência pública”, é importante dizer que ela pode ser concebida como a ação estatal que visa garantir aos cidadãos o pleno conhecimento da execução orçamentária das receitas e das despesas públicas, incluídas as informações sobre a arrecadação e o dispêndio por meio das contratações bem como o processo de prestação, verificação e exame das contas dos gestores públicos.

Fica patente, pois, a importância da inclusão das informações sobre os procedimentos licitatórios na atuação estatal em busca da transparência pública, tendo em conta que as contratações públicas comumente deles se derivam, salvo as hipóteses de inexigibilidade ou dispensa de licitação.

Ante a análise do teor da LAI, é possível afirmar que o tema da transparência pública tem sido tratado sob duas ordens distintas: os instrumentos que concretizam a transparência pública e o conteúdo que deve ser divulgado de forma obrigatória pelo poder público, a chamada transparência pública ativa. Em outras palavras, a transparência pública significa que a Administração pública deve:

- a) disponibilizar instrumentos que possibilitem amplo conhecimento das contas públicas pelos cidadãos (instrumentos da transparência pública);
- b) divulgar, de ofício, o conjunto de informações sobre a estrutura, despesas e receitas dos entes e órgãos públicos (transparência pública ativa).

Assim, da mesma forma que, para efetivar o controle social das contratações da Administração Pública foi sugerida uma Ouvidoria de Licitações¹³, cabe sugerir aos órgãos e às entidades públicas, agora para fins de cumprir as regras de transparência pública da LAI, que elaborem um Portal de Despesas, em que seja dada total transparência aos valores dispendidos nos pagamentos das contratações de obras, prestações de serviços e aquisições de bens.

5 Política de integridade em licitações e Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 – Lei do Conflito de Interesses

A Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, ou Lei do Conflito de Interesses (LCI), tem por escopo disciplinar as hipóteses de conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal e os impedimentos que deverão ser observados posteriormente àquele exercício.

O regime integral da LCI é aplicável a ministros de Estado, ocupantes de cargos de natureza especial e do Grupo Direção e Assessoramento Superiores (DAS), níveis 6 e 5, além de presidentes, vice-presidentes e diretores das entidades da Administração Indireta. Aos demais agentes públicos do Poder Executivo federal, a Lei nº 12.813, de 2013, é aplicável apenas quanto à disciplina do dever de prevenção, às hipóteses que configuram conflito de interesses e à proibição do uso de informação privilegiada.

Para os efeitos da LCI, configura conflito de interesses, conforme regra posta em seu art. 3º, inciso I, a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública. Por sua vez, as hipóteses fáticas de conflito de interesses foram exaustivamente descritas no art. 5º e são as seguintes:

- a) divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas;
- b) exercer atividade que implique prestação de serviços ou manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual esse agente participe;

¹³ Vide Capítulo 2.6.

- c) exercer, direta ou indiretamente, atividade que, em razão da sua natureza, seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, até mesmo, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;
- d) atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios;
- e) praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, de que possa se beneficiar ou que influa em seus atos de gestão;
- f) receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual o agente público participe, fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento;
- g) prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.

Portanto, de acordo com o disposto pela Lei do Conflito de Interesses, todo agente público que atue, direta ou indiretamente, na condução dos procedimentos licitatórios fica proibido de utilizar, em proveito próprio ou de terceiro, as informações relativas às propostas de preços, de exercer atividades de consultoria ou de atuar como procurador de empresas interessadas em contratar com o poder público e de atuar em processo de que participe como licitante pessoa jurídica que tenha participação sua ou de seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.

Por sua vez, além das proibições acima descritas, o agente público que tenha poder de decisão sobre qualquer fase de um procedimento licitatório fica proibido de exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em sua decisão, seja ela individual, seja colegiada, bem como com aquelas interessadas em receber qualquer presente fora dos limites e condições estabelecidas em regulamento.

6 Política de integridade em licitações e Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 – Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, também referida como Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira (LAEB) ou Lei da Empresa Limpa (LEL), dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Ainda que não contenha disposição expressa sobre seu âmbito de aplicação, a Lei nº 12.846, de 2013, ao se referir à prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, deixa isento de dúvidas que suas normas deverão ser observados pela Administração Direta e Indireta de todos os entes federativos, União, estados, Distrito Federal e municípios, incluídos os poderes Legislativo e Judiciário, além de Tribunais de Contas e Ministério Público, quando atuarem em sua função estritamente administrativa.

Em seu art. 5º, a LAEB relaciona o conjunto de atos que considerada lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, cabendo destacar aqueles cuja lesão é pertinente às licitações e contratações públicas, descritos no inciso IV do citado dispositivo, reproduzidos a seguir:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) constituir, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais;
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

No âmbito administrativo, as pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos na LAEB serão condenadas a multa, no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, e a publicação da decisão condenatória.

Qualquer agente público responsável pela condução de procedimento licitatório, ao vislumbrar a possibilidade de ocorrência de ato tipificado no inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, tem o dever de provocar, na forma do regulamento pertinente, a autoridade máxima do respectivo órgão ou entidade da Administração Pública, que, com base na ciência inequívoca, passa a encampar a responsabilidade pela apuração dos fatos.

Por oportuno, é preciso observar que a autoridade máxima pode ter delegado a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração da conduta lesiva a outro agente público, o que implica dizer que, a esse agente delegado, deverá ser dirigida a provocação.

De toda sorte, com ou sem delegação, a ciência da irregularidade prevista na LAEB como potencial ato lesivo deve ser comunicada à autoridade competente de forma expressa e inequívoca, sem margem de dúvida ou ambiguidade, sendo adequada a adoção do expediente do aviso ou certificação de recebimento do documento físico ou virtual que contenha a ciência dos fatos, as provas e os documentos julgados pertinentes.

Caso o ato lesivo tenha sido praticado contra Administração Pública estrangeira, a ciência deve ser dirigida à Controladoria-Geral da União (CGU), na forma da regulamentação própria.

O agente público que noticiar a suposta ocorrência de ato lesivo a licitação ou contratação pública deve informar ainda se tem ciência de qualquer das informações previstas no art. 7º da LAEB, o que será levado em consideração na aplicação das sanções.

É forçoso salientar que a Lei nº 12.846, de 2013, em seu art. 27¹⁴, previu disciplina especialmente rigorosa para o agente público que tenha competência para apurar os fatos lesivos tipificados e não adote as providências cabíveis, sendo possível a responsabilização penal, civil e administrativa, nos termos da legislação específica aplicável.

14 Art. 27 A autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da legislação específica aplicável.

Como mencionado, a autoridade máxima encampará a responsabilidade pela apuração dos fatos de que tomar ciência, o que implica afirmar que o art. 27 da LAEB leva a concluir ainda, em uma interpretação *a contrario sensu*, que haverá responsabilidade pessoal do agente público que, mesmo não tendo poder decisório ou competência para instaurar o respectivo processo administrativo sancionatório, permanecer inerte em sua obrigação de dar ciência dos fatos considerados lesivos pela Lei nº 12.846, de 2013.

Ademais, o teor do inciso I do art. 30 da LAEB conduz claramente ao entendimento de que qualquer agente público atuante em procedimento licitatório que não der ciência à autoridade competente de ato lesivo de que tenha conhecimento – e esteja tipificado no inciso IV do art. 5º dessa lei – será responsabilizado, de forma pessoal, por ato de improbidade administrativa. Tal afirmação é baseada na interpretação conjunta daquele primeiro dispositivo da LAEB com o art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei da Improbidade Administrativa (LIA).

Para melhor compreensão do raciocínio, cabe reproduzir inicialmente o inciso I do art. 30 da Lei nº 12.846, de 2013:

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:
I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e
(...)

A seguir, a transcrição do *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
(...)

Ora, se eventual sanção aplicada pela LAEB não afasta a responsabilidade por ato de improbidade previsto na Lei nº 8.429, de 1992, e a omissão que viola os deveres de honestidade e lealdade à Administração Pública é exemplo de ato de improbidade, a conduta do agente público que atua em procedimento licitatório

e omite qualquer dos atos previstos no art. 5º, inciso IV, da Lei nº 12.846, de 2013, será punida tanto com supedâneo no art. 27 dessa lei quanto no art. 11 da LIA, em um exemplo típico de independência de instâncias punitivas.

Portanto, imaginar que o art. 27 da Lei nº 12.846, de 2013, só deva ser aplicado às autoridades competentes para instauração do processo administrativo de responsabilização é permitir a impunidade de agentes públicos que atuam em licitações e permanecem dolosamente inertes diante de atos lesivos devidamente tipificados para se aproveitar de uma interpretação literal que não se coaduna com os fins da LAEB. Tal entendimento permitiria, até mesmo, um conluio entre agentes públicos e suas autoridades máximas, em um pacto de silêncio e omissão que beneficiaria a todos, mas seria lesivo à Administração Pública.

Todavia, a repercussão mais relevante que o conjunto de regras da LAEB traz à Política de Integridade Pública em Licitações diz respeito ao dever que compete aos agentes públicos envolvidos de prevenir a participação de empresa condenada à suspensão ou interdição de suas atividades ou com dissolução compulsória estabelecida por atos lesivos à Administração Pública, penalidades aplicáveis em eventual processo judicial, conforme previsto no art. 19 da LAEB.

Nesse sentido, é cabível, e recomendável, que o processo licitatório seja instruído com declaração das pessoas jurídicas interessadas, que não sofreram condenações às penalidades previstas nos incisos II e III do art. 19 da Lei nº 12.846, de 2013 (suspensão ou interdição parcial de atividades ou dissolução compulsória), por prática de atos lesivos à Administração Pública.

7 Conclusão

O dever dos agentes públicos de garantir a legitimidade, a legalidade e a probidade dos processos licitatórios, com observância de determinado conjunto normativo, é o que se pode denominar de Política de Integridade Pública em Licitações. Não se trata aqui das normas garantidoras de direitos aos interessados em licitar ou das que impõem deveres de conduta a estes, mas daquelas que, se não observadas, maculam a integridade da licitação por ilicitude cometida pelo agente público, por ação ou omissão.

Apesar de ser correto afirmar que a disciplina geral daquela política de integridade está delineada na Lei nº 8.666, de 1993, é forçoso dizer que o referido arcabouço normativo vai além dessa norma, englobando as determinações e decisões do Tribunal de Contas da União sobre licitações e contratos públicos, as normas relativas à sustentabilidade ambiental no âmbito das contratações e a legislação nacional que trata dos temas do acesso à informação, do conflito de interesses e da prevenção aos atos lesivos à Administração Pública, naquilo que for pertinente às licitações públicas.

No que concerne à Lei Geral de Licitações, a política de integridade aqui delineada impõe a observância das regras pertinentes aos objetivos e princípios, o rol dos deveres denominados de “gerais”, as participações conflitantes com o interesse público, os procedimentos de habilitação, instrução e julgamento, a formalização e a execução contratual e os controles social, externo e interno.

Necessário observar ainda que, para os fins de uma política de integridade, as decisões proferidas pelo TCU, quanto à aplicação das normas gerais de licitação, têm caráter vinculante quando imponham determinações específicas a órgão ou entidade da Administração Pública. A Corte de Contas federal confere caráter vinculante não apenas às determinações específicas, mas a todo e qualquer entendimento firmado em caráter geral que diga respeito à interpretação e à aplicação da Lei nº 8.666, de 1993.

Há que se dizer ainda que, como forma de cumprir o objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável, os processos licitatórios federais deverão atentar para as determinações do Decreto nº 7.746, de 2012, e, particularmente quanto ao tema da sustentabilidade ambiental, para a Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 1/2010, que determina a previsão de critérios de sustentabilidade para obras, serviços e aquisições nos editais de licitação.

Completando o rol normativo que deve o agente público obedecer para fins de garantir a legitimidade, a legalidade e a probidade das licitação públicas, há as disposições pertinentes contidas nas Leis nº 12.527, de 2011, nº 12.813, de 2013, e nº 12.846, de 2013, que tratam da regulamentação do acesso à informação, da prevenção ao conflito de interesses públicos e privados e da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, respectivamente.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 de junho de 1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. **Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2015.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Coisa Julgada – Aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União**. Revista do TCU, v. 27, n. 70, p. 23, out/dez 1996.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. **Contratos Administrativos na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. **Licitações na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

O Discurso Jurídico no Brasil e a Hermenêutica Endoprocessual: tecendo fios soltos¹

Virgínia Colares*

Introdução. 1 Pragmática e pragmatismo nos estudos da Linguagem e do Direito. 2 As associações de Linguagem e Direito na Inglaterra e no Brasil. 3 O discurso jurídico no Brasil. 4 A hermenêutica endoprocessual.

Resumo

Este ensaio discute os fios soltos existentes entre Linguagem e Direito, no que concerne às concepções de linguagem e às suas consequências no fazer jurídico. Busca-se identificar as lacunas para aproximar os dois domínios do saber, articulando elementos que passam entre as duas disciplinas, através e além delas, na busca de compreensão dessa complexidade. A reflexão incide sobre três tópicos, comparando-se os modos de tratar esses tópicos nos estudos da Linguagem e do Direito: (1) acepções de *pragmática* e de *pragmatismo*, com origens historicamente diversas e diferenças epistemológicas profundas no seu fazer científico; (2) as concepções distintas de linguagem, língua, texto, discurso e outros como consequências; e (3) estudo comparado entre associações de Linguagem e Direito na Inglaterra e no Brasil. Chega-se à conclusão de que a razão pela qual a aproximação entre Linguagem e Direito ainda não tenha sido

* Professora do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Doutorado em Linguística pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), pós-doutorado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). *Curriculo lattes*: <<http://lattes.cnpq.br/7462069887119361>>

¹ Uma versão preliminar deste trabalho foi apresentada no XXIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CONPEDI/UFSC, realizado entre 30 de abril e 3 de maio de 2014, em homenagem a Luiz Alberto Warat.

efetivada deve-se ao fato de as tentativas terem incidido em modelos abstratos de línguas ideais, na perspectiva da Linguística; e de o Direito ter construído seu ponto de vista na elaboração de uma concepção de língua com base no senso comum dos professores de língua (regidos pelo paradigma da correção) ou com base na retórica e na lógica clássicas. Assim, essa reflexão propõe a hermenêutica endoprocessual.

Palavras-chave: Filosofia da linguagem. Pragmática linguística. Pragmática jurídica. Associações de Linguagem e Direito. Hermenêutica endoprocessual.

***The Legal Discourse in Brazil and the Hermeneutics Endoprocessual:
weaving loose wires***

Abstract

This essay discusses the gaps between language and law in relation to the concepts of language and its legal consequences in doing. Seeks to identify gaps to bring the two fields of knowledge, articulating elements that permeate across, over and through the two disciplines in an attempt to understand this complexity. The reflection focuses on three topics by comparing the ways to treat the same in language studies and the law: (1) meanings of “pragmatic” and “pragmatism” with historically diverse backgrounds and deep epistemological differences in their scientific work; (2) as a consequence, different conceptions of language, language, text, speech etc.; and (3) lack of discussion of the research methodology of interpretation and meaning production in the two sciences. Reaches the conclusion that the reason why the approach between language and law has not yet been effected is due to the fact that attempts have focused on abstract models of ideal languages, from the perspective of linguistics, and the Right have built your point of view in developing a design language based on common sense language teachers (governed by the paradigm of correction) or based on classical logic and rhetoric.

Keywords: *Philosophy of language. Linguistics pragmatics. Legal pragmatics. Language and law associations. Endoprocessual hermeneutics.*

Introdução

Herbert L. A. Hart (1953), no exame para a cátedra de Teoria Geral do Direito, em Oxford, com a palestra intitulada *Definition and Theory of Jurisprudence*, dirige sua fala aos juristas, convidando-os a prestar atenção ao uso da linguagem do dia a dia, em sua relação prática com o Direito. Explicitamente influenciado pela leitura de Wittgenstein (1953) e Waismann (1945), o autor argumenta que os juristas devem deixar de lado a pretensão de construir teorias baseadas em definições “essencialistas” para os conceitos jurídicos preestabelecidos.

Desde então, a questão da linguagem foi incorporada à agenda dos estudos do Direito. Entretanto, as lentes teórico-conceituais dos juristas não coincidem com o olhar dos linguistas. Nosso intuito é abrir o diálogo entre a Teoria do Processo e a Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ).

Este ensaio propõe o estreitamento teórico entre o Direito e a Linguística. Inicialmente apresentam-se distinções entre *pragmática* e *pragmatismo* nos estudos da Linguagem e do Direito. Em seguida, o relato da elaboração do conceito de Linguística Forense ante a corte de Londres, em 1949, com Jan Svartvik, e a constituição de associações voltadas a intensificar os estudos de Linguagem e Direito no âmbito internacional e nacional. Não há ainda como esboçar os desdobramentos dos estudos do discurso jurídico no Brasil, mas, com a constituição da Associação de Linguagem & Direito (Alidi), uma área de concentração se insinua. A proposta da **hermenêutica endoprocessual busca dar conta das lacunas na produção de sentido dos atos processuais em andamento.**

Refletirei sobre alguns tópicos que se inscrevem na interface dos estudos do Direito e da Linguagem, tentando identificar os fios soltos para tecer um diálogo, no intuito de aproximar os dois domínios do saber, articulando elementos que passam entre as duas disciplinas, além e através delas, na busca de compreensão dessa complexidade.

1 Pragmática e pragmatismo nos estudos da Linguagem e do Direito

Há várias acepções de pragmática e de pragmatismo, adotadas tanto por linguistas como por juristas. Um emaranhado de linhas e correntes são nomeadas de -ismos. Os termos pragmática e pragmatismo têm sido usados como sinônimos ou de forma equivalente, o que não procede. De origem grega, *pragma* significa coisa, objeto, principalmente no sentido de algo feito ou produzido; o verbo *pracein* significa precisamente agir, fazer. Os romanos traduziram *pragma* pelo latim *res*, termo genérico para coisa, perdendo, no trabalho de tradução, a conotação do fazer ou agir, presente, originalmente, no grego. Daí a existência de nomes semelhantes para práticas e acepções com diferenças tão profundas.

Pragmática e pragmatismo são noções concomitantemente usadas pela Filosofia, pelos estudos da Linguagem e pelo Direito.

Em sentido amplo, pragmatismo ou filosofia pragmática refere-se a concepções de filosofia que defendem não só uma distinção entre teoria e prática, mas, sobretudo, o primado da razão prática em relação à razão teórica. Fundamenta-se em Kant, cuja última obra, de 1804, intitulou-se *Antropologia de um Ponto de Vista Pragmático*, até algumas correntes da filosofia contemporânea. Nos Estados Unidos da América, o filósofo lógico Charles Sanders Peirce (1839-1914) aplica a noção de pragmatismo não só na teoria do signo que desenvolve em sua semiótica, mas também na concepção de verdade que defende em sua definição de ciência. Para Peirce, as teorias científicas são conjuntos de hipóteses cuja validade só pode ser determinada se se levar em conta sua eficácia e seu sucesso, ou seja, seus resultados, efeitos e conseqüências, portanto, a prática científica propriamente dita. Com tais reflexões, obteve adesão do psicólogo William James (1842-1910) e de Oliver Wendell Holmes (1841-1935), jurista americano da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1902-1932). William James, embora também adotasse o critério de verdade como sucesso e eficácia, atribuiu caráter mais psicológico e moral. Desenvolveu uma filosofia pragmática ou filosofia utilitária, que levou Peirce, para se dissociar dele, a adotar o termo pragmatismo para caracterizar sua própria concepção semiótica em oposição à de James.

Posteriormente John Dewey (1859-1952), em grande parte, segue mais a linha de James do que a de Peirce. Exerceu grande influência no pensamento filosófico americano nos anos 30 e 40, desenvolvendo uma filosofia voltada para a prática no sentido ético e aplicado, analisando a sociedade e a cultura, em que propunha um sistema filosófico que conjugava o estudo científico da psicologia com a filosofia idealista alemã. Richard Rorty (1931-2007) se destaca, defendendo o que tem sido caracterizado como neopragmatismo. O filósofo de *Harvard Stanley Cavell* (1926-) também pode ser inserido entre os representantes do pragmatismo contemporâneo.

A realidade do Direito subsiste unicamente por meio de sua expressão verbal. Daí a preocupação dos “jusfilósofos” com a virada linguística, à qual se remetem reiteradamente. Entretanto, a virada linguística do século passado tem como pressuposto comum aos vários domínios do saber humanos e sociais o fato de a linguagem (em seus aspectos sintáticos, formais, lógicos, estruturais, semânticos, discursivos) permitir operações como pensar, conhecer, deduzir, ou seja, as operações supostamente mentais ou cognoscitivas – oriundas da cisão entre pensamento e linguagem – não passam de mais um construto dicotomizante do positivismo. Nesse sentido, de que vale nomear de neopragmatismo, se o olhar continua positivista?

A denominada guinada, ou virada, pragmática se dá na filosofia alemã, por sua vez, com Jürgen Habermas (1929-) (Pragmática Universal e Teoria da Ação Comunicativa) e seu amigo e colaborador Karl-Otto Apel (1922-) (Pragmática Transcendental). Inspirados no pragmatismo de Peirce e na filosofia pragmática da linguagem, desenvolveram concepções de pragmática voltadas para a análise das condições de possibilidade da comunicação, de seus pressupostos e de suas implicações, até mesmo nos campos da ética e da política, com vistas à teoria discursivo-procedimental do Direito.

A teoria da competência comunicativa habermasiana emerge, no campo do Direito, como nova forma de articular e fundamentar uma concepção mais ampla da racionalidade, de modo que se repensem os fundamentos normativos da teoria jurídica na sociedade. Habermas, porém, elabora sua teoria da competência comunicativa, começando por delimitar a pragmática universal, fundamentado na gramática gerativo transformacional de Noam Chomsky (1965). O autor evoca as noções de competência linguística e desempenho

linguístico com vistas à teoria dos universais linguísticos (formais e substantivos). A teoria da competência comunicativa tem como tarefa explicar as operações que falante e ouvinte executam com auxílio de universais pragmáticos, quando usam orações (ou expressões extraverbais) em emissões ou manifestações que Habermans denomina “proferimentos”, usados para estabelecer entendimento a respeito de estados de coisas. Os contextos das situações determinadas de fala também constam de elementos extralinguísticos variáveis (por exemplo, a constituição psíquica do falante, seus conhecimentos fatuais, suas habilidades), que constituem o objeto da pragmática empírica. Nesse ponto, Habermas recorre, ainda, à teoria dos atos de fala elaborada por J. L. Austin (1977) e John Searle (1969).

O uso da pragmática, como pano de fundo, também se aplica à denominada virada hermenêutica promovida por Heidegger e Gadamer na hermenêutica filosófica, corrente contemporânea que emerge lá pela metade do século XX e se caracteriza, em grandes linhas, pela ideia de que a verdade é consequência de uma interpretação. A pragmática, nesse caso, leva ao relativismo, e a crítica que se faz é que o relativismo equivale ao “vale tudo”, tanto na concepção da ética, quanto na produção do conhecimento. No campo jurídico, o relativismo é criticado por gerar insegurança social, passando “tudo” a ser relativo. Não discutiremos, aqui, a questão dos limites da hermenêutica e a ideia de pré-compreensão que os princípios metodológicos de interpretação e de explicação pressupõem.

Mas a pragmática linguística pressupõe uma concepção de linguagem segundo a qual o significado é relativo a contextos determinados e deve ser considerado com base no uso dos termos e expressões linguísticos utilizados nesses contextos. Isso não equivale ao “vale-tudo” do relativismo, porque o significado não é visto como arbitrário, mas como dependente do contexto. A consideração do uso envolve, portanto, a determinação das regras e das condições de uso que caracterizam os contextos específicos em que o significado se constitui. Afirmar que o significado é “relativo ao contexto” não é o mesmo que afirmar o “relativismo” semântico, cognitivo ou ético, se relativismo significa que todas as posições se equivalem e são igualmente válidas. Ao contrário, a consideração de regras, convenções e condições de uso exclui a arbitrariedade, explicitando o processo de constituição e de alteração do significado de uma palavra ou expressão linguística dependente, até mesmo, de quem a produz.

Como se vê, linguistas e profissionais do Direito constroem seus objetos de estudo sob perspectivas teóricas e assunções diversas. Na pragmática linguística, no campo de estudos da linguagem, quem primeiro usou esse termo, contemporaneamente, foi Charles William Morris (1901-1979), em 1937, na obra *Logical Positivism, Pragmatism and Scientific Empiricism*. O autor distingue três planos de análise linguística: a sintaxe, “relação dos signos entre si”; a semântica, “relação dos signos com o mundo”; e a pragmática, para designar o estudo da “relação dos signos com seus intérpretes”. Rudolf Carnap (1891-1970), no livro *The Logical Syntax of Language, English translation in 1937*, o lógico e filósofo da ciência de origem alemã, com quem Morris trabalhou em Chicago, por sua vez, definiu a pragmática como o estudo da linguagem em relação aos seus falantes ou usuários. Tanto a definição de Morris quanto a de Carnap fazem parte da já consagrada distinção geral do campo de estudos da linguagem entre pragmática, que considera a linguagem em seu uso concreto, semântica, que examina os signos linguísticos em sua relação com os objetos que designam ou a que se referem, e sintaxe, que analisa a relação dos signos entre si. Recentemente, o termo pragmática passou a englobar todos os estudos da linguagem relacionados a seu uso na comunicação.

A filosofia da linguagem de orientação pragmática valoriza a linguagem comum e o uso concreto da linguagem como a principal instância de investigação, tratando a semântica e a sintaxe apenas como construções teóricas abstratas. A filosofia da linguagem ordinária de Gilbert Ryle, a teoria dos atos de fala de Austin, a concepção de jogos de linguagem de Wittgenstein e até mesmo a semiótica de Umberto Eco (1991), entre outras, podem ser inseridas nessa vertente.

Trata-se de uma visão filosófica segundo a qual o estudo da linguagem deve ser realizado em perspectiva pragmática, ou seja, como prática social concreta, examinando-se, portanto, a constituição do significado linguístico pautado na interação entre falante e ouvinte, no contexto de uso, nos elementos socioculturais pressupostos pelo uso, e nos objetivos, efeitos e consequências desses usos. A pragmática não seria, assim, apenas um segmento dos estudos da linguagem, mas seu campo privilegiado de investigação.

Na minha dissertação de mestrado, nos anos 1980, conto o caso do julgamento de Salomão com base na discussão de Weissbourd & Mertz (1985). Os autores, para tratar a questão da pragmática linguística e a relevância do

contexto, remetem ao Velho Testamento. Relatam que duas mulheres, que moravam juntas, tiveram, cada uma, um bebê. Logo na primeira noite, após o parto, morreu um dos bebês, pois a mãe deitara em cima dele. Essa mãe, então, trocou seu filho morto pelo que vivia, sem que sua companheira percebesse. E não houve ninguém que pudesse testemunhar o fato. A mãe legítima do filho que vivia acordou de madrugada para aleitar o seu filho, quando teve a surpresa. As duas mães reivindicavam o mesmo filho ante o rei Salomão, que, então, determinou ao guarda que o dividisse ao meio, com sua espada, em dois. Então uma das mulheres implorou ao rei que mantivesse o menino vivo, pois ela o cedia à outra mulher. Mas esta disse: “Nem meu, nem teu; que seja dividido”. O rei sentenciou: “Dai à primeira mulher o menino vivo; não o mateis, porque esta é sua verdadeira mãe”.

Dessa situação, avaliam os autores, que Salomão julgou o conflito das duas mulheres que requeriam a guarda da criança com base em inferências e seu conhecimento de mundo, e não pelo conteúdo semântico da fala da primeira mulher. A decisão de outorgar a guarda da criança à mulher que implorou ao rei que mantivesse o menino vivo decorreu da observação de dados contextuais: do comportamento altruísta da verdadeira mãe.

Uma das conclusões de Weissbourd & Mertz (1985) nas pesquisas em culturas africanas é que nossas culturas ocidentais estruturaram seus sistemas de Justiça como se tivéssemos criado outro mundo, fundamentado em fatos institucionalizados, constituído de indivíduos, corporações e propriedades semióticas. Os autores lamentam que o uso efetivo do discurso – em construção, emergente das situações – tenha ficado muito longe de nós.

2 As associações de Linguagem e Direito na Inglaterra e no Brasil

Nos países de língua inglesa, o surgimento da Linguística Forense decorreu das demandas do Judiciário que solicitava a atuação dos linguistas como testemunhas especializadas para atuar em duas situações de interpretação da linguagem nas cortes: (a) o que um dado texto “diz”? e (b) quem é o autor deste texto?, afirma Coulthard (2008, p. 226).

O termo Linguística Forense foi usado pela primeira vez pelo sueco Jan Svartvik, professor de inglês da Universidade de Lund, para nomear sua análise das declarações à corte de Londres, feitas por Timothy John Evans, entre 30 de novembro e 2 de dezembro de 1949. Em 1968, o professor publicou *The Evans Statements a Case for Forensic Linguistics* com base no estudo desses depoimentos proferidos, ante a corte de Londres, por Timothy John Evans. Jan Svartvik explicita as partes polêmicas de uma série de quatro depoimentos prestados à polícia por Evans, que o incriminavam como assassino de sua mulher e sua filha. A análise linguística evidencia que as declarações tinham um estilo gramatical diferente do estilo das partes incontestes do depoimento do acusado.

A Associação Internacional de Linguistas Forenses (sigla em inglês IAFL) é uma sociedade civil, sem fins lucrativos, destinada a congregar profissionais e estudiosos das diversas áreas da Linguística Forense e do Direito, buscando contribuir para desenvolvimento da área em âmbito global. A entidade foi constituída em março de 1993, na *University of Birmingham*, Grã-Bretanha, tendo o Prof. Dr. Malcolm Coulthard como seu primeiro presidente. Sua sede jurídica encontra-se no momento na *University of Aston*, em *Birmingham*, na Grã-Bretanha. Seu atual presidente é o Prof. Dr. Edward Finigan, da *University of Southern California*, Estados Unidos da América (EUA).

Conforme consta em seu estatuto, a IAFL tem como principal objetivo a organização de eventos científicos, por meio dos quais pretende oferecer um fórum de debate e integração aos pesquisadores dedicados ao estudo da Linguagem e do Direito e às suas aplicações bem como de formação científica e aprimoramento a estudantes e profissionais interessados. A IAFL tem realizado conferências internacionais, com a periodicidade aproximada de um evento a cada dois anos, desde sua fundação. São, portanto, vinte anos de história e onze encontros realizados, como se segue.

- 1993 – *I Conference of the Internacional Association of Forensic Linguistics*, *University of Bonn*, Alemanha.
- 1995 – *II Conference of the Internacional Association of Forensic Linguistics*. *Univerity of Armidale*, Austrália.
- 1997 – *III Conference of the Internacional Association of Forensic Linguistics*, *Duke University*, USA.

- 1999 – *IV Conference of the Internacional Association of Forensic Linguistics, University of Birmingham, Grã-Bretanha* (organizado pelo Prof. Dr. Malcolm Coulthard).
- 2001 – *V Conference of the Internacional Association of Forensic Linguistics, University of Malta, Malta.*
- 2003 – *VI Conference of the Internacional Association of Forensic Linguistics, University of Sydney, Austrália.*
- 2005 – *VII Conference of the Internacional Association of Forensic Linguistics, University of Cardiff, Grã-Bretanha.*
- 2007 – *VIII Conference of the Internacional Association of Forensic Linguistics, University of Seattle, EUA.*
- 2009 – *IX Conference of the Internacional Association of Forensic Linguistics, University of Amsterdam, Holanda.*
- 2011 – *X Conference of the Internacional Association of Forensic Linguistics, University of Aston, Grã-Bretanha* (organizado pelo Prof. Dr. Malcolm Coulthard).
- 2012 – *XI Conference of the Internacional Association of Forensic Linguistics, Universidade do Porto, Portugal* (organizada pelo Dr. Rui Sousa-Silva, membro do comitê organizador do nosso evento).

Em 3 de setembro de 2012, foi fundada a Associação de Linguagem e Direito (Alidi)², num encontro na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), em Recife, tendo o professor emérito da Universidade de Birmingham Malcolm Coulthard como presidente de honra pela vasta experiência na área de investigação na IAFL. Desde a fundação da Alidi, no primeiro evento da lista seguinte, foram realizados os eventos elencados a seguir.

- Linguagem & Direito: os múltiplos giros e as novas agendas de pesquisa no Direito (evento de fundação da ALIDI)
Período: 3-6 de setembro de 2012
Local: Universidade Católica de Pernambuco (Unicap) – Recife – PE

2 Atual (Biênio 2014-2016) Diretoria da Associação de Linguagem & Direito (Alidi): Presidente: Virginia Colares Soares Figueiredo Alves; Vice-Presidente: Richard Malcolm Coulthard; 1º Secretário: Vinicius de Negreiros Calado; 2º Secretário: Maria das Graças Soares Rodrigues; Tesoureiro: José Antônio Albuquerque Filho; Diretora de Fomento à Pesquisa: Carmen Rosa Caldas-Couthard; Diretora de Cultura: Lucia Gonçalves de Freitas.

Promoção: Grupo de Pesquisa Linguagem e Direito

<dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3976578375872737>

Coordenação: Virgínia Colares Soares Figueiredo Alves

- Fazendo e Ensinando Linguística Forense

Período: 10 de maio de 2013

Local: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) – Florianópolis – SC

Promoção: Grupo de Linguística Forense da UFSC

<<http://www.linguisticaforense.ufsc.br/tiki-index.php>>

Coordenação: Richard Malcolm Coulthard

- XII Congresso Internacional de Linguagem e Direito (I Congresso Internacional da Associação de Linguagem e Direito do Brasil):
construindo pontes

Período: 11-13 de dezembro de 2013

Local: UFSC – Florianópolis – SC

Coordenação: Richard Malcolm Coulthard

- I Simpósio Internacional de Estudos sobre o Discurso Jurídico – I DISJURI
Período: 26-28 de novembro de 2014

Local: Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) – Natal – RN

Coordenação: Maria das Graças Soares Rodrigues

Como comprovam os registros e os relatórios dos eventos internacionais, os Encontros da IAFL têm reunido pesquisadores do porte de Prof. Dr. Malcolm Coulthard (UFSC), nosso grande incentivador para a fundação da Alidi, Prof. Dr. Peter Tiersma (falecido recentemente, *Loyola Law School, Los Angeles*), Prof. Dr. Larry Solen (*Brooklyn Law School, New York*), Prof. Dra. Janet Ainsworth (*University of Washington, Seattle*), Prof. Dr. Rogey Shuy (*Georgetown Univ., EUA*), Prof. John Gibbons (*Univ. O Sydney, Austrália*), Judge Peter Gray (Tribunal Superior da Austrália), Prof. Dra. Teresa Turell (também falecida recentemente, Universidade Pompeu Fabra, Barcelona). Isso demonstra o esforço que as diversas direções da IAFL têm feito para integrar o evento ao debate e à agenda de pesquisa da comunidade internacional da interface Linguagem e Direito.

A Alidi segue os mesmos propósitos da IAFL, pois pretende trazer para o Brasil essa importante área de pesquisa. O primeiro evento de fundação da Alidi, em setembro de 2012, na Universidade Católica de Pernambuco

(UNICAP) foi realizado com verba do projeto PROCAD UFSC/UNIVALI/ UNICAP nº 23038.0302_12-2008-55, intitulado Judicialização da Política: para uma demarcação do processo de domesticação do político pela jurisdição constitucional no Brasil, dentro das atividades do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNICAP, em que Virgínia Colares (presidente da Alidi) é docente desde sua constituição, em 2005.

A Alidi se propõe a promover estudos sobre os eixos temáticos, a seguir.

- a) Linguística Forense – Trata do estudo da linguagem como evidência, como nos casos de direitos autorais e plágio, identificação de locutor e comparação de vozes, questões de publicidade, marcas, advertências de produtos de consumo, disputas contratuais e demais gêneros textuais envolvidos numa lide ante o Judiciário. Nesses casos, os linguistas atuam como peritos na Justiça.
- b) Discurso Jurídico – Volta-se para as relações de poder que se materializam nos gêneros textuais legais e questões interculturais e de mediação em contextos jurídicos, como os casos dos direitos das minorias linguísticas. Essa linha também realiza análise e interpretação dos textos legais nos mais diversos contextos.
- c) Processo Judicial e Linguagem – Concentra-se na análise e na interpretação dos textos legais em uso nos eventos comunicativos. Estabelece diálogo entre as Teorias do Processo e a Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ).
- d) Interação em contextos legais – Volta-se para a análise de interrogatórios na delegacia e no tribunal, problemas de testemunhas vulneráveis, uso de intérpretes e outras questões.

3 O discurso jurídico no Brasil

Se, nos países de língua inglesa, a Linguística Forense atende às demandas das cortes, no Brasil, tímida e lentamente, a linha de pesquisa Linguagem e Direito vem sendo construída no meio acadêmico por meio do diálogo entre juristas e linguistas. Na Europa, a aplicação da Linguística em situações de julgamento reflete um discurso de busca de modernização da Justiça. Os estudos da linguagem no âmbito do Direito, por seu turno, constituem, cada um deles, uma aplicação possível de pressupostos e postulados da linguística à linguagem

“da” Justiça e à linguagem “na” Justiça nos vários contextos de uso, oral ou escrito, para realizar o Direito.

Nos anos 1980, quando iniciei os estudos sobre o discurso jurídico, no Brasil, havia apenas a dissertação de mestrado de Valda Oliveira Fagundes, *O Discurso no Júri: aspectos linguísticos e retóricos*, publicada pela Cortez, em 1987. A autora, hoje, integra o Conselho Fiscal da nossa Alidi, constituída em 3 de setembro de 2012, na UNICAP.

Em 1992, defendi a dissertação de mestrado intitulada *A Decisão Interpretativa da Fala em Depoimentos Judiciais*, na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). O trabalho demonstra que a consignação de depoimentos judiciais decorre de decisões interpretativas efetuadas durante a tomada dos depoimentos pelo juiz. Os dados analisados foram coletados durante Audiências de Instrução e Julgamento na Justiça pernambucana. A análise subdivide-se em dois estágios: o primeiro, observacional, que compreende a descrição etnográfica do evento comunicativo e a tomada de depoimento; o segundo, descritivo-explicativo, que culmina com a classificação das transformações processadas após depoimento, no ato da elaboração do documento da audiência. As análises realizadas evidenciam que o registro escrito do depoimento oral apresenta certas discrepâncias sob o ponto de vista proposicional (no plano do conteúdo) atribuíveis às condições de produção da fala, já que a própria estrutura do evento impõe mediação do texto-depoimento para o texto-documento. Essa passagem implica processos de organização da textualidade que possibilitam decisões interpretativas acerca daquilo que foi dito por parte do juiz. Nesse trabalho acadêmico, defino:

[...] Análise do Discurso Jurídico é o estudo da natureza, função e consequências do uso da linguagem em contextos jurídicos. Situações em que as duas partes negociam a ordem social e um terceiro interactante detém o poder institucionalizado e, coercitivamente, impõe ou aplica normas suscetíveis a sanções (COLARES, 1992, p. 8).

O trabalho do doutoramento em 1999, *Inquirição na Justiça: estratégias linguístico-discursivas*, discute a noção wittgensteineana de jogo de linguagem, tomando como material a análise de blocos sequenciais de enunciados extraídos de audiências jurídicas autênticas. A análise desses fragmentos identifica estratégias linguístico-discursivas na atividade social de inquirir na Justiça. Aborda-se o funcionamento

estratégico da linguagem com base na noção de atividade (WITTGENSTEIN, 1953), retomada pela etnometodologia, como episódio (HYMES, 1962) e evento comunicativo (SAVILLE-TROYKE, 1982) e pela pragmática como evento de fala (GUMPERZ, 1982) e tipo de atividade (LEVINSON, 1978), numa perspectiva sociopragmática, na qual o papel das relações interpessoais e os contextos sociais imediatos interferem nos diversos processos de inferência. Teóricos como Grice (1975), Searle (1975), Gumperz (1982), Levinson (1981), Jürgen Streeck (1980), Brown (1986), Kasper (1981), Tannen (1985), Dascal (1986) e Koch (1998) são discutidos para tratar a questão da produção de sentido na interação. O tratamento da pergunta-resposta, estrutura da inquirição, fundamenta-se nos estudos de Levinson (1989), Atkinson & Drew (1979), Danet *et al* (1976), Stenström (1984), Marcuschi (1986), Moeschler (1986), Hintikka (1994), entre outros³.

Tais estudos, em si, ainda não caracterizam uma troca específica e sistemática como na psicolinguística, na sociolinguística e, mesmo, na sociologia jurídica e em tantas outras interfaces nas quais os aparatos teóricos e metodológicos são postos em cooperação na construção interdisciplinar de outro objeto de estudo.

Ao que parece, essa troca, que tanto se faz necessária à construção de pontes entre Linguagem e Direito, não irá se realizar de maneira tão pacífica. Christopher Hutton no artigo *Law Lessons for Linguists? Accountability and acts of professional classification* (1996, p. 205-214) – traduzido, *Aulas de Direito para Linguistas? Accountability e atos de classificação profissional* –, atribui a rápida expansão da área de Linguagem e Direito como uma indicação de que os linguistas estão interessados nas complexas maneiras como cada sociedade conduz suas trocas e expõem ao grande público práticas próprias ao seu domínio de conhecimento, acreditando na ampliação da competência profissional em campos fora da academia. O autor, em tom veemente, questiona e faz objeções sobre a relevância dos conceitos linguísticos para disciplinas interpretativas, como a crítica literária e, principalmente, o Direito. Referindo-se às contribuições da linguística forense, Hutton enumera obstáculos de três tipos, conforme se segue.

- Conceitos teóricos dos linguistas, e seus postulados centrais, como disciplinas, que constroem metalinguagens particulares: (a) fornecendo evidências à corte; (b) produzindo e observando transcrições; e (c) identificando vozes

³ Uma adaptação dessa tese de doutoramento, com o mesmo título, foi publicada em 2003 pela editora Sérgio Antônio Fabris.

individuais. Isso constitui um discurso especializado nas idealizações dos linguistas e abstrações que os linguistas têm feito fora do atual “comportamento da linguagem”. Hutton afirma que os linguistas propõem transcrições com peso equivalente ao dos materiais orais produzidos na corte, sob questionáveis assunções de que as cortes operam interpretando quotas de fala ou lendo transcrições. A objeção é que a análise linguística não dá conta da significação de um enunciado particular numa ocasião particular, pois o aparato teórico (abstrato e idealizado) acadêmico não tem competência para tal. Os linguistas, segundo o autor, não podem aplicar suas categorias de gramática e discurso à vida real, sua especialização acadêmica não os habilita para resolver problemas interpretativos fora de seus laboratórios linguísticos.

- Linguística não é ciência na mesma proporção que a Química. O autor introduz sua argumentação, tomando como ponto de partida o fato de que “o linguista pode objetar que a análise linguística é, nesse caso, semelhante à análise química.” A despeito de que nenhum linguista que trabalhe na perspectiva pragmática cometeria tal barbaridade, o autor, fundamentando-se na filosofia cartesiana da ciência, esforça-se em demonstrar que, a exemplo da química, a Linguística não é uma ciência experimental, não trabalha com invariantes, seu método não tem a propriedade da repetibilidade, nem é finalístico (fim prático) nem atemporal etc. Hutton acusa a Linguística de procedimentos *post factum*, intuições, simplificação, de usar teorias internas pautadas em categorias e procedimentos heurísticos. Para o autor:

As intuições linguísticas são meios para o sistema, e não um meio de analisar os sistemas. Neste sentido, as análises linguísticas não estão sujeitas nem a confirmação empírica e refutação, nem são responsáveis por julgamentos sociais sobre a sua exatidão, pertinência, a plausibilidade ou importância. A Linguística tem, com efeito, desenvolvido um terceiro reino da natureza por si só, tratando a língua como *sui generis* e desenvolvendo para isso uma metodologia única e terminologia correspondente, não compartilhada nem pelas ciências sociais, nem pelas ciências naturais (HUTTON, 1996, p. 209).⁴

4 Tradução livre do original: *Law lessons for linguists? Accountability and acts of professional classification Linguistic intuitions were means into the system, not a means of analysing the systems. In this sense linguistic analyses are subject neither to empirical confirmation and disconfirmation, nor are they accountable to social judgments about their correctness, relevance, plausibility or importance. Linguistics has, in effect, developed a third realm of nature for itself, treating language as sui generis and developing for it a corresponding unique methodology and terminology, shared neither by the social sciences nor by the natural sciences.*

Na busca de fundamentos na filosofia da ciência para elaborar sua crítica, o autor omitiu, pelo menos, uns trinta anos na história das correntes de pensamento apontadas pela epistemologia. A crise das ciências humanas a que o autor se refere, das ciências que têm o próprio homem como objeto de estudo, passou por sucessivos momentos históricos: Humanismo, Positivismo (Augusto Comte), Historicismo (Dilthey), Relativismo (Max Weber). A especificidade dos objetos de estudo das ciências humanas busca seus fundamentos na noção de fenômeno, numa recusa a tratar as sociedades como etapas culturais e civilizatórias num processo histórico universal como fazem as ciências naturais após a noção de evolucionismo, à maneira de Darwin. O estruturalismo mostra que a troca e a circulação de objetos específicos são uma maneira de construir o todo da sociedade. Assim, a troca e a circulação da palavra, dos sistemas linguísticos, organizam os outros sistemas simbólicos, relacionam-se com eles e definem a estrutura geral e específica de uma sociedade, organizando as relações sociais. Os postulados do marxismo levam a compreender os fatos humanos (instituições sociais e históricas) com suas articulações na historicidade e na materialidade da existência humana, possibilitando a interpretação racional dos vários planos que se sobrepõem.

O anacronismo do ideal de ciência concebido por Hutton (1996) na argumentação desenvolvida no sentido de desautorizar a Linguística como domínio do conhecimento competente para auxiliar o Direito, no entanto, cede lugar à possibilidade de trabalhar interdisciplinarmente ao indicar o terceiro obstáculo:

- os linguistas trabalham com a idealização do comportamento linguístico na busca de certas categorias invariantes, no conjunto das categorias, na “desordem” do mundo, sem esgotar a complexidade dos fenômenos sob estudo, com base em remotas concepções de linguagem. Nesse ponto – idealização –, o autor estabelece equivalência entre as atitudes dos linguistas e dos advogados, ante o processo de categorização (que atribui aos linguistas) e ante o ato profissional de classificação inerente à decisão judicial (que atribui aos operadores do Direito). Pois, como afirma Hutton (1996, p. 209): “Nem advogados nem linguistas têm o monopólio da verdade, e ambos podem aprender uns com os outros e se beneficiar da oportunidade de examinar os pressupostos do outro sobre a linguagem”⁵.

5 Tradução livre do original: *Neither lawyers nor linguists have a monopoly of the truth, and both could learn from each other, and benefit from the chance to examine each other's presupposition about language.*

4 A hermenêutica endoprocessual

O processo judicial é um espaço público, em que as partes envolvidas numa lide expõem seus pontos de vista sobre a questão submetida ao juiz-estado, mediante uma atividade interativa dialética; o desfecho, após esse embate democrático, é consubstanciado num documento que registra a sentença, ato final do procedimento. O princípio da fundamentação das decisões judiciais exige do juiz analisar todas as teses jurídicas que foram levantadas pelas partes no desenrolar da jornada processual, e não apenas aqueles argumentos que o próprio magistrado entender relevantes. O devido processo legal institui que relevante é aquilo que foi trazido pelas partes à análise do magistrado, devendo o julgador rejeitar ou acolher cada um desses pontos de vista, mediante fundamentos motivados no ordenamento jurídico. No Brasil:

[...] tem-se, portanto que sentença é o pronunciamento judicial que tem por conteúdo o estabelecido nos arts. 267 e 269 do CPC e que tem por efeito principal o de pôr fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição e, em não havendo recurso, também ao processo (WAMBIER, 2003, p. 527).⁶

Para fundamentar sua decisão, o magistrado interpreta os pedidos feitos ao Estado com base no ordenamento jurídico e seus códigos de leis. Assegura a Constituição Federal:

Art. 93 Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus

6 A seguir os artigos do Código de Processo Civil mencionados: Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial; II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII - pelo compromisso arbitral; VIII - pela convenção de arbitragem; IX - quando o autor desistir da ação; X - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; XI - quando ocorrer confusão entre autor e réu; XII - nos demais casos prescritos neste Código. Art. 269. Haverá resolução de mérito: I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido; III - quando as partes transigirem; IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...) (BRASIL. Constituição (1988) *on-line*).

O enfrentamento da linguagem pelos juristas processualistas tem recebido diversos olhares ao longo das reflexões na interface Direito e Linguagem. A concepção de linguagem dos juristas tem variado desde uma insistência de “aplicar leis a fatos concretos”, à maneira de uma etiquetagem, até o outro extremo denominado “ativismo judicial”, que consiste numa liberdade máxima de interpretação, considerada uma ameaça à segurança jurídica. Entretanto, a discussão realizada pelos juristas restringe-se a escritos denominados de “doutrina” mesmo nos mais avançados graus de estudos de pós-graduação jurídicos.

Sobre a textura aberta da linguagem ou a porosidade dos conceitos, o estudo de Noel Struchiner (2002) nos fornece três consequências desse fenômeno das linguagens ordinárias para o Direito. A primeira é uma atitude formalista dos positivistas tradicionais, cujo representante apontado é Jeremy Bentham. “O juiz é a ‘boca da lei’, seu papel é ‘aplicar’, ‘dizer’ ou ‘declarar’ o direito e jamais interpretar o direito”, afirma Struchiner (2002, p.142). A atitude *realista*, defendida por John Chipman Gray (*apud* STRUCHINER, 2002), sustenta a supremacia do poder discricionário do juiz. “As regras emanadas do Legislativo servem apenas como fontes do direito, mas não são capazes de, por si mesmas, compelir o juiz a tomar uma determinada decisão”, constata Struchiner (2002, p.143). Para o autor, o juiz é o legislador para cada caso concreto, pois, para os realistas, todos os casos funcionam como *casos difíceis*. Já para o terceiro grupo de juristas, de posição intermediária, de acordo com o *soft* positivismo desenvolvido por H. L. A. Hart, há casos claros e casos de penumbra. Nessa concepção, nos casos claros há possibilidade de o juiz decidir de acordo com certo “núcleo de significado da regra”, que, para Hart, encontra-se estabelecido pelas convenções linguísticas. Assim, o papel das cortes é simplesmente aplicar o direito por meio de raciocínio silogístico pelo qual é feita uma subsunção do fato à norma. Já nos casos de penumbra, o juiz exerce seu poder discricionário numa atividade criativa e construtiva do direito. “Hart não acredita nem no ‘Nobre Sonho’ utópico dos formalistas de que as palavras da lei sempre podem oferecer uma única resposta correta, nem no ‘Pesadelo’ dos realistas jurídicos de que as

palavras da lei nunca possibilitam uma resposta correta” (STRUCHINER, 2002, p. 145). Para o autor, que concorda com Hart, o ceticismo e o formalismo em relação às regras são extremos que nutrem seus pensamentos com apenas um tipo de exemplo, para ambos “[...] às vezes os juízes fazem uma coisa e às vezes outra [...]” (HART, 2000, p. 348, *apud* STRUCHINER, 2002, p. 147).

A linguagem tem papel central na reflexão e na construção das relações de poder e hegemonia. A lacuna ou insuficiência nas ciências sociais, constatada por Chouliaraki (2005), de teorizações acerca do papel da linguagem na vida social e de ausência das ferramentas apropriadas – nessas ciências sociais – para a análise empírica dos materiais verbais produzidos socialmente, o fez eleger, como objeto de estudo, as práticas sociais. A Análise Crítica do Discurso (ACD) configura-se como um campo de estudos que busca descrever e explicar tal envolvimento da linguagem no funcionamento da sociedade contemporânea. Direcionada ao estudo das dimensões discursivas da mudança social, a ACD apresenta uma concepção de linguagem e um suporte de análise para a investigação dos modos como a relação discurso/sociedade se concretiza na prática social. A compreensão que tem Fairclough (1992; 2003) do processo social teve influência da obra de Harvey (1996). Em *Justice, Nature and the Geography of Difference*, David Harvey incrementa o debate das ciências sociais, contemplando cinco elementos: semiose, relações sociais, poder, instituições, crenças e valores culturais. A semiose é um elemento central do processo social que é dialeticamente relacionado aos outros. Assim, as relações entre os elementos do processo social são diferentes, mas não são separadas: cada elemento, dialeticamente, interioriza os outros sem reduzir-se a eles; daí a relevância da linguagem para a compreensão das relações sociais, do poder, das instituições, das crenças e dos valores culturais. Esses elementos são parcialmente semióticos, sem se reduzirem à semiose. Portanto, as instituições sociais são organizadas por relações interpessoais que são parcialmente semióticas e discursivas.

Fairclough (2003, p. 23-26) reelabora o arcabouço da abordagem tridimensional do discurso, produzindo uma explicação mais consistente, ao incorporar três conceitos centrais: o de estruturas sociais (entidades sociais, como a economia, a justiça, as classes sociais e a própria linguagem), o de práticas sociais (articulações de elementos sociais relacionados a áreas específicas da vida social, como a escola, o judiciário, a família) e o de eventos sociais (o fazer

concreto dos agentes sociais materializado em forma de textos, como, no nosso caso, as decisões judiciais). Assim, o evento social não é produzido nem como uma simples reprodução da estrutura social, nem como algo absolutamente novo. Ele é mediado pela prática social que, desse modo, ocupa um lugar privilegiado nesse quadro conceitual. A prática social, para Fairclough (2003), consiste na articulação de elementos sociais (alguns não discursivos), a saber: (1) a ação e a interação, relações sociais, pessoas (com crenças, atitudes, histórias etc.); (2) o mundo material; e (3) o discurso que incorpora a linguagem que é entendida por esse autor como a base de toda ação social.

O discurso jurídico materializa as práticas sociais de uma tradição por meio da produção de textos. Portanto, todo discurso é uma construção social, não individual, e somente pode ser analisado ao se considerar o seu contexto histórico-social. Assim, podemos dizer que discurso é o espaço de que emergem as significações. A linguagem que usamos define nossos propósitos, expõe nossas crenças e valores, reflete nossa visão de mundo e a do grupo social em que vivemos e pode, ainda, servir como instrumento de manipulação ideológica.

A relação entre discurso e estrutura social, portanto, tem natureza complexa e dialética, resultando do contraponto entre a determinação do discurso e sua construção social. O discurso reflete uma realidade social mais profunda, assim como a estruturação social se dá de forma idealizada/simbólica, como fonte em que o discurso é representado. A constituição discursiva de uma sociedade decorre de uma prática social que está seguramente arraigada em estruturas sociais concretas (materiais) e, necessariamente, é orientada para elas, não é fruto de mero livre-arbítrio de indivíduos isoladamente.

Fazendo ancoragem na ACD, a ACDJ tem como fulcro a abordagem das relações específicas – internas e recíprocas – entre linguagem, direito e sociedade. Os textos produzidos socialmente em eventos autênticos do judiciário são resultantes da estruturação social da linguagem que os consome e os faz circular. Por outro lado, esses mesmos textos são também potencialmente transformadores dessa estruturação social da linguagem, assim como os eventos sociais são tanto resultado quanto substrato dessas estruturas sociais. Desse modo, a ACDJ empreende uma hermenêutica endoprocessual para compreender a semiose da decisão judicial. O desafio dessa hermenêutica endoprocessual é dar conta de teorias e métodos interpretativos dos dois domínios de conhecimento em contato:

Direito e Linguagem, de um modo transdisciplinar. A transdisciplinaridade requer um pensamento organizador que ultrapassa as próprias disciplinas em colaboração. No caso da hermenêutica endoprocessual, consiste em dar conta da produção de sentidos no funcionamento linguagem em uso durante a atividade social de prolatar decisões judiciais. Da mesma forma que, no Direito, não cabe mais “aplicar leis a fatos concretos”, nas ciências da Linguagem não cabe conceber os fenômenos linguísticos e semióticos descontextualizados das práticas socioculturais.

Referências

- APEL, Karl-Otto. *Ethics and the Theory of Rationality*. Atlantic Highlands (N. J.): Humanities Press, 1996.
- AUSTIN, J. L. *Philosophical Papers*. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 1977.
- BARRETTO, V. de P. Da Interpretação à Hermenêutica Constitucional. In: LACOMBE, M. (org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 369-394.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CARNAP, Rudolf. (1937) *The Logical Syntax of Language*. London: Open Court, 2002.
- CAVELL, Stanley. *Philosophical Passages: Wittgenstein, Emerson, Austin, Derrida*. Cambridge: Basol Blackwell, 1995.
- CHOMSKY, Noam. *Aspects of the Theory of Syntax*. Cambridge, Mass.: M.I.T. Press, 1965. (Tradução portuguesa de J. A. Meireles e E. Paiva Raposo. Aspectos da Teoria da Sintaxe. Ceira, Coimbra: Arménio Amado, 1975.)
- COLARES, Virgínia. *Direito, Produção de Sentido e o “Regime de Liberdade Condicional”*. Revista da Pós-graduação em Direito da UNICAP. Recife, v.1, p.207-249, 2002.

CHOULIARAKI, L. **Media discourse and the public sphere**. *D.E.L.T.A.* 21 (especial). São Paulo, EDUC, p. 45-72, 2005.

DEWEY, John. **Experience and Education**. (1938) Traduzido para o português por Anísio Teixeira sob o título de *Experiência e Educação*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.

ECO, Umberto. **Semiótica e Filosofia da Linguagem**. São Paulo: Ática, 1991.

FAIRCLOUGH, N. **Analysing Discourse: textual analysis for social research**. London/New York: Routledge, 2003.

_____. **Discourse and Social Change**. Cambridge: Polity Press, 1992.

FOUCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas**. São Paulo: Martins Fontes SP, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. **Teoría de la Acción Comunicativa**. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tomo I. Madrid: Taurus, 1987.

_____. ¿Qué significa pragmática universal? In: _____. **Teoría de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos**. Madrid: Cátedra, 1994.

HARVEY, D. **Justice, nature and the geography of difference**. Oxford: Blackwell, 1996.

HART, H. L. A. **Definition and Theory in Jurisprudence**. *70 Law Quarterly Review*, 37. (1953).

HOLMES, Oliver Wendell. **The Collected Works of Justice Holmes**. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

HUTTON, Christopher. Law lessons for linguists? Accountability and acts of professional classification. In: HARRIS, Roy, TAYLOR, Talbot J. **Language & Communication: an interdisciplinary journal**. Williamsburg VA, v. 16, n. 3, p. 205- 227, jul. 1996.

JAMES, W. (1907) **Pragmatism: a new name for some old ways of thinking/ Four Related Essays Selected from "The Meaning of Truth"**. New York/London/Toronto: Longmans/Gren, 1997.

- KANT, Immanuel. (1804) **Antropologia de um Ponto de Vista Pragmático**. São Paulo: Iluminuras, 2006.
- KOCH, I. V. G. V. **A Inter-Ação pela Linguagem**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2004.
- MORRIS, William. (1937) **Logical Positivism, Pragmatism and Scientific Empiricism**. Paris: Hermann; New York: AMS Press, 1979.
- PEIRCE, C.S. [1905] O que É Pragmatismo. In: _____. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 1977.
- RYLE, Gilbert. **The Concept of Mind**. Chicago: University of Chicago Press, 2002.
- RORTY, Richard. **Consequences of Pragmatism**. Minneapolis: Univ. of Minnesota Press, 1982.
- SEARLE, J. **Speech Acts**. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.
- SVARTVIK, Jan. **The Evans Statements: a case for forensic linguistics**. [1968]. Acta Universitatis Gothoburgensis. Re-produced from a facsimile and re-published at the Forensic Linguistics Institute website <www.thetext.co.uk> by kind permission of Professor Jan Svartvik with the co-operation of Gothenburg University. Original copyright is reserved to the author and the University of Gothenburg. Disponível em: <<http://www.thetext.co.uk/Evans%20Statements%20Part%201.pdf>>. Acesso em: 9 de abril de 2015.
- MORRIS, William. (1937) **Logical Positivism, Pragmatism and Scientific Empiricism**. Paris: Hermann; New York: AMS Press, 1979.
- WAISMANN, F. **Symposium: Verifiability Proceedings of the Aristotelian Society**.
Supplementary volumes, Vol. 19, Analysis and Metaphysics (1945).
- WEISSBOURD, B., MERTZ, E. **Rule-centrism versus Legal Creativity: the skewing of Legal Ideology through Language**. In: Law & Society Review, [s.l.:s.n.], v. 19, n. 4, p. 613-759, 1985.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. Oxford: Basil Blackwell/New York: Macmillan, 1953.

Macroprudential Policy in Brazil: Institutional Framework and Recent Experience*

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer**

Good morning. It is a pleasure and an honour to be with you in the delightful city of Lima. I would like to thank *Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos* and *Banco Central de Reserva del Perú* for the warm reception and for putting together such a pleasant and interesting meeting of legal experts.

My task here is to try and give you a quick overview of the institutional framework for macroprudential policy in Brazil and also present some examples of policy actions recently taken in the country to cope with domestic and external sources of systemic risk.

The usual disclaimer applies: the views expressed in this presentation are mine and not necessarily reflect those of the Central Bank of Brazil.

1 Macroprudential Policy

I would like to begin my comments with IMF's description of macroprudential policy: "*macroprudential policy uses primarily prudential tools to limit systemic or system-wide financial risk.*"¹ The important note in this definition is the concept

* These notes were prepared for a presentation made by the author in CEMLA's *XII Meeting of Central Bank Legal Advisors*, co-sponsored by *Banco Central de Reserva del Perú*, which took place from 24-26 June 2015 in Lima, Peru.

** Vice General Counsel of the Central Bank of Brazil.

1 International Monetary Fund, 2011, p. 7.

of **systemic risk**, that is to say, and again I quote the IMF, “*the risk of disruptions to the provision of financial services that is caused by an impairment of all or parts of the financial system, and can cause serious negative consequences for the real economy.*”² The concept of systemic risk therefore responds to the perception that certain sources of financial risk simply cannot be detected by a supervisory focus on the balance sheets of individual firms, demanding instead a system-wide perspective.

There are three ways in which macroprudential policy may contribute to the objective of limiting systemic risk. It can increase the resilience of the financial system as a whole, by building buffers to reduce the impact of systemic shocks; it can act countercyclically, by dampening the build-up of vulnerabilities over time (such as procyclical feedback between assets prices and credit, and excessive leverage and non-core volatile funding); and it can mitigate structural risks that arise through interlinkages and common exposures between financial institutions.³

What makes macroprudential policy an autonomous field of public policy in its own right? In what respects does it differ from other policy areas, such as (micro)prudential regulation, foreign market intervention, or open market operations? The FSB, the World Bank, and the BIS, in a joint progress report for the G-20, indicate that macroprudential policy has three *defining elements*: the **objective** of limiting systemic risk; a **scope** covering the financial system as a whole (including its interactions with the real economy); and **instruments and governance** consisting on the primary use of prudential tools, so that any non-prudential tool only qualifies as a macroprudential instrument insofar as it clearly targets systemic risk.⁴

In point of fact, however, only two of those elements are actually crucial for defining macroprudential policy: the goal of limiting systemic risk, as opposed to idiosyncratic risks, and a scope extending over the financial system as a whole, as opposed to individual institutions and financial groups.

The third element, on the other hand, seems to be not so decisive. You cannot say whether a certain policy action is macroprudential in character

2 International Monetary Fund, June 2013. p. 6.

3 International Monetary Fund, June 2013. p. 7.

4 Financial Stability Board; World Bank; Bank for International Settlements, 2011. p. 4.

just by looking at the nature of the instruments used to put it in place, because macroprudential policy employs tools also available for other public policies, such as *microprudential* regulation and foreign exchange controls. Thus, the really important defining elements of macroprudential policy are its objective and its scope. This point is particularly relevant for jurisdictions that lack a formal statutory framework for macroprudential policy, in which the communication regarding policy measures taken in response to identified systemic threats should be as transparent about its financial stability purpose as possible.

According to the IMF, macroprudential policy frameworks should cover the following institutional elements⁵:

- a) a clear definition of goals and scope;
- b) macroprudential authority's ability to:
 - gather information on, and timely assess, systemic risk;
 - assemble and deploy the toolkit (macroprudential powers);
 - monitor and close regulatory gaps;
 - close data gaps;
- c) strong institutional and governance frameworks;
- d) strong supervision and enforcement.

Furthermore, an effective macroprudential policy also demands complementation by, and coordination with, appropriate macroeconomic (monetary, foreign exchange, fiscal) policies, not to mention cross-border coordination with its counterparts in other jurisdictions.

I won't go with you through each of these elements of an effective macroprudential policy framework. Allow me just to draw your attention to some relevant aspects.

Firstly, a clear definition of goals and scope is important in order to allow accountability of macroprudential authorities and also to avoid high expectations regarding objectives that macroprudential policy is unsuited to achieve (for instance, low inflation or a stable balance of payments).

Secondly, the macroprudential authority should have a "systemic turn of mind", so to say. It should have the ability to gather ample information on systemic

⁵ International Monetary Fund, June 2013.

risks and sufficient leeway to take corrective actions accordingly, including, if necessary, by broadening the perimeter of its own oversight. Furthermore, the macroprudential authority should be sheltered from undue political interference, especially because restrictive policy action, however imperative when risks are building up, are hardly if ever welcome during economic booms.

(Incidentally, I recently saw a video in which stand-up comedian Tommy Tiernan justly complains about having to spare economic resources during good times in order to get ready for bad times. His point being that, if you can't spend freely, it's not really "good times", but actually "*in preparation for the bad times times*").

Finally, important coordination problems may arise in regard of other governmental policies, especially financial system supervision and macroeconomic policies. Even if these other policies should not **focus** on systemic risks, they at least should be **designed so as not to be a source** of financial stability concerns. As you may imagine, this is easier said than done.

In this regard, the IMF recommends the central bank to have an important role in macroprudential policy. The central bank has expertise in systemic risk identification and can provide the incentives to ensure macroprudential policy is pursued effectively (including by using its own independence to shield policy from undue political interference, whenever necessary).

2 Institutional Framework in Brazil

Let us turn our attention to Brazil. An important initiative towards enhancing coordination between financial system supervisors in the country was the creation in 2006 of COREMEC⁶, a committee gathering regulators and supervisors of financial, capital, insurance, and pension funds markets. COREMEC, however, is just a forum for discussion among regulators, without regulatory powers or legal authority over supervisory agencies. Thus, in spite of

6 Decree 5685 of 25 January 2006. COREMEC stands in Portuguese for "Committee on the Regulation and Supervision of Financial, Capital, Insurance, and Complementary Pension Markets".

its relevance in terms of guidance on common issues, COREMEC's coordination capabilities are limited to the extent in which it can achieve consensus among the agencies concerned in each case.

The initial focus of COREMEC's activities was on idiosyncratic risks and individual institutions and financial groups. Nevertheless, as authorities grew more conscious of the importance of a system-wide perspective, the Committee issued in 2010 an internal act⁷ creating the Subcommittee on National Financial System Stability Oversight (SUMEF), with the mandates of keeping COREMEC informed about market evolution and interconnections, focusing on financial system risks, and of identifying situations in which, due to market interconnections and interdependencies, financial system stability may be at risk.

Pretty much as COREMEC, SUMEF is but a consultative body, with no actual coordinating powers over financial system regulators. Nevertheless, since its creation, financial stability has been permanently included in COREMEC's agenda.

Moving on, we finally come to the legal framework for macroprudential policy in Brazil – or rather the **lack** of such a legal framework. There is no statute on financial stability or macroprudential policy in the country. Whatever mandate the Central Bank has in the matter has been construed over legal documents that were originally written with no regard whatsoever for financial stability concerns.

Therefore, Brazil lacks a very important component of an ideal macroprudential policy framework, namely, a clear legal definition of goals and scope. Neither is there an authority expressly entrusted with a legal mandate to conduct macroprudential policy in respect of the financial system as a whole. All the same, certain idiosyncrasies of the Brazilian case allowed the Central Bank to take over this responsibility in a reasonably effective way.

It is known that central banks are well-suited to assess and respond to system-wide risks. In the case of Brazil, two sets of reasons show that the Central Bank is especially tailored for the purpose.

On the institutional side, the Central Bank of Brazil has remarkably wide powers: monetary policy, foreign exchange policy, lender of last resort role, supervision of banks and non-banking financial institutions, payments system

7 COREMEC Deliberation 12 of 30 August 2010.

oversight, and resolution of banks and non-banking financial institutions. As a result of such powers, the Central Bank is equipped with almost all relevant macroprudential tools, not to mention its expertise in gathering information on financial stability and assessing systemic risks.

On the economic side, the Central Bank constantly monitors the financial system as a whole, having found out that the main risks to financial stability are covered by the scope of Central Bank's prudential supervision. Thus, some sources of financial stability risks identified in other jurisdictions' experiences are not by now a cause for concern in Brazil, without prejudice to continued close monitoring by the Central Bank.

Without going into much detail, let me give you just one example of an important market segment that, although not formally under Central Bank's prudential regulation, does not pose a threat for financial stability, because of its regulatory context. Mutual funds are not subject to Central Bank's *prudential* supervision, but only to Securities Commission's *market* supervision. However, mutual funds can only be managed by banks and other financial institutions, which, in their turn, are also in this capacity under Central Bank's *prudential* supervision. Furthermore, mutual funds' resources are mainly invested in government bonds and other low-risk assets, such as time deposits placed in banks, and their transactions with financial institutions are safely collateralised. No mutual funds in Brazil offer stable or constant net asset value (NAV) to their investors, a practice identified by IOSCO as a source of systemic risk. Finally, banks and other financial institutions are subject to a regulatory duty to consolidate mutual funds in their financial statements, whenever the transactions between them may result in a substantial retention of risks on the part of the financial institution.

Naturally, this scenario may as well change: market segments not currently identified as problematic may in the future become a source of systemic risk. Constant monitoring by the Central Bank should therefore continue, in order to allow timely action as necessary, including by expanding the prudential supervision perimeter.

3 CBB as Macroprudential Authority

By now, you are possibly asking yourselves how did the Central Bank bring upon itself the role of macroprudential authority in the absence of a statute on financial stability and macroprudential policy. The answer is, the Central Bank construed its macroprudential mandate over the language employed by the 1964 Financial System Law, even if, as was to be expected, it contains no references to “financial stability”, “systemic risk”, or any similar concepts.

As it happens, some of the objectives that Article 3 of the Law sets for the “*money and credit policy*” in charge of the Central Bank demand, to be effective, a **system-wide perspective**. This is the case with “*harmonic development of the national economy*”; “*greater efficiency of the payments system*”; “*greater efficiency of resource allocation*”; and “*liquidity and solvency of financial institutions*”. None of this goals could be achieved without due regard to aggregate systemic shocks, the build-up of vulnerabilities along economic cycles, and the risks inherent in common exposures and interconnections between financial institutions.

To be sure, this systemic mandate is currently reflected in the mission of the Central Bank (the language of which has been approved by the Board of Governors): according to its mission, the Central Bank must ensure *a solid and efficient financial system*, along with monetary stability.

That said, let us take a look at the macroprudential function within the Central Bank, beginning with the Financial Stability Committee (COMEF). It is interesting to point out in this respect that the IMF identifies the prevalence of three macroprudential policy-making models in international experience: one in which the macroprudential mandate is assigned to the central bank; another in which it is entrusted to a committee within the central bank structure; and finally one in which macroprudential policy is the responsibility of a committee outside the central bank, but with the participation of the central bank.⁸

The model adopted in Brazil is apparently the second (a committee within the central bank structure) but is, in fact, the first (mandate assigned to the central bank). This is explained because, while *formally* a financial stability committee within the central bank, COMEF is in actual fact no more than a

8 International Monetary Fund, June 2013, p. 30.

special purpose meeting of the Board of Governors, in its capacity as Central Bank's supreme decision-making body. In other words, COMEF is in fact the Board of Governors, gathered with its advisors in a meeting specifically dedicated to analysis and decision on financial stability issues. This is, by the way, the same governance model applicable *mutatis mutandis* to the Monetary Policy Committee (COPOM), which has the responsibility of setting the base rate target in Brazil.

COMEF's meetings happen quarterly, being divided in two sections, one for presentations on financial stability and potential systemic threats, another for decision on directives and strategies. Differently from COREMEC, COMEF's decisions do actually guide policy, because they are binding on the Central Bank.

4 CBB's Assessment of Systemic Risks and Macroprudential Toolkit

Another important piece of macroprudential policy governance within the Central Bank is the Financial System Monitoring Department (DESIG). Pursuant to Central Bank's bylaws, DESIG must (a) "*monitor the stability, efficiency, and solvency of the national financial system (macroprudential approach) and of its entities (microprudential approach)*"; and (b) "*gather and publish information on the stability, liquidity, and solvency of the financial system and of the institutions under CBB's supervision.*" In a nutshell, Central Bank's bylaws distinctly confer upon DESIG the mandate of monitoring the financial system both from a macro- and a microprudential perspective.

Regarding systemic risk monitoring, DESIG performs several analyses covering not only the financial sector, but also the economy as a whole: aggregate indicators of systemic imbalances; macroeconomic stress testing; contagion risk and network analysis; probability of default of financial institutions; systemic resilience; quantitative evaluation model of SIFIs.⁹ The results of these analyses are constantly reported to COMEF, besides being summarised in the Financial Stability Report biannually published by the Central Bank.

⁹ See on the subject International Monetary Fund, January 2013, p. 16.

Moving on to the macroprudential toolkit. As I mentioned before, at the current state of knowledge and institutional development across the world, there are no instruments specifically designed for tackling financial stability problems. The macroprudential toolkit is made up of any tools that, although crafted for other purposes, may have the potential of increasing the financial system's resilience to aggregate systemic shocks, of containing the build-up of systemic vulnerabilities *over time* (in the **time** dimension), and of controlling the build-up of vulnerabilities *within* the financial system (in the **structural or cross-sectional** dimension).

Therefore, the toolkit includes various policy instruments that are available in Brazil for other purposes. Some are prudential in character, others are macroeconomic tools. Here are some examples:

(Micro)prudential regulatory powers:

- a) capital requirements (including sectoral requirements);
- b) countercyclical capital buffers and provisions;
- c) limits and caps on financial transactions;

Other (macroeconomic) instruments:

- a) reserve requirements;
- b) foreign exchange transactions and controls (spot and futures markets);
- c) iscal policy measures (taxes and levies).

All of these instruments are available to the Central Bank, with the exception of the last one (fiscal policy measures), which is dealt with by the Ministry of Finance. I decided to include them in the list anyway because of their frequent use in recent experience, which is partly due to the expeditiousness of altering certain taxes by means of a Presidential Decree.

5 Policy Actions in Recent Experience

Before going into actual policy responses to financial stability imbalances in Brazil's recent experience, I would like to mention three examples of measures put in place from 2009 onwards, with the purpose of closing important information gaps identified by the Central Bank.

- a) All derivatives transactions **in the domestic market** must by force of law be

registered in clearings or trade repositories in order to be enforceable.¹⁰

b) All domestic banks and non-banking financial institutions are subject to a regulatory obligation to register within two days, in clearings or trade repositories in Brazil, their derivatives transactions with foreign counterparties.¹¹

c) All banks and other financial institutions operating in the country must consolidate mutual funds in their financial statements, whenever the transactions between them may result in a substantial retention of risks for the financial institution.¹²

These measures, among others of like purpose, endowed the Central Bank with access to timely and reliable information on potential causes of systemic threats.

Now, in order to present you some instances of macroprudential actions taken in Brazil, it is convenient to focus on the economic scenario from 2009 to 2011, with the aim of identifying both foreign and domestic sources of systemic risk and the policy measures taken to mitigate it.¹³

At that time, steps taken by advanced economies in response to the financial crisis (such as negative policy rates, in real terms, and expansionary monetary policy, including through unconventional measures) resulted in ample liquidity provision that affected international financial markets, contributing to high global liquidity. Yield differentials and the perspective of growth led to stronger demand for emerging market assets and to emerging currencies appreciation.

In Brazil, the resulting capital inflows added fuel to local inflationary pressures, besides exacerbating the procyclicality of the local financial sector. They contributed to an excessive expansion of domestic credit by lowering funding costs and relaxing local credit standards. This was especially true for consumer credit and longer-term household credit, in respect of which Central Bank monitoring detected lower quality of collaterals and higher loan-to-value (LTV) ratios.

Also, excessive foreign exchange exposures by domestic banks, fuelled by increasing interest rate differentials and overvaluation of the national currency, were a source of worry in case of a downswing which would encourage massive capital outflows.

10 Article 1 of Law 12.543 of 8 December 2011.

11 National Monetary Council Resolution 3.824 of 16 December 2009.

12 Article 4 of National Monetary Council Resolution 4.280 of 31 October 2013.

13 On what follows, see SILVA; HARRIS, 2012; and SALES; BARROSO, 2012.

You certainly noticed that these troubles were not exclusively related to financial stability threats. Unfortunately, problems in real life don't come about labelled as this or that kind of nuisance. For instance, excessive capital inflows may be a difficult predicament from different perspectives: overvaluation of the national currency, lower exporters' competitiveness, current account deterioration, excessive expansion of domestic credit. Also, remedies against macroeconomic threats are hardly unambiguously targeted: a tax levied over capital inflows may be regarded as a foreign exchange control or as a macroprudential tool; most likely it will be both. Thus, it would be imprecise to categorically qualify the measures taken by Brazilian authorities as purely macroprudential in character. What is beyond doubt is that those measures were taken with a clear conscience of risks to financial stability and were intended at least in part to dampen the build-up of systemic risks.

But enough of these digressions. Let us check how Brazilian authorities deployed the macroprudential toolkit in response to financial stability threats identified in 2009 to 2011.

- a) Higher reserve requirements on (demand and term) deposits: The Central Bank demanded higher reserve requirements from domestic banks. The intention was to dampen the transmission of excessive global liquidity to the domestic credit market and to curb a procyclical feedback between asset prices and credit.
- b) Aggregate reserve requirements' amounts reached 10% of GDP by mid-2011, thus representing a considerable buffer of domestic liquidity readily available in case of a downswing.
- c) Higher capital requirements for consumer credit: The Central Bank demanded higher capital requirements for household credit, in order to obviate excessive credit expansion, especially in car loans and payday advances, and correct a deterioration in the quality of loan origination. As a result of this measure, total capital required from financial institutions for household loans increased from 8% to 16.5% of risk-weighted assets.
- d) Reserve requirement on banks' short foreign exchange exposures: The Central Bank also put in place a reserve requirement on banks' short foreign exchange exposures, with the aim of correcting imbalances in the foreign exchange market and dampening the intensity and volatility of capital inflows.

e) Financial transactions tax (IOF) on (some) capital inflows: The reserve requirement on short foreign exchange positions was complemented by higher rates (up to 6%) of the financial transactions tax (IOF) on certain capital inflows, such as loans up to five years, short-term portfolio investments and margin deposits on derivatives transactions.

Conclusion

As we approach the end of this presentation, you could justly ask me: “Did these measures work?” American writer H. L. Mencken once famously said, and I quote, “*For every complex problem there is an answer that is clear, simple... and wrong.*” This quotation is particularly true in respect of financial stability. There are no clear-cut answers to systemic risks, and no straightforward economic variables which could be chosen to evaluate the success of macroprudential strategies, because “*financial stability is a broad concept, encompassing the different aspects of finance (and the financial system)—infrastructure, institutions, and markets.*”¹⁴ This situation is quite different from the consensus around monetary policy, with its single target variable (e.g., an inflation index) and single policy instrument (e.g., the base rate).

So: did macroprudential actions taken in Brazil work? I could bore you to death with graphs and numbers and statistics showing that the mounting systemic risks detected in 2009 to 2011 were reversed over time. In fact, the relevant risky trends were almost immediately reversed following policy actions. Nonetheless, in the long run, one might justifiably wonder whether the reversal on the previously identified systemic threats was due to macroprudential and macroeconomic policy action or merely a result of a complete turn of events in Brazil economic outlook. Indeed, the country is now facing recession, so that massive capital inflows and credit booms are no longer a worry for Brazilian economic authorities.

In spite of all that, we should not lose faith in the virtues of macroprudential policy. Our comprehension of financial stability is yet in its infant stage and

¹⁴ Schinasi, 2004. p. 6.

already macroprudential policy actions have given us very interesting results, particularly when coordinated with solid macroeconomic policies. Let us hope that deeper understanding in this field comes with time and effort.

Thank you for your attention.

References

FINANCIAL STABILITY BOARD (FSB); WORLD BANK (WB); BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS). *Macroprudential Policy Tools and Framework: progress report to G20*. October 2011. Available online: <<https://www.imf.org/external/np/g20/pdf/102711.pdf>>.

INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). *Macroprudential Policy: An Organizing Framework*. March 2011. Available online: <<https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/031411.pdf>>.

INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). *Financial Sector Assessment Program – Brazil: Technical Note on Macroprudential Policy Framework*. January 2013. Available online: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr13148.pdf>>.

INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). *Key Aspects of Macroprudential Policy*. June 2013. Available online: <<http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2013/061013b.pdf>>.

SILVA, Luiz Awazu Pereira; HARRIS, Ricardo Eyer. *Sailing through the Global Financial Storm: Brazil's recent experience with monetary and macroprudential policies to lean against the financial cycle and deal with systemic risks*. August 2012. Available online: <<http://www.bcb.gov.br/pec/wps/ingl/wps290.pdf>>.

SALES, Adriana Soares; BARROSO, João Barata Ribeiro Blanco. *Lidando com um Complexo Ambiente Global: uma Visão Doméstica sobre Medidas Macroprudenciais e a Política Monetária de Mercados Emergentes*. October 2012. Available online: <<http://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/td292.pdf>>.

SCHINASI, Garry J.. *Defining Financial Stability*. October 2004. Available online: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2004/wp04187.pdf>>.

Parecer Jurídico 119/2015-BCB/PGBC

Parecer elaborado pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil acerca da interpretação de dispositivos da Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001, no que diz respeito às Sociedades de Crédito ao Microempreendedor e à Empresa de Pequeno Porte (SCMEPP).

Diana Loureiro Maciel de Moura

Procuradora – Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro

OAB/AL 8.074

Danilo Takasaki Carvalho

Procurador-Chefe – Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro

OAB/DF 24.761

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Subprocuradora-Geral do Banco Central – Câmara de Consultoria Geral – OAB/DF 10.000

Parecer Jurídico 119/2015-BCB/PGBC
PE 69986

Brasília, 10 de março de 2015

Ementa: Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro. Consulta do Departamento de Regulação do Sistema Financeiro (Denor). Projeto Segmento Não-Bancário: Grupo IV – Demais segmentos de crédito. Interpretação de dispositivos da Lei nº 10.194, de 2001. Sociedades de Crédito ao Microempreendedor e à Empresa de Pequeno Porte (SCMEPP). Possibilidade jurídica de emissão privada de debêntures e letra financeira e de atuação como instituidora de arranjo de pagamento e como instituição de pagamento. Aplicabilidade de nova regulamentação atinente ao cancelamento de autorização para funcionamento às SCMEPP constituídas antes do início de sua vigência.

Senhor Procurador-Chefe,

ASSUNTO

Trata-se de consulta do Departamento de Regulação do Sistema Financeiro (Denor), contida em correio eletrônico, enviado no dia 2 de setembro último, que questiona esta Procuradoria (PGBC) acerca da interpretação de dispositivos da Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001, no que diz respeito às Sociedades de Crédito ao Microempreendedor e à Empresa de Pequeno Porte (SCMEPP).

2. Mais especificamente, a consulta questiona sobre a possibilidade de:
 - a) Emissão de letra financeira e debênture para colocação e oferta privadas;
 - b) Atuação como instituidora de arranjo de pagamento ou como instituição de pagamento, nas seguintes modalidades:
 - Emissão de instrumento de pagamento pré-pago, cuja moeda

- eletrônica seria convertida para o público-alvo das SCMEPP, para aquisição de bens e serviços de seu interesse;
- Emissão de instrumento de pagamento pós-pago, para aquisição de bens e serviços pelo público em geral em rede credenciada de microempresas e empresas de pequeno porte;
 - Emissão de instrumento de pagamento pós-pago para aquisição de bens e serviços por parte de microempresas e empresas de pequeno porte;
 - Credenciamento de aceitação de instrumento de pagamento pós-pago, nas hipóteses referidas acima; e
 - Instituição de arranjo de pagamento fechado, na prestação dos serviços referidos nas hipóteses anteriores.
- c) Aplicabilidade de nova regulamentação, que trate do cancelamento da autorização para funcionamento, às SCMEPP autorizadas a funcionar antes de sua vigência.
3. Era o que se tinha a relatar.

APRECIACÃO

4. Inicialmente, cabe esclarecer que as SCMEPP, nos termos da Lei nº 10.194, de 2001, têm como objeto social a concessão de financiamento a pessoas físicas, a microempresas e a empresas de pequeno porte, com vistas à viabilização de empreendimentos de natureza profissional, comercial ou industrial. A Lei permite, ainda, o exercício de outras atividades definidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), nos seguintes termos:

Art. 1º É autorizada a constituição de Sociedades de Crédito ao Microempreendedor e à Empresa de Pequeno Porte, as quais:

I – terão por objeto social a concessão de financiamentos a pessoas físicas, a microempresas e a empresas de pequeno porte, com vistas na viabilização de empreendimentos de natureza profissional, comercial ou industrial, equiparando-se às instituições financeiras para os efeitos da legislação em vigor, podendo exercer outras atividades definidas pelo Conselho Monetário Nacional;

- II – terão sua constituição, organização e funcionamento disciplinados pelo Conselho Monetário Nacional;
- III – sujeitar-se-ão à fiscalização do Banco Central do Brasil;
- IV – poderão utilizar o instituto da alienação fiduciária em suas operações de crédito;
- V – estarão impedidas de captar, sob qualquer forma, recursos junto ao público, bem como emitir títulos e valores mobiliários destinados à colocação e oferta públicas.

5. Aqui, vale a pena ponderar, desde já (pois que será útil mais adiante), que da interpretação do dispositivo supratranscrito, entendo possível assumir que a função social das SCMEPP é a de viabilizar financeiramente empreendimentos de natureza profissional, comercial ou industrial realizados por pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte. Tal poderá ser realizado por meio da concessão de financiamento, conforme já expressamente previsto pela norma, ou por meio de outras atividades a serem definidas pelo CMN. Isso é relevante para compreensão de quais outras atividades seriam essas.

6. Entendo que tais atividades são todas aquelas que, não vedadas expressamente, tenham o condão de alcançar, ou contribuir para que seja alcançado, aquele escopo. Ou seja, essas outras atividades, ainda que acessórias, devem guardar alguma pertinência, de qualquer natureza, com a função social de viabilizar aqueles empreendimentos, de maneira que a essência dessas entidades não seja desnaturada.

7. O CMN, por sua vez, regulamentou a matéria por meio da Resolução nº 3.567, de 29 de maio de 2008, que dispõe sobre a constituição e o funcionamento das SCMEPP. Já a Circular nº 3.182, de 6 de março de 2003, dispõe sobre os procedimentos de autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização para funcionamento de sociedade de crédito ao microempreendedor.

8. Passemos, em seguida, à análise dos questionamentos especificamente colocados pela área técnica.

a) Da possibilidade de emissão de letras financeiras e debêntures para colocação e oferta privadas.

9. A mencionada Lei nº 10.194, de 2001, em seu art. 1º, inciso V, acima transcrito, determina que as SCMEPP estão impedidas de “captar, sob qualquer

forma, recursos junto ao público, bem como emitir títulos e valores mobiliários destinados à colocação e oferta públicas”.

10. Penso que a solução dessa primeira questão resolve-se por meio da interpretação gramatical, tendo em vista a clareza do dispositivo retro mencionado, para a finalidade que ora se busca. Tal técnica interpretativa, que se funda em regras da linguística, consiste no exame, pelo aplicador, de cada termo do texto normativo, isolada ou sintaticamente, atendendo à pontuação, colocação dos vocábulos, origem etimológica etc.¹

11. Assim, é possível verificar, em primeiro lugar, que o legislador, ao utilizar a conjunção aditiva “bem como”, para conectar os períodos, teve a intenção de aglutinar novo e diferente impedimento, além da captação de recursos junto ao público. Ou seja, não se concebeu que a emissão de títulos e valores mobiliários fosse entendida como uma hipótese de captação de recursos junto ao público, estando incluída nessa, mas sim como operação diversa.

12. Além disso, quando a norma menciona, ao final da frase, expressamente, que é vedada a destinação pública da emissão de títulos e valores mobiliários, deixa, com isso, permitidas as demais espécies de destinação. Desse modo, como é cediço que a colocação e oferta de títulos e valores mobiliários, quanto a sua destinação, podem ser apenas de duas espécies, pública ou privada, se a lei veda somente a primeira, está autorizada a segunda.

13. Tal faz sentido quando pensamos que a colocação e oferta públicas de títulos e valores mobiliários têm o potencial de alcançar público indefinido, enquanto a colocação e oferta privadas permitem que a negociação se dê apenas com investidores específicos e selecionados, limitando o alcance da emissão.

14. Assim, é forçoso concluir que é possível que as SCMEPP emitam letras financeiras e debêntures (no caso das sociedades anônimas) exclusivamente para colocação e oferta privadas.

b) Da possibilidade de atuação da SCMEPP como instituidora de arranjo de pagamento ou como instituição de pagamento.

15. Nesse ponto, é importante lembrar, inicialmente, a possibilidade de que o CMN permita às SCMEPP o exercício de outras atividades, além do

1 Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v.1: teoria geral do direito civil – 19. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 64.

financiamento a pessoas físicas, a microempresas e a empresas de pequeno porte, conforme mencionado nos itens 4 a 6 acima.

16. Em seguida, cabe registrar que em confronto da Lei nº 10.194, de 2001, com a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, que, dentre outros assuntos, dispõe sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), não foi vislumbrado conflito de qualquer espécie a impedir o exercício, pelas SCMEPP, das atividades inerentes às instituidoras de arranjos de pagamento e às instituições de pagamento.

17. Assim, conjugando a interpretação exposta nos itens 4 a 6 com a conclusão alcançada no item 16 acima, entendo que é possível a atuação das SCMEPP como instituidoras de arranjos de pagamento e/ou como instituições de pagamento, desde que tais atividades visem alcançar, ou contribuir para que seja alcançada, a viabilização financeira de empreendimentos de natureza profissional, comercial ou industrial realizados por pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte.

18. A conclusão genérica recém-alcançada vale para todas as modalidades de atuação sobre as quais a área técnica questiona especificamente (transcritas no item 2.(b) acima), tendo em vista que em todas as hipóteses foi exposto o escopo específico da atuação, que se destina ou se relaciona, ainda que de forma indireta, a realizar a função social das SCMEPP.

19. Assim estão delineadas as atuações descritas no item 2.(b): (i) emissão de instrumento de pagamento pré-pago; (ii) emissão de instrumento de pagamento pós-pago; (ii) credenciamento de aceitação de instrumento de pagamento pós-pago; ou (iii) instituição de arranjo de pagamento fechado. Todas se relacionam com ao menos um dos seguintes escopos: (a) aquisição de bens e serviços pelo público em geral em rede credenciada de microempresas e empresas de pequeno porte e/ou (b) aquisição de bens e serviços pelo público alvo das SCMEPP.

20. No tocante às finalidades expostas no parágrafo anterior, transcritas da consulta, creio que não há dúvida quanto àquela que trata da aquisição de bens e serviços por parte de microempresas e empresas de pequeno porte, pois se está viabilizando diretamente a atividade do público alvo principal das SCMEPP. Nesse caso, altera-se apenas o instrumento por meio do qual se dá o fomento.

21. Já no que diz respeito à finalidade relacionada à aquisição de bens e serviços pelo público em geral em rede credenciada de microempresas e

empresas de pequeno porte, entendo que, apesar de não haver a viabilização direta das atividades do público alvo das SCMEPP, como no caso mencionado no item 20 acima, há, sem dúvida alguma, fomento indireto.

22. Isso porque, ao se emitir um instrumento de pagamento que permita ao público em geral adquirir produtos e serviços em lojas específicas, há um incentivo a tais aquisições, pois o pagamento seria “facilitado” de alguma maneira². Assim, é possível afirmar que a nova atuação das SCMEPP fomentará indiretamente as atividades dos pequenos empreendedores (público alvo das SCMEPP), na medida em que essa atuação incentive ou, por vezes, até mesmo possibilite a aquisição de bens e serviços pelos clientes dos pequenos empreendedores.

23. Isso é verdade, claro, desde que se parta das premissas de que (i) o público destinatário de tais instrumentos de pagamento seria delimitado em função da clientela dos tomadores de crédito das SCMEPP e de que (ii) tal instrumento de pagamento apenas poderia ser utilizado junto a tais tomadores de crédito, conforme exposto na consulta.

24. Sendo assim, da maneira como delineado o negócio, entendo que é possível enquadrar tal atividade naquelas outras cujo exercício pelas SCMEPP é lícito ao CMN autorizar, conforme art. 1º, *caput*, da Lei nº 10.194, de 2001.

25. Não obstante, entendo que cabe um comentário específico a respeito da atuação como instituição de pagamento na modalidade emissão de instrumento de pagamento pré-pago, de modo a deixar clara a não caracterização, na hipótese, de captação de recursos junto ao público, tendo em vista a vedação contida no art. 1º, V, da Lei nº 10.194, de 2001.

26. A Circular nº 3.680, de 4 de novembro de 2013³, que confere tratamento às contas de pagamento, inclusive as pré-pagas, determina que elas devem ser utilizadas para registro de transações de pagamento de usuários finais, ou seja, registros de débitos e créditos⁴. Dispõe, ainda, que a conta de pagamento classificada como pré-paga é aquela destinada à execução de transações de

2 Como bem exposto na consulta, “considera-se que a SCMEPP estaria facilitando a comercialização de bens e serviços do público-alvo da SCMEPP, como um financiamento indireto do capital de giro dessas instituições”.

3 Dispõe sobre a conta de pagamento utilizada pelas instituições de pagamento para registros de transações de pagamento de usuários finais.

4 “Art. 1º Esta Circular dispõe sobre a conta de pagamento utilizada pelas instituições de pagamento para registro de transações de pagamento de usuários finais.
[...]

§ 2º A conta de pagamento mencionada no *caput* deve ser de titularidade do usuário final, utilizada exclusivamente para registros de débitos e créditos relativos a transações de pagamento.”

pagamento em moeda eletrônica realizadas com base em fundos denominados em reais previamente aportados⁵.

27. Já a Circular nº 3.683, de 4 de novembro de 2013⁶, classifica as instituições de pagamento como emissoras de moeda eletrônica, emissoras de instrumentos de pagamento pós-pago e credenciadoras. A primeira, em um paralelo com a denominação de conta de pagamento pré-paga, seria aquela que gerencia conta de pagamento de usuário final, do tipo pré-paga, e disponibiliza transação de pagamento com base em moeda eletrônica aportada nessa conta, podendo credenciar a sua aceitação e converter tais recursos em moeda física ou escritural, ou vice-versa⁷.

28. Moeda eletrônica, por sua vez, é conceituada como o recurso em real armazenado em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento.

29. Trazido o atual delineamento infralegal a respeito dos instrumentos de pagamento pré-pago, cabe transcrever alguns trechos do Parecer PGBC-212/2011, de 15 de julho de 2011,⁸ que, apesar de anterior à regulamentação sobre arranjos e instituições de pagamento, é atual a respeito do tema e elucidativo ao explicar porque a facilitadora de pagamentos PayPal, que eventualmente gerencia conta de pagamento pré-paga, não capta recursos de terceiros:

19. A meu ver, a requerente, ao acolher na “conta PayPal”, valores depositados pelos clientes compradores, para serem transferidos aos

5 “Art. 2º Para fins do disposto nesta Circular, as contas de pagamento são classificadas em:

I – conta de pagamento pré-paga: destinada à execução de transações de pagamento em moeda eletrônica realizadas com base em fundos denominados em reais previamente aportados; e”

6 Estabelece os requisitos e os procedimentos para constituição, autorização para funcionamento, alterações de controle e reorganizações societárias, cancelamento da autorização para funcionamento, condições para o exercício de cargos de administração das instituições de pagamento e autorização para a prestação de serviços de pagamento por instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

7 “Art. 2º As instituições de pagamento são classificadas nas seguintes modalidades, de acordo com os serviços de pagamento prestados:

I – emissor de moeda eletrônica: instituição de pagamento que gerencia conta de pagamento de usuário final, do tipo pré-paga, e disponibiliza transação de pagamento com base em moeda eletrônica aportada nessa conta, podendo credenciar a sua aceitação e converter tais recursos em moeda física ou escritural, ou vice-versa;

II – emissor de instrumento de pagamento pós-pago: instituição de pagamento que gerencia conta de pagamento de usuário final pagador, do tipo pós-paga, e disponibiliza transação de pagamento com base nessa conta; e

III – credenciador: instituição de pagamento que, sem gerenciar conta de pagamento, habilita recebedores, pessoas naturais ou jurídicas, para a aceitação de instrumento de pagamento emitido por instituição de pagamento ou por instituição financeira participante de um mesmo arranjo de pagamento.

§ 1º Considera-se moeda eletrônica, para efeito do inciso I do caput, os recursos em reais armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento.

8 De autoria da Procuradora Norma do Rego Monteiro Ferreira, com despachos da Coordenadora-Geral substituta Eliane Coelho Mendonça e do Subprocurador-Geral Ailton César dos Santos.

clientes vendedores, bem como recursos nela mantidos transitoriamente por esses últimos, não está desempenhando atividade de captação ou custódia de recursos no sentido preconizado pelo referido art. 17, mas exercendo prática empresarial destituída dos elementos configuradores de atividade tipicamente financeira.

20. Com efeito, ao que se percebe, tais recursos ali estão com vistas a viabilizarem o cumprimento pela PayPal (mandatária) das ordens de pagamento dadas pelos compradores (mandantes), ou em virtude de recebimentos de valores pelos vendedores ou beneficiários dos respectivos pagamentos. Esta é a finalidade para a qual foi criado o esquema PayPal, consistente num meio alternativo de pagamento.

21. E mesmo a possibilidade de os valores recebidos pelos vendedores permanecerem eventualmente na conta PayPal por alguns dias, de acordo com a vontade do cliente, não tem o condão, a meu sentir, de alterar a natureza do serviço prestado pela requerente, a ponto de caracterizá-lo como captação de recursos exclusiva de instituição financeira. Aliás, não logrei encontrar, na sistemática em causa, qualquer regra que obrigue os clientes vendedores a manterem os recursos recebidos em pagamento na conta PayPal, estando àqueles facultada a imediata transferência de ditos valores para contas de titularidade própria.

[...]

24. À luz dos elementos de informação fornecidos pela PayPal, e tendo em conta o já mencionado entendimento desta Procuradoria acerca da interpretação do art. 17 da Lei nº 4595/64, opino que o atuar da empresa consulente não se identifica com qualquer das atividades exigidas pela mencionada regra legal à configuração de instituição financeira. Vale dizer, ausentes estão na espécie, quer a captação de recursos do público, quer a aplicação de valores junto ao público, quer a intromissão especulativa no mercado financeiro, nos moldes preconizados pelo aludido art. 17, eis que não caracterizada a exploração profissional do comércio de dinheiro. Desnecessária, pois, a autorização desta Autarquia, nos termos do disposto no art. 10, X, “a”, da Lei nº 4.595/64. (grifo ausente no original)

30. Observa-se, assim, que a dita captação de recursos, no caso de gestores de conta de pagamento pré-paga, não é buscada em si mesma pelas instituições de pagamento, com o objetivo de alavancar seus negócios, mas apenas como um mecanismo para efetivar ordens de pagamento dadas por clientes, ainda que ocorram aportes de recursos pelos usuários. Desse modo, entendo descabido seu

enquadramento como “captação de recursos de terceiros” para fins da vedação contida no art. 1º, V, da Lei nº 10.194, de 2001.

31. Aliás, se de outro modo o fosse, as instituições de pagamento emissoras de instrumento de pagamento pré-pago seriam, necessariamente, enquadradas como instituições financeiras, o que se sabe, não o são. Até porque, se o fossem, a competência para sua regulação e fiscalização já de há muito seria, respectivamente, do CMN e do BCB e não teria sido necessário que a Lei nº 12.865, de 2013, viesse determinar expressamente tais atribuições na espécie⁹.

32. Não havendo divergências no ponto mencionado no último parágrafo, resta claro que o gerenciamento de conta de pagamento pré-paga não se equipara à captação de recursos de terceiros, razão pela qual é lícito que se permita às SCMEPP o exercício daquela atividade.

33. Por fim, vale a pena registrar que a atuação das SCMEPP como instituidoras de arranjos de pagamento ou como instituições de pagamento está sujeita à regulamentação atualmente existente para o exercício daquelas atividades, considerando, inclusive, as regras que determinam quais arranjos estão excluídos do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) e que as dispensam, em determinadas hipóteses, do pedido de autorização para funcionamento perante o BCB. Observe, assim, que sua caracterização como SCMEPP não a exime do cumprimento das obrigações genericamente colocadas na legislação de regência atual.

9 “Art. 9º Compete ao Banco Central do Brasil, conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional:

I – disciplinar os arranjos de pagamento;

II – disciplinar a constituição, o funcionamento e a fiscalização das instituições de pagamento, bem como a descontinuidade na prestação de seus serviços;

III – limitar o objeto social de instituições de pagamento;

IV – autorizar a instituição de arranjos de pagamento no País;

V – autorizar constituição, funcionamento, transferência de controle, fusão, cisão e incorporação de instituição de pagamento, inclusive quando envolver participação de pessoa física ou jurídica não residente;

VI – estabelecer condições e autorizar a posse e o exercício de cargos em órgãos estatutários e contratuais em instituição de pagamento;

VII – exercer vigilância sobre os arranjos de pagamento e aplicar as sanções cabíveis;

VIII – supervisionar as instituições de pagamento e aplicar as sanções cabíveis;

IX – adotar medidas preventivas, com o objetivo de assegurar solidez, eficiência e regular funcionamento dos arranjos de pagamento e das instituições de pagamento, podendo, inclusive:

a) estabelecer limites operacionais mínimos;

b) fixar regras de operação, de gerenciamento de riscos, de controles internos e de governança, inclusive quanto ao controle societário e aos mecanismos para assegurar a autonomia deliberativa dos órgãos de direção e de controle; e

c) limitar ou suspender a venda de produtos, a prestação de serviços de pagamento e a utilização de modalidades operacionais;

X – adotar medidas para promover competição, inclusão financeira e transparência na prestação de serviços de pagamentos;

XI – cancelar, de ofício ou a pedido, as autorizações de que tratam os incisos IV, V e VI do caput;

XII – coordenar e controlar os arranjos de pagamento e as atividades das instituições de pagamento;

XIII – disciplinar a cobrança de tarifas, comissões e qualquer outra forma de remuneração referentes a serviços de pagamento, inclusive entre integrantes do mesmo arranjo de pagamento; e

XIV – dispor sobre as formas de aplicação dos recursos registrados em conta de pagamento.”

c) Da aplicabilidade de nova regulamentação, que trate do cancelamento da autorização para funcionamento, às SCMEPP autorizadas a funcionar antes de sua vigência.

34. Regra geral, aplica-se aos atos jurídicos o princípio *tempus regit actum*, ou seja, o tempo rege o ato. Isso significa dizer que os atos jurídicos se regem pela norma vigente à época em que ocorreram, na data da prática do ato. Nesse sentido é a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LIDB) - Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

35. Falei em “regra geral”, pois nossa Constituição, apesar de albergar a irretroatividade da lei, não o faz de modo absoluto, possibilitando exceção, quando determinado em lei, desde que não prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

36. No caso concreto posto para análise, ou seja, a possibilidade de aplicação de nova regulamentação que trate do cancelamento da autorização para funcionamento à SCMEPP autorizada a funcionar antes de sua vigência, caberia examinar, então, se não estaria ocorrendo ofensa ao direito adquirido¹⁰ pelo regulado, em função das regras existentes quando da concessão de autorização para o exercício daquela atividade.

10 LIDB: Art. 6º [...] “§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.” A propósito, Maria Helena Diniz entende que direito adquirido “é o que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e à personalidade de seu titular” (Curso de direito civil brasileiro, v.1: teoria geral do direito civil – 19. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 99.

37. Entendo que não, pois a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de há muito é pacífica em defender que não há direito adquirido a regime jurídico:

[...] em matéria de direito adquirido vigora o princípio – que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes – de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato. [RE nº 94.020, Relator Ministro Moreira Alves, *RTJ* 104, p. 269 (272)]

38. Gilmar Mendes registra que Savignysustentava “que as leis concernentes aos institutos jurídicos outorgam aos indivíduos apenas uma qualificação abstrata quanto ao exercício do direito e uma expectativa de direito quanto ao ser ou ao modo de ser do direito”¹¹.

39. E o que se vê, na presente hipótese, é precisamente a alteração do regime jurídico das SCMEPP, uma vez que se trata de relação jurídica de índole institucional. É estabelecida à luz de um querer legislativo que opera de cima para baixo, verticalmente, e não horizontalmente, como sucede com os livres ajustes entre os sujeitos jurídicos. Assim, tal relação, a partir de sua constituição, é sempre ajustável à vontade legislativa do Estado.

40. Nesse sentido, é elucidativa a lição de Gabba, segundo o qual há

direitos patrimoniais privados em relação aos quais o legislador tem liberdade de editar novas disposições de aplicação imediata, independentemente de qualquer obstáculo decorrente do princípio do direito adquirido. Esses são: 1º) direitos assegurados aos entes privados, graças exclusivamente à lei, como seriam a propriedade literária e a propriedade industrial; 2º) direitos, que não são criados pelo legislador, e aqueles direitos que, desenvolvidos por efeito da liberdade natural do trabalho e do comércio, têm uma vinculação especial e direta com o interesse geral e estão sujeitos a limites, condições e formas estabelecidas pelo legislador [...]¹². (grifo ausente no original)

11 Curso de direito constitucional – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 464 e 465.

12 *Teoria della retroattività delle leggi*, Torino, 1897, v. 3, p. 208 *Apud* Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 465

41. Resta claro, portanto, que não ocorre, na presente espécie, qualquer ofensa ao direito adquirido das SCMEPP ao se verem obrigadas a cumprir regras distintas daquelas vigentes à época da concessão de sua autorização para funcionamento, no que diz respeito ao cancelamento de tal autorização.

42. Não obstante a conclusão acima alcançada, é preciso ter em mente que se está tratando de ato jurídico que produz efeitos que se prolongam no tempo, ou seja, o ato administrativo que concede a autorização em comento permanece produzindo efeitos enquanto o ente regulado permanecer exercendo a atividade para a qual foi autorizado.

43. Sendo assim, em homenagem ao princípio da segurança jurídica¹³ (ou da estabilidade das relações jurídicas), entendo recomendável que a nova regulamentação apenas seja aplicada para os novos fatos ou para aqueles fatos de efeitos permanentes, desde que considerados somente a partir da vigência da nova norma. Explico.

44. Apenas por hipótese, imaginemos o caso de nova regulamentação que venha determinar que as SCMEPP que não exercerem seu objeto social principal por determinado período deverão ter sua autorização para funcionamento cancelada. Nesse caso, aquelas sociedades que tiverem, no passado, ficado sem exercer sua atividade principal durante esse período determinado, mas que já tenham retomado suas atividades quando a nova regulamentação entrar em vigor, idealmente não deverão ser alcançadas por esta, tendo em vista que o fato descrito pela norma já não mais se verifica quando do início de sua vigência.

45. Já no caso de tal sociedade ainda permanecer sem exercer suas atividades quando da entrada em vigor da nova regulamentação, tal fato poderá ser considerado para sua aplicação, mas o período deverá ter seu cômputo iniciado a partir da data em que a nova regra iniciar sua vigência.

46. Na hipótese cogitada acima, por exemplo, pode-se dizer que, se a nova norma fosse capaz de permitir que o Banco Central cancelasse a autorização para funcionamento de SCMEPP que não estava exercendo suas atividades anteriormente ao início de sua vigência, a segurança jurídica não teria sido

13 Para J. J. Gomes Canotilho, “a segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos” (Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 257).

preservada, pois, quando o ente regulado decidiu suspender o exercício de suas atividades, não tinha ciência da consequência que seria imposta a tal decisão.

47. Já no caso de a norma apenas computar o período de ausência de exercício da atividade após o início de sua vigência, o sujeito poderá decidir retomar suas atividades ou não, tendo já conhecimento da consequência que sua decisão acarretará. Estará preservada, desse modo, a segurança jurídica.

48. Corroborando tal recomendação, novamente, a lição de Gilmar Mendes:

Assim, ainda que se não possa invocar a idéia de direito adquirido para a proteção das chamadas situações estatutárias ou que se não possa reivindicar direito adquirido a um instituto jurídico, não pode o legislador ou o Poder Público em geral, sem ferir o princípio da segurança jurídica, fazer *tabula rasa* das situações jurídicas consolidadas ao longo do tempo.¹⁴

49. Em reforço da conclusão já apresentada nesta seção, é necessário lembrar que a regulação econômica consubstanciada em normas infralegais é algo que, por sua própria natureza, deve ser mutável, de modo a acompanhar as variações do mercado. Assim, acaso negássemos às novas regras a possibilidade de alcançar entidades já atuantes, o papel do regulador seria em grande parte esvaziado. Tal, certamente, não é o espírito das normas que regem mercados regulados.

50. Portanto, não há, na espécie, qualquer violação à legítima expectativa do regulado, que lhe permita defender a existência de um direito adquirido à sua atuação na forma e nos moldes da regulamentação em vigor à época da concessão da autorização para seu funcionamento, mais especificamente no que diz respeito às novas regras atinentes ao cancelamento de tal autorização.

51. É recomendável, no entanto, seguindo a ressalva feita nos itens 42 a 48 acima, que, na aplicação da norma, sejam conferidos efeitos apenas prospectivos para os novos critérios de cancelamento, de modo que o BCB não se utilize de fatos passados para configurar essas hipóteses.

14 Curso de direito constitucional – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 487.

CONCLUSÃO

52. Ante a apreciação jurídica desenvolvida acima, conclui-se:
- a) É possível que as SCMEPP emitam letra financeira e debênture exclusivamente para colocação e oferta privadas.
 - b) É possível que as SCMEPP atuem como instituidora de arranjo de pagamento ou como instituição de pagamento, nas modalidades de (i) emissora de instrumento de pagamento pré-pago, cuja moeda eletrônica será convertida para seu público-alvo, para aquisição de bens e serviços de seu interesse; (ii) emissora de instrumento de pagamento pós-pago, para aquisição de bens e serviços pelo público em geral em rede credenciada de microempresas e empresas de pequeno porte; (iii) emissora de instrumento de pagamento pós-pago, para aquisição de bens e serviços por parte de microempresas e empresas de pequeno porte; (iv) credenciadora de aceitação de instrumento de pagamento pós-pago, nas hipóteses referidas acima; e (v) instituidora de arranjo de pagamento fechado, na prestação dos serviços referidos nas hipóteses anteriores. Contudo, é necessário que o exercício das atividades mencionadas acima pelas SCMEPP tenha como objetivo alcançar, ou contribuir para que seja alcançada, a função social dessas entidades, que é a de viabilizar financeiramente empreendimentos de natureza profissional, comercial ou industrial realizados por pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte. Vale a pena registrar que a atuação das SCMEPP como instituidoras de arranjos de pagamento ou como instituições de pagamento está sujeita à regulamentação atualmente existente para o exercício daquelas atividades, considerando, inclusive, as regras que determinam quais arranjos estão excluídos do SPB e que os dispensam, em determinadas hipóteses, do pedido de autorização perante o BCB.
 - c) É possível que nova regulamentação, que trate do cancelamento da autorização para funcionamento, seja aplicável de imediato às SCMEPP autorizadas a funcionar antes de sua vigência. Não obstante, sugiro que seja observada a recomendação exposta nos itens 42 a 48, acima, com o objetivo de preservar a segurança

jurídica das SCMEPP que já se encontrem em funcionamento quando da entrada em vigor da nova regulamentação sobre o cancelamento da autorização.

À consideração de Vossa Senhoria.

DIANA LOUREIRO MACIEL DE MOURA

*Procuradora – Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro –
OAB/AL 8.074*

(Seguem despachos.)

De acordo.

2. Julgo importante reforçar a recomendação feita pela parecerista nos parágrafos 42 a 48, tendo em vista a relevância do valor da segurança jurídica para o sistema financeiro nacional e para seus órgãos reguladores.

3. Em conexão com isso e tendo em vista que o tema do cancelamento da autorização para funcionamento das SCMEPP parece estar sendo tratado pelo Denor por analogia ao que ocorre com as demais instituições financeiras, nos termos da Resolução nº 4.122, de 2012, entendo que é pertinente recordar aqui o registro feito no Parecer PGBC-00179.001, de 17 de julho de 2012,¹⁵ que examinou a minuta de ato normativo que resultou na referida resolução.

4. O cancelamento de ofício da autorização para funcionamento de uma instituição financeira tem significativa capacidade de causar lesões à livre iniciativa das pessoas envolvidas na atividade financeira, bem como ao direito de propriedade de poupadores e investidores. É necessário, portanto, que se confira previsibilidade à aplicação dessa medida pelo Banco Central, como forma de garantir a segurança jurídica do empreendedor e do poupador, que fazem uso do sistema financeiro.

5. Nesse sentido, a utilização do inciso I do art. 21 do Regulamento Anexo I à Resolução nº 4.122, de 2012 (“falta de prática habitual de operações consideradas

¹⁵ Emitido pelo assessor jurídico Alexandre Forte Maia, com despachos do procurador-chefe Danilo Takasaki Carvalho, da subprocuradora-geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, do procurador-geral adjunto Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e do procurador-geral Isaac Sidney Menezes Ferreira.

essenciais”) como fundamento da decisão de cancelar a autorização para funcionamento de uma instituição deve ser feito por referência a textos normativos que prévia e explicitamente estabeleçam as operações cuja prática habitual seja considerada essencial para cada tipo ou espécie de instituição financeira.

6. Diante disso, caso haja a intenção de adotar-se, para as SCMEPP, hipótese semelhante à presente no inciso I do art. 21 do Regulamento Anexo I à Resolução nº 4.122, de 2012, sugere-se que se verifique, na regulamentação em vigor sobre as SCMEPP, se é clara a indicação das operações cuja prática é considerada essencial para que instituições dessa modalidade mantenham sua autorização para funcionamento.

À subprocuradora-geral titular da Câmara de Consultoria Geral.

DANILO TAKASAKI CARVALHO

Procurador-Chefe – Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (CONOR) – OAB/DF 24.761

(segue despacho.)

De acordo.

No que se refere à consulta sobre a possibilidade de as SCMEPP emitirem letras financeiras e debêntures para colocação e oferta privadas, ressalto que a vedação estabelecida no inciso V, art. 1º da Lei nº 10.194, de 2001, que impede essas sociedades de “*captar, sob qualquer forma, recursos junto ao público, bem como emitir títulos e valores mobiliários destinados à colocação e oferta públicas*” requer maior esforço interpretativo diante da aparente incongruência da regra.

2. A atividade de captação pública consiste na obtenção de recursos para aplicação a curto, médio ou longo prazo. Nesse sentido, a primeira parte do aludido inciso, ao proibir a captação, sob qualquer forma, de recursos junto ao público, impediria qualquer tipo de captação, inclusive a emissão de títulos e valores mobiliários, tendo em vista que são espécies do gênero captação. Assim, as citadas emissões estariam vedadas, tanto para a colocação e oferta públicas como para a colocação e oferta privadas.

3. As regras de Hermenêutica enunciam que não se deve presumir na lei palavras inúteis, devendo-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia. Tal recomendação não é absoluta, ou seja, sempre que possível, deve-se conferir eficácia a todo texto legal, não se presumindo expressões supérfluas. Nessa linha, a referência expressa à vedação de emissão de títulos e valores mobiliários para colocação e oferta públicas pressupõe que a conduta seria permitida para colocação e oferta privadas, como conclui o presente trabalho.

Ao Denor.

WALKYRIA DE PAULA RIBEIRO DE OLIVEIRA

Subprocuradora-Geral do Banco Central – Câmara de Consultoria Geral – OAB/DF 10.000

Petição 7.943/2014-BCB/PGBC

Petição apresentada pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil nos autos da Carta Rogatória nº 9.614 (2014/0295088-6), em que se discutia a obrigação de o Banco Central do Brasil garantir o reembolso de operações de crédito realizadas no âmbito do Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos (CCR) aplicado no âmbito da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI).

Murilo Santos Ramos

Procurador do Banco Central – OAB/DF 45.763 – Mat. 7.295.175-3

Lucas Farias Moura Maia

Assessor Jurídico – OAB/GO 24.625 – Mat. 6.323.167-0

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO FRANCISCO FALCÃO,
PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

Carta Rogatória nº 9.614 (2014/0295088-6)

Justiça Rogante: JUZGADO LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA DE
15º TURNO (REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY)

Interessado: BANCO CENTRAL DO BRASIL

BANCO CENTRAL DO BRASIL, Autarquia Federal criada pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, com sede no SBS, Quadra 3, Bloco “B”, em Brasília-DF, por intermédio de seus Procuradores (Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, art. 17, I, e Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, art. 4º, I), em atenção ao Mandado de Intimação nº 000351/2014-CESP, vem, tempestivamente (mandado juntado aos autos em 21 de novembro de 2014), oferecer IMPUGNAÇÃO à Carta Rogatória em epígrafe, nos termos dos artigos 8º e 9º da Resolução nº 09/2005 do C. Superior Tribunal de Justiça, consoante as razões de fato e de direito seguintes.

I. DO OBJETO DA CARTA ROGATÓRIA

2. O Juzgado Letrado de Primera Instancia de 15º Turno da República Oriental del Uruguay expediu a presente Carta Rogatória com o objetivo de “citar em garantia” o Banco Central do Brasil, a fim de que a Autarquia Federal figure nos autos da Ação de “Daños e Prejuicios” proposta no juízo rogante por American Express Bank (Uruguay) S.A. (En Liquidación) contra Bank of America N.A.

3. A ação originária cuida, em resumo, de pleito indenizatório no qual a parte autora (American Express Bank (Uruguay) S.A. - En Liquidación) alega que a ré (Bank of America N.A.) teria lhe cedido créditos garantidos pelo

denominado Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos (CCR) aplicado no âmbito da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI). Aduz que tais créditos (consubstanciados em duas notas promissórias) revelaram-se inexistentes, pois oriundos de fraudes perpetradas pelo Banco Atlantis do Brasil, emitente das notas promissórias.

4. Em contestação, a ré (Bank of America N.A.) requereu, dentre outras teses de defesa, a “citação em garantia” do Banco Central do Brasil, nos termos do artigo 52¹ do Código General del Proceso de Uruguay (CGP), ao argumento de que a autarquia monetária brasileira teria, no seu entender, agido com culpa ao autorizar o Banco Atlantis do Brasil a atuar no regime do CCR. Além disso, sustentou que caberia ao Banco Central oferecer garantia de reembolso nas operações de crédito objeto da demanda.

5. Nesse sentido, a ré pleiteou a citação do Banco Central para, em caso de condenação, fosse ela ressarcida pela autarquia brasileira.

6. O r. juízo rogante houve por bem acolher o pedido da ré, expedindo, assim, a presente Carta Rogatória.

7. Entretanto, conforme será demonstrado, a referida Carta Rogatória mostra-se impassível de concessão de *exequatur*, tendo em vista que seu objeto ofende frontalmente a **imunidade de jurisdição da República Federativa do Brasil** – e, com ela, a soberania nacional e a ordem pública –, além de violar regra de **competência constitucional absoluta** (art. 109, incisos I e II, da CRFB/88) e de conter vícios formais insuperáveis.

8. Ademais, a Rogatória não encontra respaldo no Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas), nos termos do seu artigo 8.

1 *Artículo 51.*

Intervención necesaria por citación.- El demandado, en el plazo para contestar y sin perjuicio de hacerlo, podrá solicitar el emplazamiento de un tercero en garantía o de aquél respecto al cual considera que la controversia es común o a quien la sentencia pueda afectar. El emplazado no podrá objetar la procedencia de su emplazamiento y deberá comparecer, tendrá los mismos derechos, deberes y cargas del demandado.

II. DA IRREGULARIDADE FORMAL

9. Antes da demonstração da impossibilidade de concessão de *exequatur* no presente caso, cumpre ressaltar que a Carta Rogatória ora impugnada é irregular do ponto de vista formal, pois apresenta diversos documentos ilegíveis.

10. Deveras, extrai-se da certidão de fls. 1.047 do processo eletrônico que os autos físicos possuíam páginas ilegíveis, que, após digitalização, assumiram a seguinte numeração: 31, 33, 35, 39, 40, 41, 43, 68, 71, 72, 74, 76, 78, 80, 82, 84, 154, 156, 340, 352, 353, 370, 378, 380 e 1.032.

11. Depreende-se da carta rogatória que seu objeto é a “citação em garantia” do Banco Central. Todavia, a existência de diversas páginas ilegíveis na documentação enviada pela Justiça rogante impede que esta Autarquia tenha a exata compreensão da controvérsia.

12. A impossibilidade de o Banco Central ter conhecimento da documentação ilegível vinda da Justiça rogante implica prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, garantias inseridas no art. 5º, inciso LV, da CRFB/88.

13. Desse modo, requer o Banco Central a devolução da presente carta rogatória à Justiça rogante, sem a concessão de *exequatur*, para que esta encaminhe de modo legível toda a documentação relativa ao caso, a fim de que esta Autarquia possa exercer amplamente seu direito de defesa.

III. DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. AFRONTA À SOBERANIA NACIONAL E À ORDEM PÚBLICA

14. Um dos princípios mais caros ao Direito Internacional Público, e que decorre do direito consuetudinário internacional (*ius cogens*), é o que estabelece a imunidade de jurisdição para os Estados soberanos.

15. Segundo a doutrina, “*imunidade de jurisdição é a impossibilidade de que Estados estrangeiros, organizações internacionais e órgãos de Estados estrangeiros sejam julgados por outros Estados contra a sua vontade*”². O fundamento dessa

2 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 166.

imunidade reside na **soberania dos Estados**, que, considerados iguais entre si (inexistência de superioridade), não podem estar, em regra, juridicamente sujeitos a outra nação.

16. Classicamente, a imunidade de jurisdição abarcava toda e qualquer hipótese em que o Estado viesse a ser demandado em território estrangeiro (exceto se houvesse a renúncia à imunidade), o que conferia ao princípio caráter absoluto.

17. Todavia, com o estreitamento das relações entre os Estados e a evolução do direito internacional, a Teoria da Imunidade de Jurisdição foi relativizada e passou a reconhecer a existência de atos de império (*acta jure imperii*) e atos de gestão (*acta jure gestionis*), a fim de verificar se, no caso concreto, haveria ou não de incidir a imunidade.

18. Assim, nas hipóteses de atos praticados pelo Estado no exercício de sua soberania (atos de império), incidiria a imunidade de jurisdição, ao passo que, em se tratando de atos de caráter privado (atos de gestão), praticados pelo Estado em condição de igualdade com os particulares, a imunidade restaria afastada. Essa é a teoria adotada atualmente pela maior parte da jurisprudência internacional, inclusive pelos tribunais jurisdicionais brasileiros – especialmente o Superior Tribunal de Justiça.

19. *In casu*, não há dúvidas de que **o objeto da Carta Rogatória ora impugnada constitui típico ato de império do Estado brasileiro**. Com efeito, o d. juízo rogante pleiteia a “citação em garantia” do Banco Central do Brasil para que, em caso de sentença condenatória, o réu da ação originária (Bank of America N. A.) seja eventualmente ressarcido pela autoridade monetária brasileira, ao argumento de que esta teria agido com culpa na sua atuação fiscalizatória sobre o Banco Atlantis S/A – instituição financeira que foi liquidada pelo Banco Central em 21 de novembro de 1994.

20. Ora, a atuação do Banco Central (ente da administração pública indireta dotado de uma parcela do poder estatal), assim como a de todas as demais instituições públicas brasileiras, **constitui notório e emblemático exemplo de ato de soberania da República Federativa do Brasil**, na medida em que se trata de ato do Estado brasileiro em seu poder-dever de supervisionar e fiscalizar o Sistema Financeiro Nacional.

21. Cuida-se, dessa forma, de ato de soberania do Estado brasileiro, praticado por um ente de sua Administração Pública (Banco Central) dotado

de índole constitucional (art. 164 da CRFB/88) e com competência definida pela legislação pátria (Lei nº 4.595, de 1964). De fato, a atividade supervisora e fiscalizatória do Banco Central (no caso, sobre o Banco Atlantis S/A) configura **ato estritamente de Estado**, decorrente do seu poder de polícia; logo, ato de império que o afasta dos atos de natureza meramente privada.

22. Nesse contexto, a concessão de *exequatur* à presente Carta Rogatória significaria, na realidade, permitir que outro Estado – na hipótese, a República Oriental do Uruguai – pudesse imiscuir-se nos atos de império, dotados de soberania, da República Federativa do Brasil, em violação direta à imunidade de jurisdição.

23. Tal cenário geraria abalo à própria diplomacia brasileira, porquanto o relacionamento entre os dois Estados envolvidos restaria sensibilizado pela submissão, sem o devido consentimento, do Estado brasileiro a autoridades judicantes estrangeiras. Nesse sentido, imprescindível reconhecer, na hipótese, a imunidade de jurisdição, que tem por fundamento, em última análise, a manutenção de relações amigáveis entre os Estados soberanos, com o reconhecimento da igualdade de tratamento e da reciprocidade³.

24. Desse modo, por se enquadrar a atividade fiscalizatória do Banco Central como **ato de império** do Estado brasileiro, com atributos de soberania estatal, a aferição da legalidade e legitimidade dessa atuação não está sujeita à jurisdição de tribunais estrangeiros, sob pena de violação à soberania e à ordem pública. Aplicável, destarte, o art. 6º da Resolução nº 9, de 2005, do eg. Superior Tribunal de Justiça, *litteris*:

Art. 6º Não será homologada sentença estrangeira ou concedido exequatur a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública.

25. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) estabelece regra de igual jaez:

3 Nesse sentido, leciona a doutrina especializada que “*seja qual for o fundamento teórico encontrado, o certo é que o motivo fundante da imunidade de jurisdição do Estado perante a justiça de outro é o desejo de se manter relações amigáveis entre as nações, por meio da aplicação dos princípios da igualdade de tratamento e da reciprocidade, na aplicação dos adágios quod tibi non vis fieri, alteri nec faceris (‘não façam aos outros o que não queres que te façam’) e quod vis ut alii tibi faciant, ut ipsis fácies (‘trate os outros como queres que te tratem’). Daí a preocupação comum dos tribunais internos de todos os países em não ofender as suscetibilidades do Estado estrangeiro quando ali demandados”* (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 266).

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

26. É oportuno ressaltar que a atividade fiscalizatória do Estado – cuja eficiência está sendo questionada perante o juízo rogante – **não constitui ato de direito privado**, passível de ser praticado por um cidadão particular. Aliás, trata-se de **atividade indelegável**, pois restrita à **competência exclusiva da União**, nos termos do que dispõe o art. 21, inciso VIII, da CRFB/88⁴.

27. Dessa forma, a Carta Rogatória *sub examine* não se enquadra nas hipóteses de exceção à imunidade de jurisdição, já enfrentadas e destacadas pelos tribunais brasileiros, notadamente pelos colendos Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

28. De fato, a jurisprudência pátria é assente em estabelecer que, em casos como os de responsabilidade trabalhista ou de relações civis ou comerciais, a imunidade de jurisdição deve ser afastada, por se tratar de matérias de ordem estritamente privada. Contudo, a mesma jurisprudência é igualmente clara em asseverar que, **caso a natureza do ato motivador da causa envolva a soberania do Estado brasileiro e a ordem pública, a imunidade de jurisdição deve ser observada**.

29. Nesse diapasão, pede-se *venia* para citar, a título exemplificativo, os seguintes precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ESTADO ESTRANGEIRO - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA POR EMPREGADOS DE EMBAIXADA - IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO - CARÁTER RELATIVO - RECONHECIMENTO DA JURISDIÇÃO DOMESTICA DOS JUIZES E TRIBUNAIS BRASILEIROS - AGRAVO IMPROVIDO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. CONTROVERSIA DE NATUREZA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA JURISDICCIONAL DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS. - A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, quando se tratar de litígios trabalhistas, revestir-se-á de caráter meramente relativo e, em consequência,

4 Art. 21. Compete à União:
(...)

VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;

*não impedira que os juízes e Tribunais brasileiros conheçam de tais controvérsias e sobre elas exerçam o poder jurisdicional que lhes é inerente. ATUAÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO EM MATÉRIA DE ORDEM PRIVADA. INCIDENCIA DA TEORIA DA IMUNIDADE JURISDICIONAL RELATIVA OU LIMITADA. - O novo quadro normativo que se delineou no plano do direito internacional, e também no âmbito do direito comparado, permitiu - ante a realidade do sistema de direito positivo dele emergente - que se construísse a teoria da imunidade jurisdicional relativa dos Estados soberanos, tendo-se presente, para esse específico efeito, a natureza do ato motivador da instauração da causa em juízo, de tal modo que deixa de prevalecer, ainda que excepcionalmente, a prerrogativa institucional da imunidade de jurisdição, sempre que o Estado estrangeiro, atuando em matéria de ordem estritamente privada, intervier em domínio estranho aquele em que se praticam os atos *jure imperii*. Doutrina. Legislação comparada. Precedente do STF. A teoria da imunidade limitada ou restrita objetiva institucionalizar solução jurídica que concilie o postulado básico da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro com a necessidade de fazer prevalecer, por decisão do Tribunal do foro, o legítimo direito do particular ao ressarcimento dos prejuízos que venha a sofrer em decorrência de comportamento imputável a agentes diplomáticos, que, agindo ilícitamente, tenham atuado *more privatorum* em nome do País que representam perante o Estado acreditado (o Brasil, no caso). Não se revela viável impor aos súditos brasileiros, ou a pessoas com domicílio no território nacional, o ônus de litigarem, em torno de questões meramente laborais, mercantis, empresariais ou civis, perante tribunais alienígenas, desde que o fato gerador da controvérsia judicial - necessariamente estranho ao específico domínio dos *acta jure imperii* - tenha decorrido da estrita atuação *more privatorum* do Estado estrangeiro. (...)*

(AI 139671 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 20/06/1995, DJ 29-03-1996 PP-09348 EMENT VOL-01822-02 PP-00375)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - BARCO DE PESCA BRASILEIRO AFUNDADO NA COSTA BRASILEIRA, EM PERÍODO DE GUERRA, POR NAVIO ALEMÃO - ESTADO ESTRANGEIRO - IMUNIDADE ABSOLUTA - DECISÃO DO RELATOR NEGANDO SEGUIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO. IRRESIGNAÇÃO DOS AGRAVANTES.

1. A relativização da imunidade da jurisdição conta com o assentimento desta Corte Superior; mas, tão-somente, quando envolve relações natureza civil, comercial ou trabalhista, **restando prevalente a imunidade ao se**

tratar de ato de império, como no presente caso.

2. *A jurisprudência do STJ caminha no sentido de que não é possível a responsabilização da República Federal da Alemanha por ato de guerra, tendo em vista tratar-se de manifestação de ato de império.*

Precedentes: AgRg no RO 110/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 24/09/2012); RO 72/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 08/09/2009); RO 66/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJe 19/05/2008).

3. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no RO 129/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 15/10/2014)

30. Na realidade, em se tratando, não de simples ato de gestão, mas de verdadeiro ato de império do Estado brasileiro, sujeito à imunidade de jurisdição, o procedimento adequado seria a comunicação da República Federativa do Brasil com vistas a oportunizá-la a **anuir ou não** com a sua submissão à jurisdição estrangeira, e não a “citação” direta do ente público brasileiro para defender-se perante a Justiça rogante, como quer a presente Carta Rogatória.

31. Nesse sentido já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica dos seguintes precedentes:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E INTERNACIONAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO. AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA. COMPETÊNCIA. LIMITES. RESPOSTA DO ESTADO ESTRANGEIRO. PROCEDIMENTO.

1. *A imunidade de jurisdição não representa uma regra que automaticamente deva ser aplicada aos processos judiciais movidos contra um Estado estrangeiro. Trata-se de um direito que pode, ou não, ser exercido por esse Estado, que deve ser comunicado para, querendo, alegar sua intenção de não se submeter à jurisdição brasileira, suscitando a existência, na espécie, de atos de império a justificar a invocação do referido princípio. Precedentes.*

2. *Tendo o Estado estrangeiro, no exercício de sua soberania, declarado que os fatos descritos na petição inicial decorreram de atos de império, bem como apresentado recusa em se submeter à jurisdição nacional, fica inviabilizado o processamento, perante autoridade judiciária brasileira, de ação indenizatória que objetiva ressarcimento pelos danos materiais e morais decorrentes de perseguições e humilhações supostamente sofridas durante a ocupação da França por tropas nazistas.*

3. *A comunicação ao Estado estrangeiro para que manifeste a sua intenção de se submeter ou não à jurisdição brasileira não possui a natureza jurídica da citação prevista no art. 213 do CPC. Primeiro se oportuniza, via comunicação encaminhada por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, ao Estado estrangeiro que aceite ou não a jurisdição nacional. Só aí, então, se ele concordar, é que se promove a citação para os efeitos da lei processual.*

4. *A nota verbal, por meio da qual o Estado estrangeiro informa não aceitar a jurisdição nacional, direcionada ao Ministério das Relações Exteriores e trazida por esse aos autos, deve ser aceita como manifestação legítima daquele Estado no processo.*

5. *Recurso ordinário a que se nega provimento.*

(RO 99/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 07/12/2012)

AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. TURISTA BRASILEIRO. INGRESSO EM PAÍS ESTRANGEIRO. IMPOSSIBILIDADE. DEPORTAÇÃO.

1. *Uma vez que foi reconhecida a imunidade de jurisdição ao Estado Estrangeiro, deve-se oportunizar-lhe a manifestação de sua opção pelo direito à imunidade jurisdicional ou pela renúncia a essa prerrogativa.*

2. *Essa comunicação não é a citação prevista no art. 213 do CPC, e nem mesmo de intimação se trata, porquanto nenhum ônus decorre ao ente estrangeiro. Assim, as nulidades previstas para estes atos processuais não se aplicam à comunicação em questão.*

3. *O silêncio do representante diplomático, ou do próprio Estado Estrangeiro, deixando de vir compor a relação jurídico-processual, não importa em renúncia à imunidade de jurisdição.*

4. *Recurso ordinário improvido.*

(RO 85/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009)

32. No mesmo sentido, cumpre ressaltar que a impossibilidade de concessão de *exequatur* à presente Carta Rogatória **encontra respaldo** no “Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa” (Protocolo de *Las Leñas*), assinado pelo Governo da República Federativa do Brasil em 27 de junho de 1992, bem como no “Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil,

Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile”, promulgado pelo Brasil por força do Decreto nº 6.891, de 2 de julho de 2009. Nesse sentido, confira-se o disposto no artigo 8º de ambos os documentos:

Artigo 8

*A carta rogatória deverá ser cumprida de ofício pela autoridade jurisdicional competente do Estado requerido, e somente poderá denegar-se quando a medida solicitada, por sua natureza, **atente contra os princípios de ordem pública do Estado requerido.** (grifos ausentes no original).*

33. Por fim, especificamente quanto à relação entre Brasil e Uruguai em matéria judiciária, destaque-se que o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, firmado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai, de 28 de fevereiro de 1992, e promulgada pelo Decreto nº 1.850, de 10 de abril de 1996, prevê também a impossibilidade de cumprimento à carta rogatória na hipótese vertente:

Artigo 6

*1. O cumprimento da rogatória somente poderá ser indeferido quando não se encontre dentro das competências da autoridade judiciária do Estado requerido ou quando por sua natureza **atente contra os princípios essenciais de ordem pública.** (grifos ausentes no original).*

34. Sabe-se que a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias compreende a emissão de juízo meramente delibatório a respeito das condições para a sua execução. Entretanto, **a competência constitucional atribuída ao eg. Superior Tribunal de Justiça⁵ para a análise das rogatórias perpassa, necessariamente, pela análise da possibilidade de risco à soberania nacional e à ordem pública.**

35. Assim é que, na hipótese *sub judice*, cabe ao c. Superior Tribunal de Justiça reconhecer a explícita afronta à soberania do Estado brasileiro e à ordem pública, de modo a aplicar a imunidade jurisdição ao caso concreto, com o consequente indeferimento de *exequatur* à presente Carta Rogatória.

5 Consoante art. 105, inciso I, alínea “I”, da CRFB/88.

IV. DA COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL BRASILEIRA PARA JULGAR CAUSAS EM QUE A UNIÃO OU SUAS AUTARQUIAS SEJAM PARTES (ART. 109, I, DA CRFB/88)

36. O art. 109, inciso I, da Constituição Federal⁶ estabelece competência ao **juízo federal** para processar e julgar causas em que sejam parte, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, a União, entidade autárquica ou empresa pública federal.

37. Quer se considere tratar de competência definida em razão da pessoa, quer se considere tratar de regra definida segundo o critério funcional, tal competência possui **natureza absoluta**⁷. Nesse sentido, está intrinsecamente relacionada à ordem pública, ostentando natureza cogente – por essa razão, deve, inclusive, ser reconhecida *ex officio* pelo juiz.

38. Assim, verifica-se que a competência judicante do d. Juízo rogante não abrange julgar demandas em que entidade autárquica federal, pessoa jurídica de direito público dotado de parcela da soberania estatal, figure como parte, cabendo exclusivamente à Justiça Federal brasileira o julgamento de tais ações.

39. Desse modo, **não havendo observância às regras de competência**, a Carta Rogatória ora impugnada não comporta *exequatur*, a teor do que estabelece o art. 9º c/c o art. 5º, I, ambos da Resolução nº 9/2005 do c. STJ.

40. Ressalte-se que a competência absoluta da justiça federal brasileira para o julgamento da demanda revela-se imprescindível, outrossim, pelo fato de que a responsabilidade civil dos entes públicos possui regramento próprio na Constituição Federal, nos termos do que dispõe o seu art. 37, § 6º.

41. De igual modo, a matéria objeto da presente Rogatória, qual seja, responsabilidade do Banco Central por suposta culpa na atividade fiscalizatória do sistema financeiro nacional, possui jurisprudência já assentada perante os

6 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;

7 Conforme leciona a doutrina, “é fundamental identificar se uma norma de competência é cogente (absoluta) ou dispositiva (relativa), porque disso advirão numerosas consequências. Para saber em que juízo uma demanda deve ser proposta, verificamos que é indispensável consultar três tipos de legislação: a Constituição Federal, as leis federais, e as leis de organização judiciária. A Constituição estabelece se a ação é de competência de alguma das justiças especiais, da justiça comum federal, da Justiça Estadual; ou se é de competência originária dos Tribunais Superiores. As regras de competência fixada pela CF são sempre absolutas” (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil*. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 99).

tribunais brasileiros.

42. Com efeito, pacificou-se que o Banco Central não responde pelos eventuais prejuízos decorrentes da má conduta de instituições financeiras fiscalizadas, tendo em vista a ausência denexo causal. De fato, não há liame subjetivo entre a atuação do Banco Central e os supostos prejuízos advindos de condutas ilegais de instituição financeira. Uma hipotética ineficiência da fiscalização da autarquia não poderia, sequer em tese, ser a causa direta do dano alegado pela parte autora, na medida em que as eventuais irregularidades cometidas pelos fiscalizados devem ser a eles atribuídas, e não ao agente fiscalizador.

43. A atividade fiscalizatória constitui obrigação de meio⁸, e não de resultado, na medida em que nenhuma fiscalização, por mais meticulosa que seja, pode garantir a eliminação total e absoluta da prática de ilícitos e da causação de danos por parte dos fiscalizados.

44. Nesse contexto, citem-se os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. BACEN. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. MERCADO DE CAPITAIS. QUEBRA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. EVENTUAL PREJUÍZO DE INVESTIDORES. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA.

1. A pacífica jurisprudência do STJ e do STF, bem como a doutrina, compreende que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, ou seja, a omissão do Estado, apesar do dever legalmente imposto de agir, além, obviamente, do dano e donexo causal entre ambos.

2. O STJ firmou o entendimento de não havernexo de causalidade entre o prejuízo sofrido por investidores em decorrência de quebra de instituição financeira e a suposta ausência ou falha na fiscalização realizada pelo Banco Central no mercado de capitais.

3. Recursos Especiais providos.

(REsp 1023937/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA

8 A propósito do tema, a consigna a doutrina que: “*da fiscalização das instituições financeiras pelo Banco Central do Brasil não resulta o nascimento de garantias para os credores daquelas contra o risco de sua quebra. Não se pode pretender que aquele órgão deve responder automaticamente, diante dos credores prejudicados, pela eventual insolvência de uma instituição financeira, mesmo com base em alegada omissão no serviço de fiscalização. A obrigação na espécie é de meio e não de resultado, devendo se atentar para o tipo de responsabilidade que a Constituição Federal estabelece para a administração pública neste particular*” (VERÇOSA, Haroldo M. D. *Bancos Centrais no Direito Comparado – O Sistema Financeiro Nacional e o Banco Central do Brasil*. São Paulo: Editora Malheiros, p. 216/217).

TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 30/06/2010)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 535, INCISO I, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ENUNCIADO Nº 284 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. BACEN. FISCALIZAÇÃO. PREJUÍZO DE INVESTIDORES. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. ENUNCIADO Nº 83 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (...)”

2. O BACEN não deve indenizar os prejuízos de investimentos de risco decorrentes da má administração de instituição financeira, na medida em que o Estado disciplina o mercado, exerce a fiscalização, mas não pode ser responsabilizado pelo prejuízo de investidores. Nesse tópico, o STJ, em casos análogos, assentou posicionamento no sentido da inexistência de nexo de causalidade entre a eventual falta ou deficiência de fiscalização por parte do Banco Central do Brasil e o dano causado a investidores em decorrência da quebra de instituição financeira’ (REsp 647.552/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 2.6.2008)” (REsp nº 1.102.897/DF, Relatora Ministra Denise Arruda, in DJ 5/8/2009). (...)

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1217398/PA, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 14/04/2010)

45. Destarte, reconhecer competência ao Juzgado Letrado de Primera Instancia de 15º Turno da República Oriental do Uruguai, mediante concessão de *exequatur*, à presente Carta Rogatória, significaria conceder ao Judiciário alienígena poderes para julgar ente público brasileiro conforme leis e jurisprudência diversas, em grave risco à ordem pública e ao interesse público da República Federativa do Brasil.

V. CONCLUSÃO

46. Ante o exposto, o BANCO CENTRAL requer seja denegado *exequatur* à Carta Rogatória ora impugnada, tendo em vista que:

a) a ilegitimidade de diversos documentos que instruem a Carta impede o exercício da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inciso LV, da CRFB/88).

b) seu objeto relaciona-se a **ato de império do Estado brasileiro** (atividade fiscalizatória estatal), o que impõe o reconhecimento da imunidade de jurisdição, sob pena de afronta à soberania e à ordem pública (art. 6º da Resolução nº 9/2005 do STJ e art. 17 da LINDB);

c) o d. juízo rogante é incompetente para o julgamento de demandas que envolvam a União e suas autarquias, por se tratar de competência exclusiva da Justiça Federal brasileira (art. 109, I, da CRFB/88);

Pede deferimento.

Brasília, 5 de dezembro de 2014.

Murilo Santos Ramos

Procurador do Banco Central – OAB/DF 45.763 – Mat. 7.295.175-3

Lucas Farias Moura Maia

Assessor Jurídico – OAB/GO 24.625 – Mat. 6.323.167-0

Parecer Jurídico 267/2015-BCB/PGBC

Parecer que analisa a questão jurídica relativa à realização, por credenciadoras de cartões de crédito, de operações de antecipação de recebíveis com estabelecimentos empresariais credenciados.

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central – OAB/DF 16.400

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Procurador-Geral do Banco Central – OAB/DF 14.533

Parecer Jurídico 267/2015-BCB/PGBC
PT 1101501371

Brasília, 28 de março de 2015.

Ementa: Atividade de antecipação de recebíveis de cartões de crédito, realizada por credenciadoras de cartões de crédito com estabelecimentos empresariais credenciados (lojistas). Parecer PGBC-149, de 2 de junho de 2010. Negócio jurídico que corresponde ao abatimento de um passivo, não se confundindo com operação privativa de instituições financeiras. Revisão do entendimento da Procuradoria-Geral. Arranjos e instituições de pagamento. Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013. Competência legal do Banco Central do Brasil para designar, regular, monitorar e supervisionar atividades relacionadas à prestação de serviço de pagamento.

Senhor Procurador-Geral,

ASSUNTO

O Departamento de Operações Bancárias e de Sistema de Pagamentos (DEBAN), no bojo do PT 1001468383, submeteu consulta à Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) em 22 de janeiro de 2010, com o propósito de obter pronunciamento legal acerca da realização, por credenciadoras de cartões de crédito, de operações de antecipação de recebíveis com estabelecimentos empresariais credenciados¹. Os quesitos postos à PGBC na ocasião foram os seguintes:

- a. se a realização de operação de adiantamento de recebíveis vinculada a transações com cartões de crédito (...) é privativa de instituições financeiras;

¹ Cópia do Parecer Deban/Disip-2010/005, de 22 de janeiro de 2010, que veicula a mencionada consulta, encontra-se às fl. 17 a 20 dos presentes autos.

b. se o credenciador que não seja instituição financeira pode cobrar taxa de juros, na forma de desconto para pagamento antecipado das obrigações a vencer de transações com cartões de crédito por ele capturadas e, em caso afirmativo, se estaria ele sujeito à Lei de Usura; e

c. se, igualmente ao caso de administradoras de cartão de crédito, a regulação e supervisão dos credenciadores pode ser regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional, de acordo com o juízo de mérito e conveniência próprios da administração pública.

2. Em atenção a diligência subseqüentemente requerida pela PGBC², o DEBAN complementou a consulta com a informação de que as operações de adiantamento de recebíveis praticadas por credenciadores de cartões de crédito fundam-se nas seguintes fontes de recursos³:

a. recursos próprios gerados nas atividades operacionais e financeiras dos credenciadores;

b. *empréstimos contratados junto aos emissores* [de cartões de crédito];

c. *pré-recebimento das obrigações vincendas dos emissores, referentes às transações capturadas com cartões de crédito de sua emissão, deduzidos dos custos financeiros da operação.*

3. A PGBC proferiu, então, o Parecer PGBC-149, de 2 de junho de 2010⁴, que, em síntese, concluiu no sentido de que as operações de antecipação de recebíveis realizadas por credenciadoras de cartões de crédito com os estabelecimentos empresariais conveniados configuram, de fato, atividade privativa de instituições financeiras. Eis o teor integral das conclusões então assentadas:

38. Por todo o exposto, concluo que a antecipação de recebíveis realizada por credenciadores de cartões de crédito, nos termos em que descrita nos autos pela área técnica, caracteriza atividade típica de instituições financeiras, pois ocorre de modo habitual, profissional e com o objetivo de aproximar poupadores e tomadores de recursos.

2 Nota Jurídica PGBC-719, de 11 de fevereiro de 2010, cuja cópia encontra-se às fl. 21 e 22 dos presentes autos.

3 Parecer Deban/Disip-2010/017, de 26 de março de 2010, cuja cópia encontra-se às fl. 23 e 24 dos presentes autos.

4 De autoria do Procurador Lucas Alves Freire, com despachos da Coordenadora-Geral Juliana Bortolini Bolzani e do Subprocurador-Geral Cristiano de Oliveira Lopes Cozer. Cópia da referida manifestação legal encontra-se às fl. 27 a 39 dos presentes autos.

39. Entendo, ademais, que, por não contarem com autorização do Banco Central do Brasil para atuar como instituições financeiras, credenciadores que pratiquem antecipação de recebíveis sujeitam-se às normas sobre usura constantes do Decreto nº 22.626, de 1933, não se aplicando à hipótese o entendimento consubstanciado na Súmula 569 do STF.

40. Além disso, visto que a prática de antecipação de recebíveis, nos termos descritos nestes autos, caracteriza atividade privativa de instituições financeiras, sujeitam-se os credenciadores que a exerçam profissionalmente às normas sancionadoras administrativas e penais específicas do Sistema Financeiro Nacional, a menos que se hajam constituído sob a forma de instituição financeira, mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil. A presente manifestação, no entanto, limita-se a apreciar in abstracto a caracterização de conduta exposta em termos gerais pela área técnica, devendo a ocorrência de infrações administrativas ou de indícios de crimes ser aferida caso a caso pela fiscalização desta autarquia.

41. Por fim, afirmo que, malgrado não detenha competência para regular a atividade específica de credenciamento, o Conselho Monetário Nacional tem atribuição para regular a atividade de antecipação de recebíveis praticada por instituições financeiras, nos termos do art. 4º, VI e VIII, da Lei nº 4.595, de 1964. No entanto, para exercer semelhante atividade, os credenciadores devem, preliminarmente, adotar a forma de instituições financeiras, mediante obtenção de prévia autorização do Banco Central do Brasil.

4. Com fundamento na análise realizada *in abstracto* pela PGBC⁵, as áreas de monitoramento e de fiscalização do Banco Central do Brasil (BCB) se reuniram para coordenar a coleta de elementos de convicção e analisar a situação específica das operações concretamente desenvolvidas por credenciadoras de cartões de crédito, com o objetivo de delinear estrategicamente a atuação futura desta Autarquia. Para o propósito, instaurou-se o vertente processo, autuado como PT 1101501371.

5. A análise técnica desde então realizada focou, em especial, o esquema contábil adotado por credenciadoras de cartões de crédito para escriturar as operações de antecipação de recebíveis, bem como o feixe de obrigações

5 Sobre o assunto, ressaltou-se no item 13 do Parecer PGBC-149, de 2010: “(...) a efetiva subsunção dos negócios desenvolvidos individualmente por credenciadores de cartões ao conceito de atividade típica de instituição financeira, para fins de aferição da ocorrência, in concreto, de infrações administrativas e penais, haverá de ser feita caso a caso e no momento oportuno, partindo-se de elementos fáticos atinentes ao modus operandi de cada instituição.”

contratualmente pactuadas entre os participantes dos correspondentes arranjos de pagamentos (fl. 86 a 308).

6. As conclusões da análise técnica foram consolidadas no bojo da Nota Técnica DESUP/DEBAN-2011/0001, de 15 de julho de 2011⁶, emitida conjuntamente pelo DEBAN e pelo Departamento de Supervisão Bancária (DESUP).

7. Vieram os autos, então, à PGBC, para nova análise legal, tendo por horizonte as informações compiladas pelas áreas de monitoramento e de supervisão desta Autarquia e as conclusões técnicas sobre o assunto. Tendo sido recebidos no Gabinete da PGBC no dia 4 de agosto de 2011, os autos permaneceram aqui arquivados desde então, pois os acontecimentos subsequentes, relativos à evolução do arcabouço normativo aplicável à prestação de serviços de pagamento, revelaram ser prudente aprofundar a compreensão da matéria, antes de mobilizar o aparato coercitivo da autoridade de supervisão do sistema financeiro.

8. De fato, na sequência dos estudos internos conduzidos pelo BCB, tomando por base as melhores práticas e recomendações internacionais sobre o tema, o Governo Federal, a partir do início do ano de 2012, passou a laborar no sentido de fixar marco legislativo para regular a atividade de prestação organizada de serviços de pagamento. Os trabalhos culminaram na edição da Medida Provisória nº 615, de 17 de maio de 2013, convertida na Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, cujos artigos 6º a 15 dispõem sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB).

9. Em conformidade com o art. 15 da Lei nº 12.865, de 2013, o BCB deveria, no prazo de 180 dias, contados a partir da data de publicação da Medida Provisória nº 615, de 2013, editar a regulamentação aplicável aos arranjos e instituições de pagamentos, fixando, ainda, prazos para adequação às novas normas das entidades já em operação. Tendo o Conselho Monetário Nacional fixado diretrizes a serem observadas na regulamentação do segmento⁷,

6 O documento encontra-se nas fl. 309 a 314 dos presentes autos.

7 Resolução nº 4.282, de 4 de novembro de 2013, que “*Estabelece as diretrizes que devem ser observadas na regulamentação, na vigilância e na supervisão das instituições de pagamento e dos arranjos de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), de que trata a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013.*”

desincumbiu-se a Autarquia do dever legal de disciplinar a matéria por meio da edição das Circulares nº 3.681⁸, 3.682⁹ e 3683¹⁰, todas de 4 de novembro de 2013, cujas minutas foram elaboradas com a contribuição de representantes das áreas de Organização, de Política Monetária, de Regulação, de Supervisão e Jurídica do BCB.

10. Destaca-se, nesse contexto, a fixação, pelo BCB, de prazo até o dia 1º de dezembro de 2014 para que as instituições de pagamento em operação apresentassem pleitos de autorização para funcionamento ou para prestar serviços de pagamento (art. 66 da Circular nº 3.683, de 2013). Nesse período, continuou o BCB a analisar as peculiaridades do segmento empresarial em comento e das atividades nele realizadas, inclusive para, sempre que necessário, promover aperfeiçoamentos na regulamentação em vigor e nos procedimentos de supervisão e monitoramento a cargo desta Autarquia.

11. A PGBC, conforme esclarecido, participou ativamente de todas as etapas desse processo (que, a propósito, ainda não se encontra concluído), tendo-se considerado recomendável aguardar melhor compreensão da novel disciplina legal do segmento de serviços de pagamento para, então, retomar a análise jurídica da prática de antecipação de recebíveis por credenciadoras de cartões de crédito. A evolução no entendimento da matéria, desde o início dos estudos para a edição de lei até o momento atual, permite, agora, que se retome com segurança a análise legal da questão.

12. Passo, por conseguinte, a reapreciar, sob o enfoque jurídico, a atividade de antecipação de recebíveis praticada por credenciadoras de cartões de crédito. Preliminarmente à análise, cumpre anotar que os parâmetros normativos relevantes para a análise legal foram substancialmente alterados com o advento da Medida Provisória nº 615, de 2013, convertida na Lei nº 12.865, de 2013, que trouxe completa inovação ao arcabouço legal aplicável às credenciadoras

8. *Cuja ementa é: “Dispõe sobre o gerenciamento de riscos, os requerimentos mínimos de patrimônio, a governança de instituições de pagamento, a preservação do valor e da liquidez dos saldos em contas de pagamento, e dá outras providências.”*

9. *Cuja ementa é: “Aprova o regulamento que disciplina a prestação de serviço de pagamento no âmbito dos arranjos de pagamentos integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), estabelece os critérios segundo os quais os arranjos de pagamento não integrarão o SPB e dá outras providências.”*

10. *Cuja ementa é: “Estabelece os requisitos e os procedimentos para constituição, autorização para funcionamento, alterações de controle e reorganizações societárias, cancelamento da autorização para funcionamento, condições para o exercício de cargos de administração das instituições de pagamento e autorização para a prestação de serviços de pagamento por instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.”*

de cartões de crédito. Consequentemente, a apreciação será dividida em dois tópicos, versando o primeiro sobre o delineamento da antecipação de recebíveis anteriormente à referida legislação, dedicando-se o segundo à demarcação do quadro normativo hoje vigorante.

APRECIÇÃO

I. A ANTECIPAÇÃO DE RECEBÍVEIS POR CREDENCIADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO ANTERIORMENTE À LEI Nº 12.865, DE 2013: REVISÃO DO ENTENDIMENTO FIXADO NO PARECER PGBC-149, DE 2 DE JUNHO DE 2010.

13. A questão concernente à possibilidade jurídica da prática de antecipação de recebíveis por credenciadoras de cartões de crédito, anteriormente ao advento da medida provisória que resultou na Lei nº 12.865, de 2013, foi analisada pela PGBC no Parecer PGBC-149, de 2010. O pronunciamento legal em questão, com fundamento nos precedentes da Procuradoria-Geral sobre o conceito de instituição financeira positivado na Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, concluiu pela caracterização, em tese, de operação privativa de instituições financeiras.

14. Mostra-se conveniente retomar as linhas gerais do entendimento acolhido pela PGBC, a começar pela descrição *in abstracto* da aludida transação realizada por credenciadoras de cartões de crédito. A antecipação de recebíveis, conforme relato do DEBAN transcrito no Parecer PGBC-149, de 2010, tem a seguinte configuração:

A prática comum no mercado de cartões de crédito no âmbito internacional é que: i – o emissor pague ao credenciador no dia seguinte à realização da transação; ii – o credenciador pague ao comerciante dois dias após a transação; e iii – o portador pague ao emissor em prazo médio de 25 dias após a transação. Dessa forma, o emissor (banco) concede crédito ao portador de cartão, geralmente sem custo, pelo prazo médio de 24 dias.

O início das atividades com cartão de crédito no Brasil, numa época de alto nível de inflação, deu azo a solução que não segue a mesma tendência internacional e que se manteve mesmo após a estabilização da economia. Nesse sentido, a prática é que o emissor pague ao credenciador 28 dias após a realização da transação; o credenciador pague ao comerciante 30 dias após a transação; e que o portador pague ao emissor no prazo médio de 25 dias após a transação. Dessa forma, o estabelecimento comercial arca com o custo de crédito de 25 dias ao portador, 3 dias ao emissor e 2 dias ao credenciador.

(...)

Dessa forma, o grande intervalo entre a venda do produto e o recebimento pelo estabelecimento comercial, aliado às vendas parceladas, deram origem à operação denominada ‘antecipação de recebíveis’, na qual o estabelecimento pode optar por receber o valor da transação com cartão de crédito, a partir do dia seguinte à realização da transação, mediante a aplicação de um desconto sobre o valor faturado. Essa operação pode ser realizada, regra geral, tanto pelo banco de domicílio quanto pelo próprio credenciador (vale notar que os principais credenciadores brasileiros – Cielo e Redercard – não são instituições financeiras).

15. Pode-se, portanto, sintetizar como segue a antecipação de recebíveis realizada por credenciadoras de cartões de crédito: o estabelecimento empresarial credenciado (lojista) deve, em conformidade com as regras contratuais que regem sua relação com a credenciadora, aguardar determinado período (em média, 28 dias), após a realização da transação comercial, para receber o montante correspondente ao pagamento efetuado por seus clientes por meio de cartão de crédito. A disciplina contratual, entretanto, abre ao lojista a oportunidade de requerer à credenciadora que efetue o pagamento anteriormente ao decurso do prazo contratualmente fixado, mediante a aplicação de um deságio, a título de remuneração pelo desembolso antecipado dos recursos.

16. O Parecer PGBC-149, de 2010, identificou nessa antecipação uma operação privativa de instituição financeira:

18. Atualmente, para que determinado agente econômico se subsuma ao conceito de instituição financeira, entende a Procuradoria-Geral que deverão estar presentes, na hipótese concreta, os seguintes requisitos: a) a finalidade de lucro; b) a exploração profissional do dinheiro mediante

a coleta, a intermediação ou a aplicação de recursos; c) a utilização de cabedais próprios ou de terceiros no exercício da atividade; d) a oferta pública dos valores captados ou disponíveis. Presentes na realidade fática esses pressupostos, a entidade integrará o rol de pessoas submetidas aos comandos da Lei nº 4.595, de 1964, e, por conseguinte, subordinar-se-á aos regimentos baixados pelo CMN e pelo BCB.

(...)

20. *Em primeiro lugar, os credenciadores de cartões constituem pessoas jurídicas organizadas sob a forma de sociedades empresárias, donde se infere que têm por finalidade a prática de atividade econômica voltada ao lucro. Não há dúvida, portanto, sobre o cumprimento da primeira condicionante listada acima.*

(...)

23. (...) *Na hipótese, o único produto ofertado pelo credenciador aos credenciados, portanto, é o dinheiro, e a remuneração incidente sobre a quantia adiantada constitui contraprestação pelo fornecimento desse produto.*

24. *Acrescente-se, ainda, que, exercida do modo acima exposto, essa atividade consubstancia intermediação de valores com vistas à exploração profissional do dinheiro. Ao buscar com os emissores de cartões (ou com outras instituições financeiras) os cabedais de poupadores de modo a ofertá-los a uma ampla gama de tomadores interessados, as entidades credenciadoras promovem, sem dúvida, aproximação entre agentes econômicos superavitários e deficitários, gerando, de modo organizado e proposital, a liquidez monetária requerida pelo mercado.*

25. *Os credenciadores, portanto, ao realizarem antecipação de recebíveis, exploram profissionalmente o dinheiro, valendo-se, para tanto, de cabedais próprios ou daqueles captados junto a terceiros. Também presentes na situação examinada nos autos, destarte, os requisitos de que tratam as alíneas “b” e “c” do item 18, ut supra.*

26. *Por fim, como a antecipação é disponibilizada, em princípio, a todos os estabelecimentos credenciados para o recebimento de cartões por um determinado credenciador – abrangendo, com isso, uma ampla gama de pessoas físicas ou jurídicas que exercem as mais variadas atividades econômicas –, verifica-se, na hipótese, o preenchimento do último requisito declinado no item 18, acima, a saber, oferta pública dos cabedais aportados no negócio.*

27. *Posto isso, resta concluir que a antecipação de recebíveis realizada por credenciadores de cartões de crédito caracteriza atividade típica de instituições financeiras. O único produto ofertado, no caso, é o dinheiro, sendo também dinheiro o objeto da contraprestação exigida.*

17. Havendo ponderado longamente sobre o assunto, contudo, compenetro-me da necessidade de revisão do entendimento firmado no Parecer PGBC-149, de 2010, sem demérito para a excelência com que foi redigido.

18. O equívoco na abordagem anterior do assunto começa, em meu sentir, na terminologia que ficou consagrada para designar a operação realizada pelas credenciadoras de cartões de crédito: *antecipação de recebíveis*. A referida designação provoca, no espírito do intérprete, a impressão de coincidência entre essa transação e aquela tipicamente conduzida por instituições financeiras. Essa impressão, entretanto, mostra-se descolada da realidade.

19. A antecipação de recebíveis conduzida por instituições financeiras apresenta, grosso modo, o seguinte perfil: um empresário interessado em obter crédito tem, como decorrência de sua atividade empresarial, expectativa de recebimento futuro de determinadas quantias. Tais quantias, denominadas **recebíveis**, correspondem ao volume de pagamentos vindouros devidos em razão da venda a crédito de bens ou serviços. Além de vendas **já realizadas** e ainda não quitadas, parcial ou integralmente, podem-se considerar como recebíveis, igualmente, os fluxos de pagamentos referentes a vendas **ainda não realizadas**, projetados em função do ritmo ordinário da atividade empresarial (ou seja, pagamentos correspondentes à expectativa de vendas futuras de bens e serviços).

20. Numa antecipação de recebíveis em sentido próprio, a instituição financeira, após avaliar o perfil do mutuário, incluindo sua capacidade de pagamento e os riscos inerentes ao negócio, abre-lhe uma linha de crédito, tomando como garantia o fluxo futuro de pagamentos (ou seja, os recebíveis). Em outras palavras, a instituição financeira antecipa ao mutuário, mediante remuneração, quantias que correspondem (com deságio) aos créditos decorrentes do exercício da atividade empresarial e que apenas estariam disponíveis no futuro. Negócios jurídicos da espécie consubstanciam-se no balanço das instituições financeiras como **ativos**, sujeitando-as, evidentemente, ao risco de crédito dos tomadores de recursos.

21. Percebe-se que a operação realizada pelas credenciadoras de cartões de crédito é essencialmente diferente desse desenho. Nela, o que ocorre é a **liquidação de uma obrigação própria da credenciadora em momento anterior ao contratualmente previsto**. Em lugar de um empréstimo concedido

com lastro em recebíveis da atividade empresarial conduzida pelo lojista, o que ocorre é que a credenciadora – **que é, ela mesma, a devedora dos recebíveis** – oferece-se para **quitar antecipadamente** suas obrigações, adiantando ao lojista, mediante deságio, o valor a que ele apenas teria direito após o decurso do prazo estipulado no contrato firmado entre as partes.

22. Em termos econômicos, a transação em comento implica, naturalmente, antecipação de liquidez para o estabelecimento empresarial, em contrapartida ao pagamento de remuneração (na forma de deságio aplicado sobre o valor recebido pelo lojista). Não obstante, essa operação, **sob a ótica jurídica**, não se confunde com a intermediação financeira, uma vez que corresponde à extinção de dívida própria da credenciadora, reduzindo sua exposição patrimonial. Não há, na hipótese, constituição de um ativo da credenciadora, com a consequente assunção de risco de crédito do lojista, mas, sim, o abatimento antecipado de um **passivo** – possibilidade aberta a qualquer empresa, financeira ou não¹¹.

23. Note-se, ademais, que a antecipação de recebíveis praticada por credenciadoras, conforme os elementos contidos nos presentes autos, restringe-se a vendas de bens e serviços **já realizadas** (ou seja, apenas se antecipa ao lojista o recebimento de valores atinentes a pagamentos já efetuados com cartões de crédito). A situação seria diferente no caso de concessão de empréstimo pela credenciadora com lastro na expectativa de fluxos futuros de vendas de bens ou serviços, caso em que não se poderia falar no abatimento de um passivo.

24. Por tais razões, mostra-se necessário rever o entendimento consagrado no Parecer PGBC-149, de 2010. A antecipação de recebíveis realizada por credenciadoras de cartões de crédito, com lastro exclusivo em vendas já realizadas e pagas com cartão de crédito, corresponde à quitação antecipada de um passivo. Trata-se de pagamento antecipado de valores devidos a estabelecimentos credenciados, mediante a aplicação de um deságio, que não se confunde com operações privativas de instituições financeiras.

25. A mencionada atividade, por conseguinte, não corresponde a infração administrativa cuja repressão incumba ao BCB. Além disso, por não configurar

11 Por apego à nomenclatura que vem sendo empregada nesta Autarquia, o presente parecer utiliza a expressão “antecipação de recebíveis” para denominar a transação em comento. Melhor seria, contudo, chamá-la por designação que refletisse mais adequadamente sua natureza. Note-se, a propósito, que essa expressão equivocada não é utilizada nos contratos firmados pelas duas maiores credenciadoras do País, Redecard e Cielo, que, optando por batizar seus produtos a partir do enfoque dos lojistas, adotaram os nomes respectivos de “recebimento antecipado de vendas” (RAV) e “antecipação de recebimento de vendas” (ARV).

operação privativa de instituição financeira, sua realização não ostenta indícios da infração penal prevista no art. 16 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, ficando, por conseguinte, afastada a necessidade de comunicação ao Ministério Público, na forma do art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

26. Para encerrar este tópico, cumpre retomar a análise feita pelo Parecer PGBC-149, de 2010, ao responder a questionamento do DEBAN acerca de incidência da Lei de Usura (Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933) quanto às antecipações de recebíveis efetuadas por credenciadoras de cartões de crédito (itens 29 a 34 do referido parecer).

27. Sobre o assunto, concluiu a manifestação legal que, não sendo instituições financeiras, **as credenciadoras de cartões de crédito devem observar os limites fixados na Lei de Usura**, ao conceder deságios nas antecipações de recebíveis encetadas com lojistas.

28. Além disso, ainda segundo o Parecer PGBC-149, de 2010, a inobservância da Lei de Usura pelas credenciadoras de cartões de crédito configura infração penal:

32. Cumpre observar ainda que, sob o ângulo penal, o exercício de usura constitui delito tipificado na Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que define a conduta como crime contra a economia popular (art. 4º¹²), punível com detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa. No entanto, entende a doutrina que, se a prática usurária for habitual e levada a cabo com organização profissional, incidirá na espécie, à vista do princípio da especialidade, o tipo do art. 16 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986¹³, a vedar a prática, sem autorização, de atividades típicas de instituição financeira.

12 “Art. 4º Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

[...]”

13 “Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

29. Sobre o assunto, ao tempo em que destaco **estar substancialmente correto o raciocínio desenvolvido no Parecer PGBC-149, de 2010**, permito-me destacar os seguintes pontos:

(a) **O BCB não tem atribuições legais em matéria de fiscalização da observância da Lei de Usura.** Em outras palavras, as infrações à Lei de Usura não são infrações administrativas sujeitas à supervisão e punição por esta Autarquia;

(b) A consequência legal da inobservância da Lei de Usura é a **nulidade de pleno direito da estipulação contratual**, que apenas pode ser imposta coativamente mediante **decisão judicial**, por iniciativa da parte interessada (artigos 1º e 11 do Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933; art. 1º, inciso I, da Medida Provisória nº 2.172-32, de 23 de agosto de 2001);

(c) **Se o BCB se deparar, no curso de suas atividades de supervisão, com indícios da prática de usura, deve efetuar comunicação ao Ministério Público**, na forma do art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 2001, por se tratar de crime de ação pública.

30. Por fim, cumpre salientar que, com a edição do novo Código Civil, houve alteração na disciplina legal dos juros usurários. O art. 1º do Decreto nº 22.626, de 1933, não fixa a taxa máxima de juros em pontos percentuais, limitando-se a vedar a estipulação, em quaisquer contratos, de “*taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal.*” Assim, é necessário verificar, na legislação civil, qual é a taxa legal de juros, para, em seguida, aferir (mediante multiplicação por dois) o montante da taxa considerada usurária.

31. O art. 1062 do Código Civil de 1916 fixava os juros legais em 6% ao ano. Em consequência, por simples incidência do art. 1º da Lei de Usura, consideravam-se usurários os juros estipulados em montante superior a 12% ao ano.

32. O Código Civil de 2002, no entanto, adotou sistemática distinta para a fixação dos juros legais. Em lugar de uma cifra percentual fixa, o art. 406 do novo diploma codificado estatui que os juros legais corresponderão à “*taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional*”. Tendo a legislação tributária federal, a seu turno, adotado a taxa SELIC como parâmetro para a mora nos pagamentos de impostos, conclui-se que, **desde o novo Código Civil, o limite para a configuração de juros usurários**

corresponde ao dobro da taxa SELIC.

33. Nem poderia a conclusão, aliás, ser distinta. Caso se supusesse que a taxa de juros máxima fixada pelo Decreto nº 22.626, de 1933, continuaria congelada no valor de 12% ao ano, *a própria taxa de juros legais seria usurária*, sempre que a taxa SELIC equivalesse a cifra superior a 12% ao ano, como ocorre, por exemplo, nos dias atuais¹⁴.

34. Esse, por sinal, é o entendimento acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. VALORAÇÃO DA CARGA PROBATÓRIA DE DOCUMENTO ENCARTADO NOS AUTOS. SÚMULA 07/STJ. LIMITAÇÃO LEGAL DE JUROS EM OPERAÇÕES QUE NÃO ENVOLVEM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

1 – A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

2 – A alegação de que determinado documento encartado aos autos não foi analisado adequadamente esbarra, no caso concreto, na Súmula 07/STJ. Com efeito, apenas o reexame desse documento e o seu confronto com os demais elementos de prova coligidos aos autos poderia revelar se existem ou não créditos a serem compensados.

3 – **Com exceção das instituições financeiras, as demais pessoas, físicas ou jurídicas somente podem contratar juros até o limite máximo correspondente ao dobro dos juros fixados no Código Civil de 2012, sob pena de ofensa à Lei de Usura.**

4 – Recurso Especial provido.

(REsp 1.352.452/RN, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, julgado em 07/05/2013, DJe 10/05/2013.)

35. Colhe-se, no voto do Relator, o seguinte excerto, que bem esclarece o ponto:

¹⁴ Conforme informação no sítio do BCB na *internet*, a Taxa Selic no dia 27 de maio Diária equivalou a 13,15%.

14.2. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, os juros legais passaram a ser definidos da seguinte forma:

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Na linha da Jurisprudência desta Corte, o artigo 406 do Código Civil, faz referência à Taxa SELIC. (...)

Como resultado desse silogismo, é de se concluir que, atualmente, a taxa máxima de juros permitida pelo Decreto-lei nº 22.626/33, corresponde ao dobro da Taxa SELIC.

36. Em síntese, no que diz respeito à aplicabilidade da Lei de Usura à antecipação de recebíveis efetuada por credenciadoras de cartões de crédito: embora não tenha atribuições de supervisão no que diz respeito ao cumprimento da Lei de Usura, é possível que o BCB, no curso de suas atividades usuais de monitoramento e supervisão do Sistema de Pagamentos Brasileiro, se depare com situações de cobrança de juros em montante superior ao fixado no art. 1º do Decreto nº 22.626, de 1933, c/c o art. 406 do Código Civil de 2002 (ou seja, juros superiores ao dobro da taxa SELIC). Nesse caso, impõe-se a comunicação dos fatos ao Ministério Público, na forma do art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 2001, pois a usura corresponde a crime de ação pública.

II – O CENÁRIO NORMATIVO INAUGURADO PELA LEI Nº 12.865, DE 2013: COMPETÊNCIAS DE REGULAÇÃO, MONITORAMENTO E SUPERVISÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL EM MATÉRIA DE ANTECIPAÇÃO DE RECEBÍVEIS POR CREDENCIADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO.

37. Tratei, no tópico anterior, da interpretação jurídica aplicável à antecipação de recebíveis por credenciadoras de cartões de crédito anteriormente à edição da medida provisória que resultou na Lei nº 12.865, de 2013, cujos artigos 6º a 15 versam sobre arranjos e instituições de pagamento. Passo, na sequência, a discorrer sobre o objeto deste parecer à luz do novel arcabouço normativo.

38. Segundo a dicção legal, conceitua-se arranjo de pagamento como o “conjunto de regras e procedimentos que disciplina a prestação de determinado serviço de pagamento ao público aceito por mais de um recebedor, mediante acesso direto pelos usuários finais, pagadores e recebedores” (art. 6º, inciso I). Na medida em que um cartão de crédito¹⁵ possibilita a seu titular efetuar pagamentos por bens e serviços fornecidos por uma rede de estabelecimentos empresariais credenciados (lojistas), segundo regras e procedimentos estipulados pelo instituidor da marca (bandeira), não há dúvida de que o credenciamento de tais estabelecimentos para a aceitação de cartões de crédito insere-se, para os fins da Lei nº 12.865, de 2013, no contexto de um arranjo de pagamento.

39. A empresa credenciadora, destarte, corresponde a “instituição de pagamento”, consoante expressa conceituação da Lei nº 12.865, de 2013:

Art. 6º Para os efeitos das normas aplicáveis aos arranjos e às instituições de pagamento que passam a integrar o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), nos termos desta Lei, considera-se:

(...)

III - instituição de pagamento – pessoa jurídica que, aderindo a um ou mais arranjos de pagamento, tenha como atividade principal ou acessória, alternativa ou cumulativamente:

(...)

e) *credenciar a aceitação de instrumento de pagamento;*

40. A consulta feita à PGBC versa, na essência, sobre a possibilidade jurídica de empresas credenciadoras de cartões de crédito efetuarem antecipação de recebíveis a estabelecimentos empresariais credenciados. A resposta oferecida anteriormente pela Procuradoria-Geral – que ora demanda revisão, como demonstrado acima – perpassava a **natureza jurídica da atividade de antecipação de recebíveis**. Por se entender, na ocasião, que a aludida atividade configurava intermediação financeira realizada em caráter habitual, profissional e com o objetivo de aproximar poupadores e tomadores de recursos, concluiu-se pela caracterização de atividade privativa de instituições financeiras.

¹⁵ Na sistemática da Lei nº 12.865, de 2013, o cartão de crédito é um instrumento de pagamento, ou seja, um “dispositivo ou conjunto de procedimentos acordado entre o usuário final e seu prestador de serviço de pagamento utilizado para iniciar uma transação de pagamento” (art. 6º, inciso V; grifei).

41. Com o advento da Lei nº 12.865, de 2013, entretanto, a situação normativa passou por substancial mudança de enfoque. Hoje, a resposta a essa pergunta passa pela **identificação das atividades cuja prática o ordenamento legal permite às instituições** de pagamento.

42. Ainda que se encarasse a antecipação de recebíveis, nos moldes em que praticada pelas credenciadoras de cartões de crédito, como transação privativa de instituições financeiras – entendimento que, conforme salientei no tópico anterior, não se sustenta –, ainda assim, não seria correto simplesmente afirmar que, por essa razão, a atividade estaria hoje proibida às credenciadoras de cartões não constituídas sob a forma de instituição financeira. Isso ocorre porque, ao vedar às instituições de pagamento a realização de atividades privativas de instituições financeiras, a Lei excepcionou as atividades enumeradas no inciso III do art. 6º:

Art. 6º (...)

§2º É vedada às instituições de pagamento a realização de atividades privativas de instituições financeiras, sem prejuízo do desempenho das atividades previstas no inciso III do caput. (Grifei.)

43. Entende-se com facilidade o fundamento lógico da exceção veiculada pela parte final do §2º do art. 6º. Desde os primórdios de sua existência, bancos e outras instituições financeiras prestam serviços de pagamento – por exemplo, quando liquidam, em seus livros, créditos e débitos entre clientes, ou, ainda, quando executam ordens de pagamento provenientes de outras instituições financeiras. Assim, uma vedação pura e simples à prática de atividades privativas de instituições financeiras por instituições de pagamento encerraria uma antinomia, porquanto a proibição afetaria a essência mesma da prestação de serviços de pagamento.

44. Por essa razão, **nem todas as atividades típicas de instituições financeiras são vedadas às instituições de pagamento. São proibidas, apenas, aquelas que não constam no rol legal de operações próprias às instituições de pagamento**, ou seja, aquelas arroladas nas alíneas do inciso III do art. 6º. Ocorre, todavia, que **esse rol não é fechado**, podendo ser ampliado pelo regulador (o BCB), dentro de certos limites.

45. Essa circunstância ficará clara ao se examinar, para o efeito da análise ora conduzida, se a antecipação de recebíveis de cartões de crédito se encarta na relação de atividades legalmente permitidas às instituições de pagamento. A Lei 12.865, de 2013, adotou, a respeito do tema, a sistemática de **enumerar** as atividades que podem ser praticadas por instituições de pagamento (alíneas “a” a “g” do inciso III do art. 6º), permitindo ao regulador do segmento, contudo, designar **outras atividades** que, por se relacionarem à prestação de serviços de pagamento, devem, segundo juízo técnico, sujeitar-se ao mesmo arcabouço regulatório (alínea “h” do inciso III do art. 6º). Confira-se:

Art. 6º Para os efeitos das normas aplicáveis aos arranjos e às instituições de pagamento que passam a integrar o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), nos termos desta Lei, considera-se:

(...)

III – instituição de pagamento – pessoa jurídica que, aderindo a um ou mais arranjos de pagamento, tenha como atividade principal ou acessória, alternativa ou cumulativamente:

- a) disponibilizar serviço de aporte ou saque de recursos mantidos em conta de pagamento;*
- b) executar ou facilitar a instrução de pagamento relacionada a determinado serviço de pagamento, inclusive transferência originada de ou destinada a conta de pagamento;*
- c) gerir conta de pagamento;*
- d) emitir instrumento de pagamento;*
- e) credenciar a aceitação de instrumento de pagamento;*
- f) executar remessa de fundos;*
- g) converter moeda física ou escritural em moeda eletrônica, ou vice-versa, credenciar a aceitação ou gerir o uso de moeda eletrônica; e*
- h) outras atividades relacionadas à prestação de serviço de pagamento, designadas pelo Banco Central do Brasil; (Grifei.)*

46. Basta perpassar os olhos pelas alíneas “a” a “g” do inciso III para concluir, com facilidade, que a antecipação de recebíveis de cartões de crédito não se confunde com nenhuma dessas atividades. A lista, entretanto, não é exaustiva: é possível ao BCB nomear “*outras atividades relacionadas à prestação de serviços de pagamento*”, para a finalidade de submetê-las ao mesmo quadro regulatório e ao monitoramento e supervisão desta Autarquia.

47. O preceito legal em apreço é salutar, pois confere ao BCB a capacidade de expandir o perímetro normativo, permitindo-lhe acompanhar a dinâmica de desenvolvimento de novos produtos pelo segmento empresarial e, ao identificar riscos que demandem resposta regulatória, submetê-los à atuação do supervisor. A única limitação, no ponto, é que a atividade a ser designada pelo BCB seja *relacionada à prestação de serviços de pagamento*, mantendo-se, por essa via, a coesão do subsistema normativo.

48. Assentada essa premissa, deve-se perquirir, então, se a antecipação de recebíveis de cartão de crédito configura atividade relacionada a serviços de pagamento, podendo ser enquadrada na alínea “h” do inciso III do art. 6º da Lei nº 12.865, de 2013. A resposta é, indubitavelmente, afirmativa.

49. Mediante a antecipação de recebíveis, o credenciador põe à disposição do estabelecimento credenciado (lojista), previamente ao momento contratualmente previsto, as quantias que lhe são devidas em virtude da utilização de cartão de crédito para o pagamento de bens ou serviços por ele fornecidos, mediante remuneração. A antecipação de recebíveis, destarte, interfere no momento e nas condições dos pagamentos intermediados pelo credenciador, influenciando os fluxos financeiros e os riscos inerentes ao negócio. Trata-se, portanto, de aspectos relacionados à prestação de serviços de pagamento e que, segundo prudente juízo técnico do regulador, podem demandar a expansão do perímetro regulatório, trazendo-os para o âmbito da supervisão.

50. Essa matéria, até o momento, não foi objeto de regulação pelo BCB. Em especial, dela **não** tratam as circulares já emitidas pelo BCB em matéria de arranjos e instituições de pagamento (Circulares nº 3.681, 3.682 e 3.683, todas de 2013). Na eventualidade de decisão do BCB que designe a antecipação de recebíveis como atividade relacionada à prestação de serviços de pagamento, na forma da alínea “h” do inciso III do art. 6º da Lei nº 12.865, de 2013, a atuação das empresas credenciadoras nesse nicho de mercado passará a sujeitar-se em toda a extensão ao regime da Lei de Arranjos de Pagamentos. Até então, prevalecerá o quadro descrito no tópico anterior: na medida em que corresponda ao abatimento de um passivo das credenciadoras, a antecipação de recebíveis poderá continuar a ser realizada, sem configurar infração administrativa cuja repressão incumba ao BCB.

51. Após designar a antecipação de recebíveis como atividade relacionada

à prestação de serviços de pagamento, poderá o BCB aplicar-lhe integralmente o regime da Lei nº 12.865, de 2013, inclusive utilizando-se das competências legais previstas em seu art. 9º.

52. Nessa linha, poderá o BCB, por exemplo, exigir que a antecipação de recebíveis por credenciadoras de cartões de crédito apenas possa ser realizada na forma de **autorização** concedida pela Autarquia. Abrir-se-lhe-á, igualmente, a possibilidade de regular o exercício da atividade em toda a extensão, fixando **regras negociais e prudenciais** (forma, limites, prazos, condições, requerimentos patrimoniais, limites à alavancagem, provisões etc.), inclusive para assegurar condições regulatórias simétricas às que se aplicam às instituições financeiras. Facultar-se-á ao BCB, até mesmo, **pura e simplesmente vedar** a prática da antecipação de recebíveis por credenciadoras, possivelmente estabelecendo, caso julgue conveniente, um cronograma para que o exercício da atividade seja paulatinamente descontinuado (“*phase out*”).

53. Conclui-se, portanto, que a realização de antecipação de recebíveis por credenciadoras de cartões de crédito com estabelecimentos credenciados é legalmente possível, sujeitando-se, caso seja reconhecida em norma do BCB como “*atividade relacionada à prestação de serviço de pagamento*”, à regulamentação editada por esta Autarquia, bem como a seu monitoramento e supervisão.

CONCLUSÃO

54. Com fundamento na argumentação acima desenvolvida, apresento as seguintes conclusões:

- a) A antecipação de recebíveis realizada por credenciadoras de cartões de crédito, com lastro exclusivo em vendas já realizadas e pagas com o uso de cartão de crédito, corresponde à quitação antecipada de um passivo. Trata-se de pagamento antecipado de valores devidos a estabelecimentos credenciados, mediante a aplicação de deságio, que não se confunde com operação privativa de instituições financeiras;

b) A mencionada atividade não corresponde a infração administrativa cuja repressão incumba ao BCB, tampouco configura indício de infração penal que deva ser comunicado ao Ministério Público na forma do art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001;

c) Se, no curso de suas atividades usuais de monitoramento e supervisão do segmento, o BCB deparar-se com situações de cobrança de juros em montante superior ao fixado no art. 1º do Decreto nº 22.626, de 1933, c/c o art. 406 do Código Civil de 2002 (ou seja, cobrança de juros em montante superior ao dobro da taxa SELIC), deverá efetuar comunicação dos fatos ao Ministério Público, na forma do art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 2001;

d) Desde o advento da Medida Provisória nº 615, de 2013, convalidada na Lei nº 12.865, de 2013, o quadro normativo aplicável às instituições de pagamento e, em particular, às credenciadoras de cartões de crédito alterou-se substancialmente;

e) No exercício da competência prevista no art. 6º, inciso III, alínea “h”, da Lei nº 12.865, de 2013, tem o BCB a prerrogativa de, utilizando seu prudente juízo técnico, editar Circular que designe a prática de antecipação de recebíveis por credenciadoras de cartões de crédito como atividade relacionada à prestação de serviços de pagamento;

f) Na hipótese indicada na alínea anterior, a antecipação de recebíveis realizada por credenciadoras de cartões de crédito passará a se submeter integralmente à regulação, monitoramento e supervisão do BCB.

À superior consideração.

CRISTIANO DE OLIVEIRA LOPES COZER

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central – OAB/DF 16.400

(Segue despacho.)

Endosso, por sua hígida argumentação, o parecer da lavra do Procurador-Geral Adjunto, que bem analisa, sob a ótica jurídica, o arcabouço normativo aplicável à atividade de antecipação de recebíveis de cartões de crédito por empresas credenciadoras, levando em consideração, inclusive, a edição da Lei nº 12.865, de 2013, que, em seus artigos 6º a 15, trouxe novas feições para a disciplina de arranjos e instituições de pagamentos.

2. O parecer adequadamente conclui no sentido de que a antecipação de recebíveis configura, na realidade, o abatimento de um passivo das empresas credenciadoras, mediante deságio, anteriormente ao termo final do período para pagamento contratualmente pactuado, não se confundindo, destarte, com a prática de atividade privativa de instituições financeiras. Não há, na hipótese, infração administrativa cuja repressão incumba ao Banco Central do Brasil, nem indícios de conduta penalmente típica, sem prejuízo de que eventual infração à Lei de Usura, se detectada pelo BCB durante seus trabalhos de monitoramento e supervisão do segmento, sejam regularmente comunicados ao Ministério Público.

3. A manifestação labora em acerto, outrossim, ao reconhecer que, à luz da moldura normativa inaugurada pela Lei nº 12.865, de 2013, a antecipação de recebíveis por credenciadoras de cartões de crédito pode ser designada pelo Banco Central do Brasil como atividade relacionada à prestação de serviços de pagamento, hipótese em que se submete em toda a extensão à regulamentação, monitoramento e supervisão desta Autarquia.

4. Nesses termos, revejo a orientação legal fixada no Parecer PGBC-149, de 2010, determinando à Gerência de Registros Jurídicos e Controles Financeiro (GECON) que proceda às devidas anotações nos registros da Procuradoria-Geral.

Na sequência, dirija-se o parecer aos Senhores Diretores de Fiscalização e de Política Monetária, para conhecimento e providências de alçada, dando-se ciência aos demais integrantes da Diretoria Colegiada.

ISAAC SIDNEY MENEZES FERREIRA

Procurador-Geral do Banco Central – OAB/DF 14.533

Petição nº 5.368/2013-BCB/PGBC

Memorial relativo ao Recurso Especial nº 1.359.624-SP, apresentado em sede de Ação Civil Pública que tem por finalidade impor ao Banco Central a obrigação de promover a fiscalização de administradoras de cartão de crédito.

Pablo Bezerra Luciano

Procurador – OAB/DF 35.603

Flavio José Roman

Procurador-Chefe – OAB/DF 15.934

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho

Subprocurador-Geral – OAB/DF 9.393

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Procurador-Geral – OAB/DF 14.533

EXCELENTÍSSIMA SENHORA GILDA PEREIRA DE CARVALHO,
SUBPROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

MEMORIAL DO BANCO CENTRAL

Recurso Especial (REsp) nº 1.359.624-SP. RECORRENTES: UNIÃO E BANCO CENTRAL DO BRASIL. RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. O caráter paradigmático deste recurso. A Súmula nº 283 da Segunda Seção do e. STJ. Competência regimental da Segunda Seção relacionada ao Direito Privado. Primeira abordagem da natureza jurídica das administradoras de cartão de crédito em sentido estrito sob os auspícios do Direito Público. As especificidades dos precedentes que deram origem à Súmula nº 283 da Segunda Seção. Ausência de referibilidade com a causa concreta. Diferenças de partes, de fatos e de direito. A variabilidade de interpretação conforme o ramo do Direito. Análise pormenorizada do REsp nº 450.453/RS, leading case da jurisprudência que culminou na Súmula nº 283 da Segunda Seção. Maioria de manifestações no sentido de não serem financeiras as administradoras de cartão de crédito. Ementa que não reflete esse aspecto do julgado. O caráter determinante da higidez da cláusula-mandato. A missão do Judiciário de resolver conflitos práticos e não teóricos. Análise dos demais precedentes que originaram a Súmula nº 283 da Segunda Seção. A interpretação restritiva do verbete sugerida em arestos posteriores. Orientação determinada pelo alcance e amplitude das decisões judiciais. A SUPERVENIÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 615, DE 17 DE MAIO DE 2013. Ampliação da competência de fiscalização do Banco Central. Os limites objetivos da demanda. Teoria da substanciação do pedido pela causa de pedir. Os limites do art. 462 do CPC. A estabilização da demanda. Necessidade de provimento do recurso especial.

Excelentíssima Senhora Subprocuradora-Geral da República,

I. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Trata-se de recurso especial que tem por finalidade anular ou reformar o v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) que, em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, condenou o Banco Central a promover a fiscalização de administradoras de cartão de crédito. Eis a ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. COMERCIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. LEI Nº 4.595/64. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. SÚMULA 283 DO STJ. SUJEIÇÃO ÀS REGRAS DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL E À FISCALIZAÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. REFORMA DA SENTENÇA.

1. A União Federal tem legitimidade para figurar no pólo passivo de ação onde se discute a necessidade de eventual atuação do Conselho Monetário Nacional, órgão do sistema financeiro nacional, que não detém personalidade jurídica própria e integra a administração direta do referido ente federativo e por ele deve ser representado em juízo.

2. No que diz respeito à alegação de impossibilidade jurídica do pedido formulado, a questão foi suficientemente debatida nos autos, assente o entendimento da adequação de ação que tenha por fim a definição do alcance de dispositivo de lei.

3. A operação do sistema de cartões de crédito ocorre com a atuação das seguintes partes: a) empresa emitente do cartão, também conhecida como operadora ou administradora, que funciona como intermediária entre fornecedores de mercadorias e serviços, empresas financeiras e os titulares de cartões, encarregando-se de pagar a fatura mediante apresentação, percebendo, por isso, uma comissão, além de taxas cobradas pela emissão do cartão; b) a rede de estabelecimentos associados, fornecedores de mercadorias e serviços, que aceitam os cartões de crédito para efetuar transações, recebendo as suas faturas, mediante paga da comissão

contratada, diretamente da operadora do cartão; c) titulares de cartões, que firmam contrato com a administradora para uso do documento aderindo às condições por ela estabelecidas.

4. Atuam, ainda, bancos ou financeiras, que, via de regra, controlam as administradoras de cartões e, neste caso, contratam empréstimos, diretamente, com recursos próprios, para garantir o pagamento das faturas apresentadas e, no caso de se tratar de operadora não ligada a banco ou financeira, estas instituições financiarão a empresa emitente do cartão, funcionando esta como intermediária de operação financeira.

5. Aliás, a tendência contemporânea é a da operação do cartão de crédito por meio de estabelecimentos bancários ou instituições subsidiárias. Todavia, ainda quando operados por outros tipos de empresas emitentes, na verdade, estas ou financiam diretamente as compras de bens e serviços de seus clientes, ou fazem intermediação financeira para obter os recursos necessários ao financiamento de tais operações, portanto, de qualquer forma, a atividade se constitui em típica operação de crédito.

6. Da inteligência das normas de regência da matéria, inscritas no art. 17 da Lei 4.595/64 e art. 1º, § 1º, da LC 105/2001, conclui-se que apesar de as administradoras de cartão de crédito não constarem expressamente do rol das instituições financeiras constante daquele primeiro diploma legal, a verdade é que a abrangência dos dispositivos dessa legislação tem a necessária abstração para compreendê-las, afastando qualquer dúvida que pudesse remanescer a propósito da caracterização daquelas empresas como sendo, também, instituições financeiras, inseridas, assim, no seu espectro de incidência e, portanto, no âmbito de atuação das autoridades monetárias, mormente com relação ao exercício do poder de fiscalização.

7. Ademais, tudo quanto acima asseverado encontra supedâneo na jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do Recurso Especial nº 450.453/RS, considerado *leading case* sobre a matéria, deixou assentado o seguinte: “I. As administradoras de cartões de crédito inserem-se entre as instituições financeiras regidas pela Lei n. 4.595/64”.

8. O entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça restou consolidado por meio da Súmula nº 283, que enuncia o seguinte: “As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura”.

9. Frise-se, assim, que a jurisprudência alhures mencionada firmou-se no sentido de que as empresas de cartão de crédito são instituições

financeiras, decorrendo daí que devem ser fiscalizadas pela autoridade monetária, pois, ainda que acessoriamente, captam recursos no mercado financeiro para financiar as suas operações, devendo restar claro que o norte jurisprudencial foi definido com base solidamente firmada nas disposições da Lei nº 4.595/64 e Lei Complementar nº 105/2001.

9. O Poder Judiciário não age como legislador positivo quando no exercício de interpretação de normas legais integrantes do ordenamento jurídico, não havendo falar em violação do princípio da independência dos poderes, conquanto a atividade aqui desenvolvida é a de aprofundar a interpretação de regra legal abstrata para aplicá-la a caso concreto e isso longe está de ser atribuição estranha ao Judiciário, pois, é sua tarefa determinar o sentido da norma e reconhecer todos os casos a que se estende sua aplicação.

10. Em suma, as empresas administradoras de cartões de crédito são instituições financeiras, nos termos da norma contida no artigo 17 da Lei nº 4.595/64, bem como artigo 1º, § 1º, da Lei Complementar 105, de 2001, e, como tal, sujeitam-se ao regramento emanado do Conselho Monetário Nacional e, principalmente, à fiscalização do Banco Central do Brasil.

11. Apelação a que se dá provimento.

2. Vislumbrando omissões, obscuridades e contradições relevantes, o Banco Central opôs embargos de declaração para fins de prequestionamento, os quais foram desprovidos por acórdão assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÕES DE OMISSÕES, OBSCURIDADES E CONTRADIÇÕES. PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DE QUE TRATA O ARTIGO 535 DO CPC. CARÁTER INFRINGENTE DO RECURSO. INADMISSIBILIDADE.

1. Na hipótese dos autos, o venerando acórdão embargado decidiu, de forma expressa, sem a incidência de qualquer omissão, contradição ou obscuridade, as questões jurídicas, legais ou constitucionais invocadas para o deslinde da causa e o fez o bastante, ainda que, eventualmente, não na extensão pretendida pela parte embargante, porém, isso não viabiliza o acolhimento do recurso.

2. A pretensão da parte embargante é manifesta no sentido de oferecer aos embargos caráter infringente, o que não é de ser admitido, pois isso implicaria no questionamento da correção do julgado, o que somente é cabível mediante a utilização do meio processual adequado.

3. Ademais, a fundamentação jurídica da causa restou deslindada a partir da interpretação das normas de incidência no caso concreto, restando enfrentadas pelo julgado todas as questões essenciais trazidas à colação, não sendo exigível menção expressa, no corpo do acórdão, de normas legais, pois isso não é de rigor para fins de prequestionamento.

4. Recurso a que se conhece para, no mérito, negar-lhe provimento.

3. Irresignado, o Banco Central apresentou Recurso Especial apontando preliminarmente ofensa aos arts. 535 do Código de Processo Civil (CPC), no ponto em que não houve sanção das contradições, obscuridades e omissões apontadas nos embargos de declaração. Quanto ao mérito, apontou-se violação aos arts. 9º e 17 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e ao art. 1º, § 1º, VI, da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, dado que, em dissonância com o ordenamento jurídico, o acórdão regional concluiu que as administradoras de cartões de crédito são instituições financeiras para o fim de sujeitá-las aos regramentos do Conselho Monetário Nacional (CMN) e, principalmente, à fiscalização do Banco Central.

4. Em peticionamento conjunto, o Banco Central e a União requereram ao TRF3 a concessão de medida cautelar para atribuir efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários interpostos, com a consequente suspensão dos efeitos do acórdão prolatado pelo eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) até o trânsito em julgado das decisões a serem proferidas nos mencionados recursos.

5. Vislumbrando a existência dos requisitos cautelares, a Vice-Presidência do TRF3 deferiu o efeito suspensivo requerido para os recursos extraordinários.

6. Feitas essas considerações, reiteram-se, nessa oportunidade, todas as razões postas no recurso especial no que tange à preliminar de violação ao art. 535 do CPC, sobretudo quanto à ausência de esclarecimento se a atuação fiscalizadora do Banco Central passará ou não a abranger todas as emissoras de cartões de crédito, incluindo aquelas que não realizam, em sentido técnico, intermediação financeira, ou seja, aproximação entre poupadores e tomadores de recursos financeiros.

7. Quanto ao tema de mérito propriamente dito, ratificam-se, integralmente, as razões recursais, sobretudo quanto à ausência de suporte legal a amparar a pretensão do recorrido de fazer com que esta Autarquia venha a

fiscalizar administradoras de cartão de crédito em sentido estrito. Considerando, porém, os amplos termos da primeira parte da Súmula nº 283, da Segunda Seção, e a gravidade do tema em debate para o funcionamento administrativo desta Autarquia, a título de colaboração com a prestação jurisdicional, apresentar-se-á ao longo desse memorial as razões pelas quais deve referido dispositivo jurisprudencial ser lido com a máxima prudência. Demonstrar-se-á, ademais, o caráter paradigmático do presente recurso, na medida em que o tema da qualificação jurídica das administradoras de cartão de crédito encontra-se, no âmbito da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), aberto.

II. O CARÁTER PARADIGMÁTICO DO PRESENTE RECURSO

II. 1 A Súmula nº 283 da Segunda Seção do STJ. Competência regimental da Segunda Seção relacionada ao Direito Privado. Primeira abordagem da natureza jurídica das administradoras de cartão de crédito em sentido estrito sob os auspícios do Direito Público.

8. Com efeito, uma primeira questão que avulta de importância, a indicar que a presente causa representa verdadeiramente um paradigma no que tange à análise do tema sob os auspícios do Direito Público, é a de que, nos termos do § 2º do art. 9º do Regimento Interno do STJ (RISTJ), a competência da Segunda Seção, responsável pela edição da Súmula nº 283, refere-se a temas que circundam o direito privado em geral. Já à Primeira Seção, da qual faz parte a e. Segunda Turma (§ 4º do art. 2º do RISTJ), compete processar e julgar os feitos relativos ao Direito Público em geral, nos termos do inciso XIV do § 1º do art. 9º do RISTJ.

9. Inegavelmente, já essa circunstância leva à ponderação de que, sem um debate substancial no âmbito das duas Turmas da Primeira Seção, tendo-se em conta questões relativas ao direito público, não se pode automaticamente aplicar uma jurisprudência firmada pertinentemente aos aspectos estritamente privados dos contratos de cartão de crédito no âmbito da Segunda Seção.

II. 2 As especificidades dos precedentes que deram origem à Súmula nº 283 da Segunda Seção. Ausência de referibilidade com a causa concreta. Diferenças de partes, de fatos e de direito. A legitimação pelo procedimento. A variabilidade de interpretação conforme o ramo do Direito

10. Nem só questões regimentais levam à conclusão de que está em aberto, no âmbito da Primeira Seção, a matéria relativa às atribuições desta Autarquia no que tange à fiscalização das administradoras de cartão de crédito não financeiras. O exame pormenorizado de cada um dos 6 (seis) precedentes que deram origem à Súmula nº 283 da Segunda Seção do STJ recomendam a interpretação restritiva do enunciado, aprovado com a seguinte redação:

As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.

11. O texto da Súmula nº 283 da Segunda Seção está embasado nos seguintes precedentes: REsp 450453/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Min. Aldir Passarinho Júnior, Segunda Seção, julgado em 25/06/2003, DJ 25/02/2004, p. 93; REsp 441932/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 12/08/2003, DJ 13/10/2003, p. 360; AgRg no Ag 481127/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 12/08/2003, DJ 22/09/2003, p. 336; AgRg no Ag 467904/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 19/08/2003, DJ 22/09/2003, p. 335; REsp 337332/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 02/09/2003, DJ 24/11/2003, p. 309; AgRg no REsp 518639/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 29/10/2003, DJ 01/12/2003, p. 353.

12. Preliminarmente ao cotejo entre os precedentes da Súmula nº 283 da Segunda Seção do STJ, em razão das especificidades da causa concreta deduzida nesse Recurso Especial, pede-se vênia para se mencionar a lição do nunca assaz citado Min. Carlos Maximiliano, a propósito da aplicação a casos futuros de julgados pretéritos:

Versa o aresto sobre fatos, e entre estes é quase impossível que se nos deparem dois absolutamente idênticos, ou, ao menos, semelhantes sobre todos os aspectos: ora qualquer diferença entre espécies em apreço obriga a mudar também o modo de decidir. É isto o que se depreende do dizer profundo de Dumoulin – *modica facti differentia magnam inducit juris diversitatem* – “pequena diferença de fato induz grande diversidade de direito”. Logo a citação mecânica de acórdãos não pode deixar de conduzir a erros graves. (MAXIMILIANO. Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 149)

13. Levando-se a sério a advertência acima do Min. Carlos Maximiliano, cumpre destacar quais são essas diferenças de fato e também de direito que afastam a causa presente da assertiva que consta da primeira parte da Súmula nº 283 da Segunda Seção do STJ.

14. A primeira diferença, e de supina importância, refere-se à qualidade das partes que estiveram presentes nos precedentes que deram origem ao verbete jurisprudencial. Em todos os casos, de um lado havia um consumidor e de outro uma administradora de cartão de crédito. Em nenhum dos precedentes da Súmula nº 283 participou esta Autarquia de qualquer dos polos da relação processual, senão, veja-se o quadro demonstrativo abaixo:

Precedente	1º Recorrente	2º Recorrente	Recorrido
REsp 450.453/RS	Marcos de Alves Dias	Xxx	Banrisul Serviços Ltda.
REsp 441.932/RS	Fininvest S/A Administradora de Cartões de Crédito	Patrícia Luz Martins	Os mesmos
AgRg no Ag 481127/RS	Mérlyn Adriana Moraes Brum	Xxx	Cartão Unibanco Ltda.
AgRg no Ag 467904/SP	Sérgio Mauro		Credicard S/A Administradora de Cartões de Crédito
REsp 337332/RS	BB Administradora de Cartões de Crédito S/A	Xxx	Dirceu José Quartiero
AgRg no REsp 518639/RS	Wanderlei Antônio de Borba e outro	Xxxx	Lojas Renner S/A e outro

15. Assim, considerando que nenhuma das partes constantes do presente Recurso Especial (Ministério Público Federal, Banco Central do Brasil e União) é consumidor ou administradora de cartão de crédito, percebe-se a impertinência para a solução da demanda dos termos da Súmula nº 283 da Segunda Seção. Ademais, a partir do postulado da legitimação pelo procedimento, não se mostra

razoável de qualquer modo submeter esta Autarquia Federal à regra jurídica extraível de precedentes nos quais não teve oportunidade de aduzir suas razões, contribuindo, em contraditório, para a formação do convencimento do órgão julgador. Tal é a lição de Dinamarco:

Quando se diz que o procedimento legitima o resultado do exercício do poder, tem-se em vista agora o modo de ser dos procedimentos que o direito positivo oferece e que constituem o penhor da lei à preservação dos princípios constitucionais do processo, a começar pelo contraditório. Se algum procedimento excluiu a participação dos sujeitos envolvidos no litígio, ele próprio seria ilegítimo e chocar-se-ia com a ordem constitucional.

[...]

A ideia da legitimação pelo procedimento é vitoriosa hoje, mesmo fora do campo jurisdicional, pelo que ela tem de expressivo do ponto-de-vista da inserção do sistema processual na ordem constitucional e da sua aceitabilidade social. Seria arbitrário o poder exercido sem a participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo.

Essa participação constitui postulado inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e portanto participativo, sob pena de não ser legítimo. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 156-7).

16. Portanto, a ideia da legitimação pelo procedimento há de prevalecer também na presente causa. Veja-se que não deseja o Banco Central furtar-se do enfrentamento das razões que importaram na construção de um entendimento jurisprudencial hoje sumulado. Todavia, não se pode admitir que se considere que a Súmula nº 283 da Segunda Seção uma verdadeira pá-de-cal quanto à qualificação jurídica das administradoras de cartão de crédito em sentido estrito em ordem a impor, de forma automática, um dever jurídico de fiscalização e, de forma mais profunda, sanção e restrição ao desempenho de atividades pelas próprias administradoras de cartão de crédito, em razão de sujeição à supervisão desta Autarquia.

17. A segunda diferença entre a causa presente e os precedentes que deram origem à Súmula nº 283 da Segunda Seção se relaciona à matéria discutida. Enquanto naqueles casos se colocavam em questão aspectos privados dos

contratos de cartão de crédito, relacionados ao direito comercial e ao direito do consumidor, no recurso em pauta se discutem aspectos atinentes à fiscalização do Sistema Financeiro Nacional e às competências administrativas de uma Autarquia Federal.

18. Ora, como a matéria discutida nos presentes autos é sobremodo distinta daquela que animou os julgamentos dos precedentes da Súmula nº 283 da Segunda Seção, mister é concluir que outra interpretação se impõe para a solução da demanda, conforme recomendava o Min. Carlos Maximiliano:

Preceito preliminar e fundamental da Hermenêutica é o que manda definir, de modo preciso, o caráter especial da norma e a matéria de que é objeto, e indicar o ramo do Direito a que a mesma pertence, visto variarem o critério de interpretação e as regras aplicáveis em geral, conforme a espécie jurídica de que se trata. A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutáveis no tempo; além dos princípios gerais, observáveis a respeito de quaisquer normas, há outros especiais, exigidos pela natureza das regras jurídicas, variável conforme a fonte de que derivam, o sistema político a que se acham ligadas e as categorias diversas de relações que disciplinam. O que não partir desse pressuposto, essencial à boa Hermenêutica, incidirá em erros graves e frequentes.

As disposições de Direito Público se não interpretam do mesmo modo que as do Direito Privado; e em um e outro ainda os preceitos variam conforme o ramo particular a que pertencem as normas: os utilizáveis no Constitucional diferem dos empregados no Criminal; no Comercial não se procede exatamente como no Civil, e, no seio deste, ainda a exegese dos contratos e das leis excepcionais se exercita mediante regras especiais. (MAXIMILIANO. Carlos. Ob. cit., p. 247)

19. O que se está a dizer é que, quando os eminentes Ministros da Segunda Seção se debruçaram sobre a limitação ou não das administradoras de cartão de crédito aos termos da Lei de Usura (Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933), levaram em consideração uma técnica de interpretação própria do Direito Privado (civil e empresarial), que ao exegeta confere uma maior margem de liberdade na assimilação de figuras jurídicas a outras. Com efeito, num ramo do Direito em que o princípio da estrita legalidade não se impõe, pode o intérprete

sugerir uma interpretação mais dilatada do que vem a ser uma instituição financeira, tendo em vista os valores tutelados pelas normas. O mesmo método de abordagem, todavia, não se mostra conveniente no âmbito do Direito Público, pois, diante do princípio da estrita legalidade, o intérprete encontra-se mais acicatado pelos termos legais, sobretudo no que tange a normas definidoras de competências administrativas.

20. A propósito do tema, arremata o Min. Carlos Maximiliano:

A diferença entre os dois grandes ramos do Direito estende-se até os dados filológicos. Em geral, no Direito Público se emprega, de preferência, a linguagem técnica o dizer jurídico, de sorte que, se houver diversidade de significado do mesmo vocábulo, entre a expressão científica e a vulgar, inclinar-se-á o hermenauta no sentido da primeira. Ao contrário, o Direito Privado origina-se de costumes formados por indoutos, visa disciplinar as relações entre os cidadãos, fatos ocorridos no seio do povo; é de presumir haja sido elaborado de modo se adapte integralmente ao meio para o qual foi estabelecido, posto ao alcance do vulgo, vazado em linguagem comum. (MAXIMILIANO. Carlos. Ob. cit., p. 249)

21. Isso significa que o jurista, ao se colocar diante de um texto de lei, deve, inicialmente, perceber-se da técnica de interpretação que deverá utilizar, conforme varie o ramo do Direito de suas preocupações. O jurista que, numa causa de direito eminentemente privado interpreta normas legais com os critérios estritos que devem guiar a pesquisa do direito público, certamente não chegará a bons resultados. E vice-versa tampouco. Há que se ter a sabedoria de variar a interpretação conforme a natureza da causa posta em discussão. Há que se ver, então, como bastante natural, que um só texto de lei – v.g., o art. 17 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 – venha a ser interpretado de forma diferente por um mesmo Tribunal, dependendo do método que venha utilizar, e isso explica parte da riqueza do fenômeno jurídico.

22. A terceira diferença substancial entre a causa presente e aquelas que deram ensejo à formação da Súmula nº 283 da Segunda Seção refere-se exatamente ao pedido, ou seja, ao objeto do processo (*meritum causae*). Enquanto que naqueles casos se discutia se as administradoras de cartão de crédito estariam ou não limitadas pela Lei de Usura no que tange à cobrança de juros remuneratórios em

patamar superior a 12% ao ano, aqui, o tema é bem distinto: se deve ou não o Banco Central fiscalizar as atividades das administradoras de cartão de crédito.

23. Quanto a esse ponto, é bem relevante recordar que, no primeiro precedente da série de julgados que gerou a Súmula nº 283 da Segunda Seção, alguns Ministros consideraram que as administradoras de cartão de crédito não seriam, em rigor, instituições financeiras, mas que, ainda assim, não seriam submetidas à Lei de Usura em razão da validade da cláusula-mandato, que lhes permite tomar empréstimos junto ao mercado financeiro para cobrir os saldos negativos das despesas geradas pelos contratantes. Funcionando as administradoras como meras mandatárias nas relações entre o consumidor e as instituições financeiras, não faria sentido limitar os juros aos termos da Lei de Usura. Ou seja, para se chegar à conclusão de que as administradoras de cartão de crédito não estariam limitadas aos termos da Lei de Usura, bastaria, apenas, dar por válida a cláusula-mandato, sendo desnecessário perquirir sobre a natureza jurídica daquelas entidades.

II. 3 Análise particularizada do REsp nº 450.453/RS, leading case da jurisprudência que culminou na Súmula nº 283 da Segunda Seção. Maioria de pronunciamentos pela natureza não financeira das administradoras de cartão. Ementa que não reflete esse aspecto do julgado. A validade da cláusula-mandato, fundamento decisivo para a decisão. A vocação à concretude da atividade judiciária. O caráter não vinculante dos fundamentos das decisões judiciais.

24. A partir daqui, convém minudenciar as manifestações de cada um dos Ministros que participaram do julgamento do primeiro paradigma da Súmula nº 283 da Segunda Seção, o REsp nº 450.453/RS. Na ocasião, foi discutido se o recorrente, um consumidor, tinha razão no que tange aos pedidos de limitação de juros cobrados pela administradora de cartão de crédito a 12% a.a., nos termos da Lei de Usura, e de proibição de cobrança de juros capitalizados.

25. Com efeito, o relator, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, entendeu que as administradoras de cartão não são instituições financeiras, e que a razão maior para que elas não se submetessem às limitações da Lei de Usura seria a nulidade da cláusula-mandato que haveria de ser decretada com base na Súmula nº 60 desse STJ. *Verbis*:

Com isso, os encargos cobrados não podem ser aqueles assumidos em função do compromisso assumido pela empresa administradora em razão da cláusula mandato, mas, sim, limitados os juros a 12% ao ano, reconhecido no Acórdão recorrido que as administradoras não são instituições financeiras, como, de fato, não são.

Vedada, ainda, a capitalização, nos termos de reiterada jurisprudência da Corte (por todos, REsp nº 302.893/RS, Relator o Senhor Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 25/6/01).

Em conclusão, eu conheço do especial e lhe dou provimento para decretar a nulidade da cláusula mandato, nos termos da Súmula nº 60 da Corte, e, em consequência, limitar os juros compensatórios em 12% ao ano, vedada a capitalização. Custas repartidas e honorários compensados.

26. Em voto-vista, inaugurando a divergência, o Min. Aldir Passarinho Júnior, que se tornou o condutor do acórdão, considerou preliminarmente válida a cláusula-mandato, e, para chegar à conclusão de não submissão das administradoras de cartão de crédito aos termos da Lei de Usura, considerou-as instituições financeiras. *Verbis*:

Inicialmente, registro que a cláusula mandato, em si, tem sido admitida pela 4ª Turma, verbis:

[...]

Com efeito, a administradora firma contrato pelo qual assume perante o comerciante ou prestador de serviço o compromisso de honrar o pagamento dos produtos ou serviços adquiridos por seu cliente, titular da conta, até o limite previamente estabelecido e mediante remuneração, normalmente designada de anuidade, concedendo a este último prazo para saldar a dívida, que na hipótese de restar inadimplida, resulta em saldo devedor sobre o qual faz incidir encargos também anteriormente informados e pactuados. E busca, como intermediária, junto ao mercado, os recursos do financiamento da compra do usuário.

Nessas circunstâncias, em face da abrangência do conceito legal, e isto, evidentemente, para impedir operações marginais à fiscalização do Banco Central¹, tenho que as administradoras de cartões de crédito, como intermediárias, se enquadram como instituições financeiras.

1 A referência, aqui, à fiscalização do Banco Central deve ser lida como mera coisa dita de passagem (*obiter dictum*), pois essa questão não era objeto do processo.

27. Embora não conste o voto da Min. Nancy Andrighi no inteiro teor do acórdão, a partir da manifestação oral do Min. Castro Filho, é possível perceber que ambos entenderam que as administradoras de cartão não seriam instituições financeiras, mas que a limitação dos juros da Lei de Usura não teria aplicação em razão da validade da cláusula-mandato².

28. Por sua vez, o Min. Antônio de Pádua Ribeiro entendeu por bem seguir o voto do Min. Carlos Alberto Menezes Direito que havia considerado que as administradoras de cartão de crédito não seriam instituições financeiras e que a cláusula-mandato seria inválida, de modo que a cobrança de juros por elas estaria limitada à Lei de Usura³.

29. Na sequência, em voto-vista, o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, considerou que o ponto fulcral para a solução da causa, antes da validade da cláusula-mandato, seria a qualificação jurídica da administradora de cartões. Assim, com base em técnica de interpretação peculiar ao Direito Privado, entendeu referido Ministro, numa interpretação generosa do art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964, que a limitação de juros não se impunha em razão de qualificar-se a administradora de cartões como instituição financeira. Na oportunidade também considerou válida a cláusula-mandato. *Verbis*:

O ponto essencial da disputa repousa sobre a circunstância de qualificar-se ou não como instituição financeira a ré, administradora de cartão de crédito, repousando sobre essa questão a definição do regime jurídico ao qual serão sujeitas suas atividades.

As instituições financeiras são caracterizadas pelo art. 17 da Lei nº 4.595/1964, como ‘pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros’.

As administradoras de cartão de crédito têm por atividade principal o pagamento de uma fatura que lhes for apresentada, em virtude de venda ou de prestação de serviços por terceiro a um cliente seu, sendo remunerada por comissão a cargo do comerciante conveniado e de uma taxa contratual paga pelo cliente. Entretanto, em caráter acessório, quando o cliente não

2 “O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO FILHO: Sr. Presidente, acompanho o voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi. Também entendo que a administradora de cartão de crédito não é instituição financeira, mas a cláusula-mandato é válida. Portanto, os juros não estão limitados, mas a capitalização é vedada.”

3 “EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, data venia, acompanho o voto do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento.”

paga o total da despesa efetuada em determinado período, elas financiam o valor da despesa não coberta pelo contratante do cartão. Isso significa que captam dinheiro no mercado, mediante remuneração típica de operações financeiras, a fim de fazer frente à despesa em aberto, que será oportunamente recomposta pelo cliente. Essa atividade acessória constitui tipicamente intermediação financeira, a enquadrar essas entidades no comando abstrato do dispositivo legal acima transcrito.

Não se pode olvidar, ademais, que a própria dicção legal inclui, no § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001, as administradoras de cartão de crédito entre as instituições financeiras abrangidas no âmbito da sua normatividade. Essa norma, aliás, não diz que as administradoras de cartão de crédito se equiparam a instituições financeiras para os seus fins; ao contrário, estabelece que são elas ‘consideradas instituições financeiras’. Afasta-se, portanto, a pertinência da limitação dos juros imposta pela Lei de Usura. No mesmo sentido, como se viu, a conclusão do Ministro Aldir Passarinho Junior.

Impende considerar, ainda, que a adoção de conclusão diversa ensejaria o enriquecimento sem causa do usuário do cartão de crédito em detrimento das administradoras. Isso porque, querendo ele financiar a aquisição de bens e serviços, em vez de utilizar-se dos instrumentos de crédito direto, disponíveis em profusão, usaria o limite de garantia do seu cartão, sem pagar no vencimento, obrigando a administradora a aplicar recursos próprios ou de terceiros, ao custo do mercado financeiro, para financiar sua operação.

[...]

3. Noutro capítulo do tema, tenho por inaplicável na espécie o verbete nº 60 da súmula deste Tribunal, quanto à cláusula mandato. Esse enunciado tem a seguinte redação:

“É nula a obrigação cambial assumida por procurador de mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste.”

É que a cláusula em questão outorga à administradora mandato para buscar no mercado recursos que façam frente às despesas não cobertas no vencimento pelo cliente. O exercício do mandato, por isso, não se dá no interesse exclusivo da administradora, mas, precipuamente, no interesse do cliente.

[...]

5. Em conclusão, conheço parcialmente do recurso especial, no tocante à capitalização mensal dos juros, para, nessa parte, dar-lhe provimento e declarar incabível a capitalização, acompanhando a divergência iniciada pelo Ministro Aldir Passarinho Junior e seguida pelos Ministros Nancy Andrichi e Castro Filho.

30. Aqui, antes de se analisar o próximo voto, convém uma acotação: veja-se que não é correto afirmar que o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira seguiu integralmente os votos dos Ministros Nancy Andrighi e Castro Filho, pois estes, nos fundamentos, entenderam que as administradoras de cartão não seriam instituições financeiras, mas que a cláusula-mandato seria válida e que isso seria suficiente para não limitar os juros aos termos da Lei de Usura. É dizer: os ministros convergem quanto ao *dispositivo*, todavia divergem na fundamentação.

31. Em seguida, em voto sumário, o Min. Barros Monteiro manifestou-se pelo acompanhamento da divergência, aludindo nos fundamentos ao que seria a *“linha da jurisprudência da Quarta Turma”*⁴.

32. Portanto, para a verificação do fundamento que animou a manifestação do Min. Barros Monteiro no REsp nº 450.453/RS, há que se voltar ao entendimento que era vitorioso na Quarta Turma antes de 25 de junho de 2003, data do julgamento do recurso em questão.

33. Nesse sentido, nota-se que, de forma linear, entendia a Quarta Turma, antes do julgamento do REsp nº 450.453/RS, que a cobrança de juros pelas administradoras de cartão de crédito não estaria limitada pelos termos da Lei de Usura em razão do entendimento de que seriam elas instituições financeiras⁵.

34. Avançando quanto à análise dos votos do REsp nº 450.453/RS, nota-se que o Min. Fernando Gonçalves, em voto bastante conciso, limitou-se a seguir a divergência, sem explicitar se entendia que seriam financeiras as administradoras de cartão ou se, como fundamento de votar, entendia, singelamente, pela validade da cláusula-mandato⁶.

35. De todo modo, pelas mesmas razões que se leva a concluir que o Min. Barros Monteiro não glosou a cláusula-mandato, pode-se também inferir que o Min. Fernando Gonçalves considerou-a hígida.

4 “O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, acompanho a divergência na linha da jurisprudência da Quarta Turma, conhecendo em parte do recurso especial e, nessa parte, dando-lhe provimento para excluir a capitalização de juros.

5 *Vide*, a título meramente exemplificativo o REsp nº 480.513/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 20/02/2003, DJ 12/08/2003, p. 239, no qual se consignou que: “II. As administradoras de cartões de crédito inserem-se entre as instituições financeiras regidas pela Lei n. 4.595/64.” Na mesma linha desse precedente, podem-se relacionar os seguintes julgados: REsp nº 473.003/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 19/12/2002, DJ 02/06/2003, p. 304; REsp nº 466.769/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 05/11/2002, DJ 24/02/2003, p. 249; REsp nº 456.673/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 17/10/2002, DJ 24/02/2003, p. 247; REsp nº 421.371/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 27/06/2002, DJ 26/08/2002, p. 243.

6 “O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Com a devida vênia, acompanho a divergência, conhecendo em parte do recurso especial e, nessa parte, dando-lhe provimento para excluir a capitalização de juros.”

36. Ao final, o acórdão ficou assim redigido:

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo no julgamento, decide a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Antônio de Pádua Ribeiro, conhecer em parte do recurso e, nesta parte, dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Foram votos vencedores os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Nancy Andrighi, Castro Filho, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Ari Pargendler e Fernando Gonçalves. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Custas, como de lei.

37. Em resumo das questões aventadas por cada um dos Ministros que participaram do julgamento do REsp nº 450.453/RS, em cotejo com os termos do acórdão acima citado, oferece-se o seguinte quadro:

Ministro	Natureza jurídica da adm. de cartão	Validade da clausula-mandato	Resultado
Carlos Alberto Menezes Direito	Não financeira	Inválida	Provimento
Aldir Passarinho Júnior	Financeira	Válida	Parcial provimento na parte conhecida
Nancy Andrighi	Não financeira	Válida	Parcial provimento na parte conhecida
Castro Filho	Não financeira	Válida	Parcial provimento na parte conhecida
Antônio de Pádua Ribeiro	Não financeira	Inválida	Provimento
Sálvio de Figueiredo Teixeira	Financeira	Válida	Parcial provimento na parte conhecida
Barros Monteiro	Financeira	Válida	Parcial provimento na parte conhecida
Fernando Gonçalves	xxx	xxx	Parcial provimento na parte conhecida
Ari Pargendler	xxx	xxx	Parcial provimento na parte conhecida

38. Extrai-se do quadro acima que, dos 9 (nove) julgadores da Segunda Seção que tomaram parte do julgamento do REsp nº 450.453/RS, 3 (três) manifestaram-

se pela natureza jurídica de instituições financeiras das administradoras de cartão de crédito, 4 (quatro) não tiveram o mesmo entendimento, sendo que não é possível, pelo inteiro teor do acórdão, inferir o que 2 (dois) dos ministros decidiram a respeito desse tópico específico, embora convergentes quanto ao dispositivo da decisão. Quanto à cláusula-mandato, 7 (sete) manifestaram-se pela validade dela, e 2 (dois) pela invalidade, o que redundou no reconhecimento da higidez da cobrança de juros superiores ao limite estipulado na Lei de Usura.

39. Porém, embora virtualmente vencida, por 4 (quatro) a 3 (três), eis que não se pode afirmar o conteúdo de dois votos, a questão de qualificar-se como instituições financeiras as administradoras de cartão de crédito, constou da ementa do julgado a assertiva de que “[a]s administradoras de cartões de crédito inserem-se entre as instituições financeiras regidas pela Lei nº 4.595/64”, quando teria sido mais fiel ao retrato das discussões travadas a ementa caso pontuasse algo como “é válida a cláusula-mandato nos contratos de cartão de crédito”, pois mais do que a natureza jurídica das administradoras de cartão de crédito, esse era, certamente, o eixo determinante da causa para a maioria dos ministros. Mais precisamente ainda, o objeto da causa em votação no REsp nº 450.453/RS era a possibilidade de as administradoras de cartão de crédito cobrarem juros acima daquele patamar estabelecido pela Lei de Usura. E a conclusão dos ministros da Segunda Seção, na ocasião, foi a de que não existiria essa limitação no caso concreto, sendo certo que poderiam fazê-lo por dois fundamentos distintos e independentes, seja considerando-as instituições financeiras, seja considerando válida a cláusula mandato.

40. Portanto, é forçoso concluir que a redação que foi dada ao final à Súmula nº 283 da Segunda Seção não reflete, data venia, esse aspecto do julgado, que só poderia ser observado a partir da leitura dos votos prolatados, sem se limitar à leitura do voto condutor, proferido pelo eminente relator. Eis a razão por que é bastante recomendável o tratamento do tema nesse recurso de forma paradigmática no âmbito do Direito Público. É dizer, sem se furtrar de discutir os precedentes da Segunda Seção, o Banco Central procura alertar para a impossibilidade de aplicação irrefletida do entendimento sedimentado pelo enunciado sumular referido.

41. Todavia, ainda que se entenda que é correto, para qualquer sorte de processo, o entendimento veiculado na referida Súmula, não se pode perder

de vista que, sem qualquer demérito, e com todo respeito, não devem as partes formular ao Judiciário pleitos para a definição de teses acadêmicas, para a formulação de conceitos ou o pronunciamento sobre a verdade dos fatos. Ora, o Judiciário não responde a pedidos de pareceres. O Judiciário se ocupa de dramas humanos e conflitos práticos, experimentados no mundo, e não de teses abstratas. Sua vocação é a concretude, pontua Dinamarco:

Por sua própria natureza e destinação, ela [a jurisdição] é ligada aos conflitos sociais, ou seja, exerce-se sempre em virtude do confronto de duas ou mais pessoas, seja por serem portadoras de aspirações conflitantes, seja por lamentar uma delas alguma lesão sofrida e pretender que se aplique a sanção que indica, seja por não andarem de acordo com os rumos de interesses comuns ou de uma delas, etc.; os conflitos são inevitáveis e constituem fato universal na sociedade, constituindo fatores de desagregação e, portanto, obstáculos à consecução do fim último do Estado. Removê-los, remediá-los, sancioná-los, é pois um serviço, ou seja, um função de extrema relevância social.

Pois dessa destinação do exercício do poder estatal quando exercido sub specie jurisdictionis decorre uma característica muito visível que é sua imposição a casos concretos. Não é mais lícito pensar nessa concreção como manifestação de restrições individualistas ao exercício da jurisdição (se bem seja assim a estrutura fundamental da sua disciplina positiva ainda em tempos atuais), mas parece indubitável que a jurisdição não tem vocação às generalizações ou ao abstrato, como é próprio da função legislativa: ainda quem creia na criatividade institucionalmente permitida ou confiada ao juiz (e mesmo que aceite a teoria unitária do ordenamento jurídico) não duvida ao ligar rigorosamente a função jurisdicional aos casos concretos. Fala-se no juiz como law maker, mas logo em seguida se esclarece que ele exerce sua atividade jurisdicional estritamente com relação a cases and controversies e com isso o vocábulo law se desvirtua, perdendo as características de abstração e generalidade.

(DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit., p. 138-9, destaques mantidos)

42. Não é, então, gratuitamente que o Código de Processo de Civil estipula que *“a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”* O Judiciário, bem por isso, afirma seu poder – conferindo estabilidade jurídica (imutabilidade) – às questões

efetivamente decididas pertinentes a uma determinada relação jurídica concreta controvertida, muito embora, na fundamentação, deva lançar mão de abstrações, generalizações e conceitos que são aplicados à solução do caso *sub judice*. Todavia, essas abstrações não recebem aquela nota que é própria (e exclusiva) da função jurisdicional, ou seja, não transitam em julgado. A propósito, nunca é demais lembrar o que dizia Liebman a propósito dos limites objetivos da coisa julgada:

[...] nem todas as questões discutidas e resolvidas constituem coisa julgada. Estão nesse número as que, sem constituir objeto do processo em sentido estrito, tiveram que ser examinadas como premissa lógica da questão principal (questões prejudiciais, propriamente ditas). São elas conhecidas ou apreciadas, mas não decididas, porque nada resolveu o juiz a seu respeito, podendo ser, assim, julgadas livremente em outra causa levada a juízo por outro motivo, continuando em aberto em tudo quanto não foi objeto da lide anterior.

[...]

Assim, antes de se admitir a existência da coisa julgada com base nas questões discutidas, cumpre se tenha em vista a finalidade da própria coisa julgada, que é a de garantir o resultado prático e concreto do processo ou, em outras palavras, o seu efeito, apenas isso, devendo considerar sem relevância a amplitude da matéria lógica discutida e examinada no processo. Pode esta ultrapassar os limites da questão levada a juízo, como pode ficar aquém do que a lide podia comportar, sem que por isso fique alterado o âmbito da coisa julgada. E, para identificar-se o objeto, no sentido técnico, do processo e, em consequência, da coisa julgada, é necessário que se lembre que a sentença nada mais é do que a resposta dada pelo juiz ao pedido formulado pelos litigantes e que, assim (afastada a possibilidade excepcional de julgamento 'ultra petita'), uma e outra têm os mesmos limites, constituindo por isso os pedidos o mais seguro critério para se fixar os limites da coisa julgada.

(LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 111-2)

43. Mais modernamente, não há divergência quanto aos limites objetivos da coisa julgada, os quais ficam adstringidos à parte dispositiva da sentença, na qual o Judiciário impõe, imperativamente, a solução do conflito jurídico prático. Os

fundamentos de decidir não vinculam nem mesmo as partes diante das quais é dada alguma sentença⁷.

44. As lições acima são uniformes e também valem para a compreensão do que possa ser chamado de precedente judicial. Ora, se as partes num dado processo só se vinculam ao comando decisório e não aos fundamentos, com muito maior razão deve-se concluir pela inaptidão de um julgado vincular, como um verdadeiro precedente, pelos seus fundamentos e não pelo que foi decidido quanto à relação jurídica específica e concreta. Mesmo as instâncias julgadoras mais elevadas, como o STJ, quando se colocam diante de um processo, por mais abstrata que seja a discussão jurídica, hão de ter em mente a necessidade de resolver um conflito concreto. O precedente judicial, nessa linha de raciocínio, não é propriamente o fundamento da decisão, mas a própria decisão⁸.

45. Quando se diz que apenas as conclusões dos julgados podem vir a se tornar precedentes, tem-se, por princípio, motivos políticos relevantíssimos, e não meras questões terminológicas processuais. Os juízos de fato e de valor, as motivações ideológicas e o desenvolvimento de teses nos fundamentos das decisões judiciais são instrumentais à atividade de decidir de modo imperativo e definitivo, que é a missão precípua (e exclusiva) do Poder Judiciário. Ao decidir, o Judiciário exerce poder estatal. Ao fundamentar, o Judiciário exerce influência na medida da excelência de seus argumentos; mas essa influência não terá a força vinculativa. É dizer: o Judiciário exerce seu poder quando decide

7 Sobre o tema, calha referir, em breve nota, vez mais, ao ensinamento de Dinamarco: *“Somente o preceito concreto contido na parte dispositiva das sentenças de mérito fica protegido pela autoridade da coisa julgada material, não os fundamentos em que se apoia. Essa regra é enunciada por exclusão nos três incisos do art. 469 do Código de Processo Civil, segundo os quais não fazem coisa julgada os fundamentos postos na motivação da sentença nem a verdade dos fatos tomada como fundamento da decisão e tampouco a solução dada incidentalmente a eventuais questões prejudiciais (incs. I-III). [...] Ainda quando nada dispusesse a lei de modo explícito, o confinamento da autoridade da coisa julgada à parte dispositiva da sentença é inerente à própria natureza do instituto e à sua finalidade de evitar conflitos práticos do julgado, não meros conflitos teóricos (Chiovenda, Liebman). [...] Até mesmo o fundamento mais importante e indispensável à conclusão a ser tomada na parte dispositiva da sentença permanece livre para nova apreciação judicial, sempre que o objeto do processo seja outro. [...] Evitar conflitos práticos do julgado é o resultado que se coaduna com o escopo pacificador da própria jurisdição, a qual não se exerce para fixar teses jurídicas nem para a descoberta da verdade dos fatos como um objetivo em si próprio. O que importa é pacificar pessoas e eliminar seus conflitos mediante a definição de direitos, obrigações e comportamentos a adotar, sem deixar resíduos da insegurança jurídica que instabiliza relações; a descoberta da verdade mediante a instrução e cognição realizadas no processo não passa de mero instrumento para a busca da justiça nas decisões. Existe um eixo imaginário que liga o pedido posto na demanda inicial e a parte dispositiva da sentença, de modo que o autor pede determinada providência em relação a determinado bem da vida e o juiz lhe responde concedendo ou denegando essa providência. É nessa resposta e não nas razões adotadas pelo juiz para responder, que reside a fórmula de convivência a ser observada pelos sujeitos envolvidos no conflito.”* DINAMARCO, Cândido Rangel, Ob. cit., V. III, p. 318-20.

8 Nesse sentido, mais uma vez nos socorre a lição de Carlo Maxililiano: *“É certo que o julgado se torna fator de jurisprudência somente quanto aos pontos questionados e decididos, não quanto ao raciocínio, exemplificações e referências. **Votam-se conclusões apenas; só estas constituem precedentes.**”* MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., p. 150, grifo acrescido.

relações jurídicas concretas de modo incontestável. As partes, bem por isso, são livres para discordar dos fundamentos de qualquer decisão judicial, porém não podem desprezar o comando concreto da decisão. É claro que o ideal é que as partes e a sociedade, de um modo geral, se deem por satisfeitas com as fundamentações das decisões judiciais, pois aí o exercício do poder será tanto mais legítimo. O juiz que, além de decidir, também convence inclusive a parte vencida, pela argumentação, do acerto de sua decisão, cumpre com excelência o seu dever. Porém, a força da autoridade da decisão não fica sob a dependência do convencimento das partes ou da sociedade quanto aos motivos que levaram o julgador a decidir como decidiu.

46. Feita essa digressão, nota-se que a Segunda Seção no REsp nº 450.453/RS exerceu o poder estatal ao decidir que as administradoras de cartão de crédito não estariam limitadas quanto aos juros que cobram aos termos da Lei de Usura. Esse é o comando imperativo concreto que se extrai do inteiro teor do julgado. Esse é o sentido do precedente que sugere uma leitura restritiva dos amplos termos em que enunciada a Súmula nº 283 da Segunda Seção. O fundamento de decidir, a *ratio decidendi*, é a validade da cláusula-mandato. Já a questão de serem ou não instituições financeiras, em rigor, não passou de coisa dita de passagem, irrelevante para a solução da causa, simples *obiter dictum*, em que pese o destaque dado nos termos do verbete sumular.

II. 4 Análise dos demais precedentes que originaram a Súmula nº 283 da Segunda Seção. Julgados posteriores que se inclinam pela exegese restrita dos termos do verbete sumular.

47. No segundo precedente da série de julgados que inspiraram a Súmula nº 283 da Segunda Seção, já na ementa pontuou-se que seriam dois os motivos determinantes para a exclusão das administradoras de cartão dos limites de juros da Lei de Usura: a natureza financeira e a validade da cláusula-mandato. Além disso, referiu-se expressamente ao REsp nº 450.453:

Contrato de cartão de crédito. Juros. Comissão de permanência. Capitalização. Inscrição em cadastro negativo. Dano moral.

1. Já assentou a Segunda Seção, vencido o relator, que as administradoras

de cartão de crédito são consideradas instituições financeiras, aplicando-se a Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal, válida a cláusula que as autoriza a buscar o financiamento necessário no mercado (REsp nº 450.453/RS, Relator para o acórdão o Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 25/6/03).

[...]

(REsp 441932/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. em 12/08/2003, DJ 13/10/2003, p. 360).

48. Já no terceiro precedente, não constou da ementa a questão da validade da cláusula-mandato. *Verbis*:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. INSUFICIÊNCIA. CARTÃO DE CRÉDITO. ADMINISTRADORA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. JUROS. ININCIDÊNCIA DA LIMITAÇÃO DA LEI DE USURA.

[...]

II. As administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras.

III. Não se limitam os juros do financiamento à Lei de Usura.

IV. Precedentes do STJ.

(AgRg no Ag 481127/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 12/08/2003, DJ 22/09/2003, p. 336)

49. Não obstante a omissão na ementa, o voto do condutor do acórdão do julgado supra, assevera a válida a cláusula-mandato⁹.

50. Nos últimos três precedentes da Súmula nº 283 da Segunda Seção também não houve referência na ementa, nem no voto do relator e condutor do acórdão, à validade da cláusula mandato¹⁰.

51. Bastante relevante mencionar que alguns meses antes da aprovação da Súmula nº 283 pela Segunda Seção, em 28 de abril de 2004, a Quarta Turma,

9 Eis o trecho pertinente do voto: “*de qualquer sorte o entendimento pacificado na 2ª Seção do STJ é no sentido de que os juros nos cartões de crédito não estão limitados, enquadrando-se as administradoras como instituições financeiras, sendo válida a cláusula que as autoriza a intermediar financiamento de qualquer sorte o entendimento pacificado na 2ª Seção do STJ é no sentido de que os juros nos cartões de crédito não estão limitados, enquadrando-se as administradoras como instituições financeiras, sendo válida a cláusula que as autoriza a intermediar financiamento*”.

10 Os precedentes em questão são listados a seguir: AgRg no Ag 467904/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 19/08/2003, DJ 22/09/2003, p. 335; REsp 337332/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 02/09/2003, DJ 24/11/2003, p. 309; e AgRg no REsp 518639/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 29/10/2003, DJ 01/12/2003, p. 353.

abrandando a assertiva de que seriam instituições financeiras as administradoras de cartão, estatuiu que haveria apenas uma *equiparação* entre os dois tipos de agentes econômicos, o que seria suficiente para a legitimar a exclusão da limitação dos juros da Lei de Usura. *Verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL.

- As administradoras de cartão de crédito equiparam-se às instituições bancárias, não se aplicando, por isso, em relação a elas a limitação dos juros remuneratórios contida na Lei de Usura.

- Subsistente o fundamento do decisório agravado, nego provimento ao agravo.

(AgRg no REsp 468.899/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 16/12/2003, DJ 14/06/2004, p. 225)

52. Aprovada a redação da Súmula nº 283 pela Segunda Seção em 28 de abril de 2004, *É* interessante notar que, alguns meses depois, passou-se a empregar uma exegese restritiva do texto do verbete, para considerar que haveria uma *equiparação* das administradoras de cartão de crédito às instituições financeiras para o fim de não limitar os juros por elas cobrados aos ditames da Lei de Usura. De fato, dada a posição de intermediária entre o consumidor e as instituições financeiras, as Turmas integrantes da Segunda Seção, utilizando-se de um método de interpretação próprio do Direito Privado, acharam por bem conferir às administradoras de cartão um tratamento, em determinados aspectos, assemelhado ao tradicionalmente reconhecido às instituições financeiras em sentido estrito. Nessa linha, além do julgado já referido, cita-se o seguinte:

DIREITO BANCÁRIO. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. LIMITAÇÃO DOS JUROS. ABUSIVIDADE. CDC. AFASTAMENTO. LEI Nº 4.595/64. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.

As administradoras de cartão de crédito são *equiparadas* às instituições financeiras. Portanto, os juros pactuados em limite superior a 12% ao ano somente são considerados abusivos quando comprovado que discrepantes em relação à taxa de mercado, após vencida a obrigação, prevalecendo a Lei 4.595/64 e a Súmula 596/STF.

(AgRg no REsp 673.064/RS, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma,

julgado em 14/12/2004, DJ 14/02/2005, p. 207, o grifo não consta do original).

53. Mais recentemente, essa mesma exegese restritiva dos amplos termos da Súmula nº 283 da Segunda Seção voltou a ser ratificada em um julgado da Terceira Turma, cujo trecho da ementa é a seguir transcrito:

1. No que se refere aos juros remuneratórios, a egrégia Segunda Seção aprovou a Súmula 283 do Superior Tribunal de Justiça, decidindo que as administradoras de cartão de crédito são equiparadas às instituições financeiras, não ficando sujeitas aos limites previstos na Lei de Usura. Entendeu, ainda, o referido órgão julgador, que o fato de os juros excederem 12% ao ano, por si, não implica abusividade; impõe-se sua redução, tão-somente, quando comprovado que discrepantes em relação à taxa de mercado para a operação.

(AgRg nos EDcl no Ag 1379705/RN, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 21/06/2011, DJe 27/06/2011)

54. Por fim, também no âmbito da Terceira Seção, tem-se a ideia precisa de que as administradoras de cartão de crédito são apenas equiparadas a instituições financeiras, sob determinados aspectos e para determinados fins. Exemplo desse entendimento colhe-se do inteiro teor do acórdão do Conflito de Competência nº 41.878/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 10 de novembro de 2004, em que se imputava a uma administradora de cartão de crédito crimes contra o sistema financeiro. Na ocasião o Relator e Conductor do Acórdão equiparou as administradoras de cartão de crédito às instituições financeiras, conforme o seguinte excerto de seu voto:

O objeto social da indiciada compreende “a obtenção de financiamento junto às instituições financeiras para titulares de cartão de crédito e para estabelecimentos afiliados ao sistema de cartões de crédito emitidos pela Sociedade” (fl. 81).

Sendo assim, empresa como estas equiparam-se a instituição financeira, conforme art. 1º da Lei 7.492/86.

55. Com isso, espera-se ter demonstrado que, apesar dos termos amplos da Súmula nº 283 da Segunda Seção, não é exata a assertiva de que é entendimento pacificado do eg. STJ que as administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras. Assim, parece corretíssimo afirmar que a assertiva de que as “*administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras*” deve ser compreendida em função do comando decisório “*os juros por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura*”. Fora desse contexto não é exato isolar a primeira parte do verbete, como se fosse uma proposição bastante em si. Há que se considerar todo o texto do verbete e também dos debates que geraram o precedente para que ele não falhe em sua serventia, num verdadeiro trabalho de síntese¹¹.

56. Do mesmo modo, como o intérprete das leis não deve ficar apegado às palavras, nem interpretar artigos de uma norma de forma isolada, não é possível dissociar as duas proposições da Súmula nº 283 da Segunda Seção. A exegese meramente verbal e disjuntiva que não logra bons frutos na hermenêutica dos textos legais, leva a conclusões bem desastrosas no que tange à hermenêutica dos enunciados jurisprudenciais. Aferrar-se à primeira parte da Súmula nº 283 da Segunda Seção, que, em rigor, constitui-se mero *obiter dictum*, e emendar-lhe outra consequência jurídica, como o dever de fiscalização do Banco Central sobre as administradoras de cartão de crédito, está bem fora da técnica de utilização dos precedentes judiciais. Afinal, o que a doutrina estatui sobre a incindibilidade entre a *ratio decidendi* e a decisão, aplica-se com maior razão quanto às questões ditas de passagem¹².

57. Em suma, a qualificação jurídica das administradoras de cartão de crédito foi objeto de considerações marginais durante o julgamento do REsp nº 450.453/RS e que, ao final, passou a constar na primeira parte da Súmula nº 283 da Segunda Seção, não é um enunciado normativo abstrato capaz de incidir em todos os casos futuros em que presente administradoras de cartão de crédito. Sua incidência não se dá de modo automático ou subsuntivo.

11 Nesse sentido, a lição de Carlos Maximiliano: “*Já não se admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua partícula ejus proposita, judicare, vel respondere* – ‘é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma.’” MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., p. 105.

12 A propósito do tema, valemo-nos da seguinte lição: “A partir dessas diversas concepções de *ratio decidendi*, é possível dizer que, tradicionalmente, ela configura o enunciado jurídico a partir da qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou.” STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 43.

58. Portanto, a primeira parte do verbete, segundo a qual “*as empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras*” há que se ler lida, em termos, *cum grano salis*, como um fundamento ou *obiter dictum*, e não como o precedente propriamente dito. A crise de certeza que motivou os consumidores a levar suas demandas até o STJ no começo da década de 2000 relacionava-se com a cobrança de juros em patamares superiores a 12% ao ano pelas administradoras de cartão. Não tinham em mente os consumidores nem a obtenção de um texto judicial que afirmasse essa ou aquela qualificação jurídica das administradoras de cartão de crédito, nem, muito menos, que o Banco Central fosse compelido a fiscalizá-las, nos moldes do que tradicionalmente faz com as verdadeiras instituições financeiras.

III. A SUPERVENIÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 615, DE 17 DE MAIO DE 2013. AMPLIAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS FISCALIZATÓRIAS DO BANCO CENTRAL A SER CONSIDERADA NO JULGAMENTO DESTES RECURSOS ESPECIAIS. NECESSIDADE DE PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

III. 1 Ampliação da competência de fiscalização do Banco Central

59. Entrou em vigor em 20 de maio de 2013 a Medida Provisória nº 615, de 17 de maio de 2013, a qual tem por objetivo estender a regulamentação do Conselho Monetário Nacional (CMN) e a supervisão do Banco Central do Brasil às instituições não financeiras que operam arranjos de pagamento.

60. O arcabouço normativo até então vigente não permitia que a disciplina das atividades exercidas por “instituições de pagamento” e agentes integrantes da “indústria dos cartões de pagamento” fosse traçada pelo CMN e pelo Banco Central do Brasil, conforme se depreende do Parecer PGBC-39, de 17 de fevereiro de 2010¹³, *verbis*:

¹³ Emitido pelo Procurador Lucas Alves Freire, com despachos da Coordenadora-Geral Juliana Bortolini Bolzani e do Subprocurador-Geral Cristiano de Oliveira Lopes Cozer.

28. Tendo examinado o conteúdo da Lei nº 10.214, de 2001, claro me parece que seu objetivo foi o de regular o sistema de pagamentos brasileiro, de sorte a conferir-lhe maior segurança, liquidez e eficiência. Para atingir essa finalidade, o legislador voltou suas atenções para as câmaras e os prestadores de serviços de compensação e de liquidação, dotando-os de mecanismos hábeis a garantir a concretização das operações por eles efetuadas (salvaguardas, patrimônio especial etc.) e, ao mesmo tempo, submetendo-os ao crivo fiscalizatório do BCB e da Comissão de Valores Mobiliários (necessidade de autorização para funcionamento dos correspondentes sistemas, possibilidade de aplicação das sanções encartadas na Lei nº 4.595, de 1964, e na Lei nº 6.385, de 1976).

29. Posto isso, no que tange ao sistema de pagamentos brasileiro, a atividade regulamentar a ser desempenhada pelo órgão de cúpula do Sistema Financeiro Nacional e por esta Autarquia deve-se conformar aos limites expressamente traçados pela lei, isto é, há de ter por objeto, tão-somente, as atividades desempenhadas por câmaras e prestadores de serviços de compensação e de liquidação. Da mesma forma, a supervisão exercida pelo BCB deve-se restringir a tais entidades, a seus administradores e aos membros dos correspondentes conselhos fiscais, porquanto apenas a essas pessoas foram estendidos os comandos sancionadores da Lei nº 4.595, de 1964.

30. A toda evidência, a Lei nº 10.214, de 2001, não autoriza o CMN (ou o BCB) a se imiscuir na esfera jurídica de terceiros que participem, direta ou indiretamente, do sistema de pagamentos. Não é lícito, assim, que, com base no art. 2º dessa lei, se crie, por resolução, uma figura jurídica como a “instituição de pagamentos” e se submetam à fiscalização da Autarquia todas as pessoas enquadradas na definição regulamentar. Pela mesma razão, não penso ser legítimo baixar, também por resolução, o conceito de “esquema de pagamento” e, no mesmo ato normativo, prescrever que os operadores desses esquemas se sujeitam às penalidades estabelecidas no art. 44 da Lei nº 4.595, de 1964.

31. Ao fazer isso, o CMN estaria a atuar à margem da estreita competência regulamentar que lhe foi conferida pelo art. 10 da Lei nº 10.214, de 2001, ou seja, regularia atividades privadas sem contar com o respaldo de qualquer ato normativo primário.

32. Não se pode dizer, outrossim, que os normativos cuja edição se propõe encontrariam fundamento de validade nos arts. 3º, V, e 4º, VIII, da Lei nº 4.595, de 1964. Ora, o primeiro dispositivo apenas elenca um dos objetivos a serem perseguidos pelo órgão de cúpula, que, no cumprimento

de seus misteres, deverá “propiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros, com vistas à maior eficiência do sistema de pagamentos e de mobilização de recursos”. Como se vê, cuida a norma de estabelecer um princípio norteador da atuação do CMN, não atribuindo a esse órgão, de modo específico, competência regulamentar sobre determinada matéria.

33. O art. 4º, VIII, por sua vez, diz competir ao CMN “regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercem atividades subordinadas a esta Lei, bem como a aplicação de penalidades nela previstas” [não grifado no original]. Como é sabido, apenas as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, estão diretamente subordinados aos comandos da Lei nº 4.595, de 1964, sendo a eles aplicáveis as sanções previstas nesse estatuto legal (vide art. 44, caput). Assim, uma vez que nem as “instituições de pagamento”, tampouco os “operadores de esquema de pagamento”, desempenham atividades típicas de instituição financeira nos termos do art. 17 do muito citado ato normativo – como já reconheceu esta Procuradoria-Geral em diversas oportunidades –, não é permitido ao órgão de cúpula do sistema financeiro se valer de dispositivos da Lei de Reforma Bancária para justificar a regulação ora examinada. (destaques no original).

61. Com efeito, haja vista a necessidade de ato normativo primário a viabilizar a ampliação das competências do CMN e do Banco Central no que tange às instituições de pagamento, e tendo em vista a necessidade de esta Autarquia colaborar para assegurar a solidez e a eficiência dos arranjos de pagamento, sobreveio a Medida Provisória nº 615, de 2013, a qual lida com aspectos inerentes ao Sistema de Pagamentos Brasileiros, que se constitui numa das infraestruturas do Sistema Financeiro Nacional.

62. Assim, a partir da Medida Provisória nº 615, de 2013, os arranjos e instituições de pagamento passaram a integrar o Sistema de Pagamentos Brasileiro, conforme as seguintes disposições:

Art. 6º Para os efeitos das normas aplicáveis aos arranjos e as instituições de pagamento que passam a integrar o Sistema de Pagamentos Brasileiro - SPP, nos termos desta Medida Provisória, considera-se:

I – arranjo de pagamento – conjunto de regras e procedimentos que

disciplina a prestação de determinado serviço de pagamento ao público aceito por mais de um recebedor, mediante acesso direto pelos usuários finais, pagadores e recebedores;

II – instituidor de arranjo de pagamento – pessoa jurídica responsável pelo arranjo de pagamento e, quando for o caso, pelo uso da marca associada ao arranjo de pagamento;

III – instituição de pagamento – pessoa jurídica que, aderindo a um ou mais arranjos de pagamento, tenha como atividade principal ou acessória, alternativa ou cumulativamente:

- a) disponibilizar serviço de aporte ou saque de recursos mantidos em conta de pagamento;
- b) executar ou facilitar a instrução de pagamento relacionada a determinado serviço de pagamento, inclusive transferência originada de ou destinada a conta de pagamento;
- c) gerir conta de pagamento;
- d) emitir instrumento de pagamento;
- e) credenciar a aceitação de instrumento de pagamento;
- f) executar remessa de fundos;
- g) converter moeda física ou escritural em moeda eletrônica, ou vice-versa, credenciar a aceitação ou gerir o uso de moeda eletrônica; e
- h) outras atividades relacionadas à prestação de serviço de pagamento, designadas pelo Banco Central do Brasil;

IV – conta de pagamento – conta de registro detida em nome de usuário final de serviços de pagamento utilizada para a execução de transações de pagamento;

V – instrumento de pagamento – dispositivo ou conjunto de procedimentos acordado entre o usuário final e seu prestador de serviço de pagamento utilizado para iniciar uma transação de pagamento; e

VI – moeda eletrônica – recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento.

§ 1º As instituições financeiras poderão aderir a arranjos de pagamento na forma estabelecida pelo Banco Central do Brasil, conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º É vedada às instituições de pagamento a realização de atividades privativas de instituições financeiras, sem prejuízo do desempenho das atividades previstas no inciso III do caput.

§ 3º O conjunto de regras que disciplina o uso de cartão emitido por sociedade empresária destinado à aquisição de bens ou serviços por ela ofertados não se caracteriza como arranjo

de pagamento.

§ 4º Não são alcançados por esta Medida Provisória os arranjos de pagamento em que o volume, a abrangência e a natureza dos negócios, a serem definidos pelo Banco Central do Brasil, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional, não forem capazes de oferecer risco à economia popular e ao normal funcionamento das transações de pagamentos de varejo.

63. Entre outras providências, a Medida Provisória nº 615, de 2013, ampliou o espectro de competências do Banco Central, conforme diretrizes estabelecidas pelo CMN, para (art. 9º): disciplinar os arranjos de pagamento; disciplinar a constituição, o funcionamento, a fiscalização das instituições de pagamento e a descontinuidade na prestação de seus serviços; limitar o objeto social das instituições de pagamento; autorizar a instituição de arranjos de pagamento no País; etc.

64. Como se percebe, a alteração normativa corrobora a tese desde o início defendida por esta Autarquia no âmbito do presente processo. Não são as administradoras de cartão de crédito em sentido estrito instituições financeiras assimiláveis ao conceito constante do art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964. Trata-se de modalidade de instituição de pagamento que operam no âmbito do Sistema de Pagamentos Brasileiro, subsistema do Sistema Financeiro Nacional.

65. Portanto, até a superveniência da Medida Provisória nº 615, de 2013, não tinham o CMN e o Banco Central título para regular os arranjos de pagamento e para exercer a fiscalização das instituições de pagamento. Essa competência não era extraível da Lei nº 4.595, de 1964, pois referidas instituições, exatamente por não exercerem, em nome próprio, intermediação entre os agentes econômicos, não são consideradas tecnicamente instituições financeiras.

66. Segue-se que, a partir da Medida Provisória nº 615, de 2013, o CMN baixará as diretrizes de que trata o art. 9º e dará ao Banco Central a orientação necessária para satisfação de seu novo múnus. Naturalmente, essa nova regulamentação e fiscalização levarão em conta critérios e objetivos outros, não necessariamente coincidentes com aqueles que são tutelados pela Lei nº 4.595, de 1964.

III. 2 Os limites objetivos da demanda. Teoria da substanciação da causa de pedir. Os limites do art. 462 do CPC. A estabilização da demanda. Necessidade de provimento do recurso especial

67. Bem vista a novidade normativa, analisada à luz dos limites objetivos da demanda, e da teoria da substanciação da causa de pedir, nota-se que não se trata reconhecer a superveniente perda do interesse de agir, tampouco a perda de objeto do recurso.

68. É que a exordial é vazada no sentido de buscar do Judiciário um comando a que o Banco Central fiscalize as administradoras de cartão de crédito, nos moldes da Lei nº 4.595, de 1964, como se referidas entidades fossem instituições financeiras. *Esse é o pedido substanciado pela causa de pedir.* Nesse sentido, destaca-se o pedido realizado, *verbis*:

Pelo exposto, nos termos do art. 282, IV, do CPC, é a presente para requerer:

[...]

c) seja(m), no final,

c.1) declarado, no âmbito dessa lide e para efeitos da atuação do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional, serem as sociedades operadoras de cartão de crédito instituição financeiras e assim submetidas e subordinadas à disciplina da Lei nº 4595;

c.2) condenados os réus ao cumprimento de obrigação de fazer consistente em exercer em caráter permanente e definitivo a atividade administrativa de fiscalização em relação às sociedades operadoras de cartão de crédito

69. Com efeito, a petição inicial partiu do pressuposto de que seriam as administradoras de cartão de crédito em sentido estrito instituições financeiras, com base na literalidade do Enunciado nº 283 da súmula da Segunda Seção, mas que o CMN e o Banco Central não estariam exercendo as competências que lhes caberiam, diante da Lei nº 4.595, de 1964. Daí, o pedido de que sejam *declaradas* instituições financeiras as sociedades operadoras de cartão de crédito e assim submetidas e subordinadas à disciplina da Lei nº4.595, de 1964 (item “c1” do rol de pedidos).

70. Seria, então, num primeiro lançamento, conveniente extinguir todo o processo sem resolução do mérito, pois o pedido de fiscalização das administradoras de cartão de crédito pelo Banco Central teria sido atendido pela Medida Provisória nº 615, de 2013. Porém, a partir da leitura contextual da petição inicial e da

teoria da substanciação do pedido pela causa de pedir, nota-se que não há total coincidência entre o que foi pedido pelo Ministério Público autor e o *novo* marco legal dos arranjos e instituições de pagamento, pois o que se postulou na exordial foi que essa fiscalização se desse nos moldes estabelecidos na Lei nº 4.595, de 1964, para as instituições financeiras, conforme se percebe do item “c1” do rol de pedidos da exordial.

71. É elucidativo referir que, na estrutura da Diretoria de Fiscalização (Difis) do Banco Central do Brasil, existem, entre outros, o Departamento de Supervisão Bancária (Desup) e o Departamento de Supervisão de Cooperativas e de Instituições Não Bancárias (Desuc). Com o advento da Medida Provisória nº 615, de 2013, seria atribuição do Desuc, na atual estrutura organizacional da Autoridade Monetária, fiscalizar as administradoras de cartão de crédito *stricto sensu*, porquanto estas não se constituem em instituições bancárias. Se acolhida a pretensão do Ministério Público, no entanto, caberia ao Desup fiscalizá-las. Mas o problema não se esgota nessa questão de ordem interna, referente à divisão de atribuições entre os órgãos do Banco Central.

72. Não se trata, efetivamente, de simples pedido inespecífico de fiscalização. O modo de ser dessa fiscalização pretendida pelo Ministério Público autor está bem evidente não só na forma textual do pedido, como também na ilação feita de que o Banco Central e o CMN estariam descumprindo dispositivos dos arts. 4º e 10 da Lei nº 4.595, de 1964 (critérios de constituição, encaixe, mobilização, capital mínimo, concessão de autorização para funcionamento, estabelecimento de condições para posse para o exercício de cargos de administração entre outras exigências típicas de instituições financeiras). A procedência do pedido feito pelo Ministério Público envolveria, assim, a fiscalização das chamadas “administradoras de cartão de crédito” como se fossem instituições financeiras assimiláveis ao disposto no art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964¹⁴, caso em que lhes seriam aplicáveis diretamente as normas dos arts. 4º e 10 da Lei nº 4.595, de 1964.

14 Conforme se defendeu ao longo do recurso especial, somente podem ser consideradas instituições financeiras as pessoas que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros. Em outras palavras, para os efeitos da legislação em vigor, só é instituição financeira a entidade que pratica reiteradamente um conjunto de atos tendentes à intermediação econômica, consistente na aproximação entre poupadores e tomadores de recurso. As administradoras de cartão de crédito em sentido estrito, entretanto, não captam recursos junto aos poupadores e não atuam como intermediárias financeiras. Para financiar as dívidas de seus clientes, elas representam os portadores dos cartões perante instituições financeiras, obtendo financiamentos cujos encargos são suportados por seus clientes. A permissão para a administradora de cartão obter o financiamento no mercado financeiro é dada pela cláusula-mandato, que não se confunde com o conceito técnico de intermediação financeira. A administradora de cartão de crédito em sentido estrito, entretanto, não realiza, ela própria, intermediação financeira, embora se apresente tecnicamente como intermediária de operação financeira, graças à chamada “cláusula-mandato”.

73. Com efeito, a pretensão autoral não foi reconhecida pela Presidência da República, ao utilizar a competência constante do art. 62 da Constituição da República, editando a Medida Provisória nº 615, de 2013, a qual não equiparou as administradoras de cartão de crédito às instituições financeiras para o fim de legitimar a atividade fiscalizatória do Banco Central. A nova norma inaugurou novo marco regulatório sobre as instituições de pagamento, que não se confunde com aquele dispensado às instituições financeiras em geral.

74. Aliás, se a Medida Provisória nº 615, de 2013, em vez de regular um aspecto do Sistema de Pagamentos Brasileiro, houvesse aditado de alguma forma a Lei nº 4.595, de 1964, assimilando ao conceito de instituições financeiras as administradoras de cartão de crédito, dificilmente superaria o óbice do art. 62, § 1º, III, da Constituição da República¹⁵, o que a um só tempo corrobora a linha de defesa desta Autarquia e a necessidade de se dar provimento ao recurso especial.

75. Diversamente, a Medida Provisória nº 615, de 2013, inaugura novo marco regulatório para o setor em foco, com o objetivo, entre outros, de estender os poderes de regulação e supervisão do CMN e do BCB aos integrantes da indústria de cartões de pagamento que não figuram como instituições financeiras. Nesse sentido, destaca-se a exposição de motivos da MPv nº 615, de 2013:

7. (...) a Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001, que trouxe importantes aprimoramentos para o SPB, consagrou arcabouço normativo aplicável essencialmente aos sistemas de compensação e de liquidação, com especial atenção aos sistemas que, em função do elevado volume de transações ou da natureza sensível de seus negócios, podem oferecer risco à solidez e ao normal funcionamento do sistema financeiro. Ficaram à margem da referida lei, no entanto, os chamados arranjos e instituições de pagamento. A vertente proposta tem o objetivo de lançar as bases para a regulação desse segmento da economia, de fundamental importância para o conjunto dos instrumentos de pagamento de varejo.

8. Nos últimos anos, tem crescido a participação de instituições não financeiras na provisão de serviços de pagamento, principalmente por intermédio de cartões de pagamento (crédito ou débito), moedas eletrônicas ou meios eletrônicos de pagamento, a exemplo dos instrumentos disponibilizados para o comércio eletrônico (e-commerce) e das transações realizadas mediante dispositivos móveis de comunicação

15 “Art. 62. [...]. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: [...] III – reservada a lei complementar.”

(mobile payment).

9. Esse cenário tem o potencial de trazer inegáveis benefícios para a economia nacional – maior competição, redução de custos e preços, aumento da conveniência para os usuários, melhoria na qualidade dos serviços, facilitação da inclusão financeira. Entretanto, existem riscos inerentes às atividades relacionadas aos serviços de pagamento, que, uma vez dimensionados, podem ser mitigados mediante regulação e supervisão setorial, com vistas na promoção da solidez e da eficiência.

10. A adequação do arcabouço normativo, além de possibilitar a mitigação dos riscos, também potencializa o papel de indutor dos agentes públicos na busca de modelos que atendam aos interesses da sociedade, alinhando-os às políticas públicas existentes. Ademais, a regulação desse setor da economia traz a segurança jurídica demandada para a realização dos investimentos necessários para a implementação e desenvolvimento dos arranjos de pagamento.

(...)

15. Quanto à regulação e supervisão dos arranjos de pagamento e das instituições de pagamento, optou-se por atribuí-las ao Banco Central do Brasil, nos termos das diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. Buscou-se, por essa via, colher o maior proveito dos conhecimentos acumulados e das sinergias existentes em benefício da eficiência administrativa. O órgão colegiado fica, assim, encarregado de traçar as normas gerais de atuação da Autarquia, entidade vocacionada para regular e supervisionar esse segmento da economia, uma vez que já lhe compete, na forma da legislação em vigor, regular, autorizar e exercer a vigilância dos sistemas de compensação e de liquidação integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro. A minuta traz, ainda, preceito (art. 11) que determina aplicarem-se às instituições de pagamento, aos instituidores de arranjos de pagamento e a seus administradores e membros de seus órgãos estatutários e contratuais, por infrações à Medida Provisória e às diretrizes e normas estabelecidas respectivamente pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil, as mesmas espécies de penalidades previstas na legislação aplicável às instituições financeiras. Embora não sejam tais entidades instituições financeiras, optou-se por solução que confere uniformidade aos instrumentos coercitivos à disposição do supervisor do segmento, de sorte que os mesmos tipos de penalidades apliquem-se às instituições financeiras e às entidades abrangidas pela presente Medida Provisória. Da mesma forma, propõe-se, no art. 13, que as instituições de pagamento sujeitem-se à decretação

de regimes especiais (regime de administração especial temporária, intervenção ou liquidação extrajudicial) nas mesmas condições e forma previstas na legislação especial aplicável às instituições financeiras.

(...)

17. Os argumentos acima demonstram à sociedade a relevância da proposição que dispõe sobre segmento da economia de importância crescente para o conjunto dos pagamentos de varejo de todo o País. Nesse contexto, vale recordar que, em 2011, 41% de todos os pagamentos da economia nacional foram realizados mediante o uso de cartões de crédito e de débito. A inexistência de disciplina legal sobre arranjos de pagamento traz incerteza regulatória e o risco da seleção adversa, demandando ação resoluta da regulação e supervisão estatais, com vistas em promover a solidez, a eficiência e a proteção dos direitos dos usuários. A urgência desponta da velocidade com que os arranjos de pagamentos já existentes vêm ganhando amplitude, para não mencionar a progressiva criação de novas modalidades. Deve-se frisar que o crescimento desordenado desse segmento poderia gerar riscos para toda a população, em especial a de baixa renda, que vem utilizando de forma crescente mais esses instrumentos de pagamento de varejo, além de poder minar a confiança na solidez de tais arranjos, acarretando prejuízos para a economia popular e o comércio varejista.

76. Como visto, conquanto os emissores dos cartões sejam, em sua maioria, bancos, os credenciadores, que oferecem a infraestrutura de captura de transações (ou seja, as máquinas de cartão), são pessoas jurídicas que, em regra, até a edição da Medida Provisória nº 615, de 2013, estavam à margem da regulação e da supervisão do CMN e do BCB, submetendo-se apenas ao poder de polícia geral do Estado e à disciplina do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC)¹⁶ e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)¹⁷.

77. Logo, o novo regime normativo inaugurado pela Medida Provisória nº 615, de 2013, não coincide em nenhum grau com o regime de fiscalização pleiteado pelo

16 O SNDC congrega Procons, Ministério Público, Defensoria Pública e entidades civis de defesa do consumidor, que atuam de forma articulada e integrada com a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), do Ministério da Justiça. A organização do SNDC está posta no Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997.

17 O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, estando disciplinado pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que revogou grande parte da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

Ministério Público na exordial, de modo que não é o caso de se reconhecer falta superveniente de interesse recursal, dando o recurso especial do Banco Central como prejudicado, pois, nesse caso, transitaria em julgado o acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que determinou ao Banco Central a fiscalizar as administradoras de cartão como se instituições financeiras fossem.

78. Aplicar, então, a norma do art. 462 do CPC, contra o Banco Central, não se mostra conveniente. A Medida Provisória nº 615, de 2013, não pode ser considerada um *fato* superveniente constitutivo do direito do autor, mas, bem pelo contrário, a confirmação normativa de que à época da propositura da demanda não tinha razão o Ministério Público autor, nem estaria o Banco Central a descumprir suas regulares atribuições. Além de a Medida Provisória nº 615, de 2013, não ser um fato, mas uma norma, o que já demonstra a impropriedade de se pensar na incidência da norma do art. 462 do CPC, convém recordar a máxima chiovendiana de que “*a sentença deve produzir os efeitos que produziria se houvesse sido proferida no momento em que a demanda foi proposta*”, tal como propugnado por Dinamarco¹⁸.

79. Fazer a sentença/acórdão espelhar o estado de fato e de direito existente à época da demanda não se trata de um tecnicismo anódino, nem torna o Judiciário uma instância consultiva. A estabilização da demanda atende, no âmbito do processo, ao valor da segurança jurídica e ao contraditório. Eventual alteração no curso do processo das circunstâncias de fato ou de direito (sobretudo as de direito, como a recém-ocorrente), não devem ser consideradas pelo Judiciário em atropelamento do princípio da demanda e do contraditório e, no caso das instâncias superiores, ao requisito constitucional do prequestionamento dos recursos extraordinários.

80. Naturalmente, dar provimento ao recurso especial **não** significa a emissão de uma autorização para que o Banco Central não fiscalize as instituições de pagamento, nos termos da Medida Provisória nº 615, de 2013, e dos normativos do CMN que vierem a ser editados. Significa, **apenas**, que o Banco Central não deve fiscalizar as administradoras de cartão de crédito, como se fossem instituições financeiras reguladas pela Lei nº 4.595, de 1964, tal como requerido pelo Ministério Público autor.

18 DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit., V. 2, p. 75

IV. CONCLUSÃO

81. Efetivamente, apesar dos termos enfáticos da primeira parte da Súmula nº 283 da Segunda Seção, pelas muitas razões alinhavadas no item II *ut supra*, as administradoras de cartão de crédito em sentido estrito, por funcionarem como meras intermediárias entre os consumidores e as instituições financeiras, como se referiu minudentemente no recurso especial, não são, no âmbito do Direito Público, instituições financeiras que devam ser fiscalizadas pelo Banco Central nos moldes da Lei nº 4.595, de 1964.

82. Conforme se defendeu no item III *ut supra*, a circunstância de ter entrado em vigor em 20 de maio de 2013 a Medida Provisória nº 615, de 2013, nenhum impacto pode ter na presente demanda, a não ser o de corroborar a tese do Banco Central de que as administradoras de cartão de crédito não estão sob os auspícios fiscalizatórios da Autarquia determinados pela Lei nº 4.595, de 1964, o que leva ao provimento do recurso especial e ao julgamento de improcedência da demanda.

83. Ante o exposto, o Banco Central, na oportunidade em que reafirma as razões aduzidas no seu recurso especial, postula a anulação do julgado recorrido, dada a violação ao art. 535 do CPC, ou, caso assim não se entenda, requer a reforma do julgado recorrido, reconhecendo-se a inexistência de relação jurídica que obrigue o Banco Central a fiscalizar as administradoras de cartão de crédito nos moldes preconizados pela Lei nº 4.595, de 1964.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 7 de agosto de 2013.

PABLO BEZERRA LUCIANO
Procurador – OAB/DF 35.603

FLAVIO JOSÉ ROMAN
Procurador-Chefe – OAB/DF 15.934

ERASTO VILLA-VERDE FILHO
Subprocurador-Geral – OAB/DF 9.393

ISAAC SIDNEY MENEZES FERREIRA
Procurador-Geral – OAB/DF 14.533

Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

1. Os trabalhos devem ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central para apreciação, pelo endereço **revista.pgbc@bcb.gov.br**, em arquivo *Word* ou RTF, observando-se as normas e os parâmetros de editoração adiante estabelecidos.
2. Os autores filiados a instituições estrangeiras podem encaminhar trabalhos redigidos em inglês ou espanhol.
3. Os autores que publicam trabalhos na Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central são detentores dos direitos morais de seus trabalhos, no entanto não fazem jus aos direitos patrimoniais pertinentes a sua criação ou a remuneração de nenhuma natureza.
4. **Configuração dos trabalhos** – Os trabalhos enviados devem ser compostos de 10 a 20 páginas, redigidas em fonte *Times New Roman* 12, com espaço entrelinhas simples. Variações serão analisadas pelo Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central.
A configuração das páginas deve observar os seguintes parâmetros:
 - a) margens: superior – 3cm; inferior – 2cm; esquerda – 3cm; direita – 2cm;
 - b) tamanho: 210mm x 297mm (folha A4);
 - c) numeração: todas as páginas são contadas, mas a numeração, em algarismos arábicos, ocorre da segunda página em diante, na margem superior direita.
5. **Título e subtítulo** – O título do trabalho deve ser escrito no topo da página, alinhado à direita, com fonte *Times New Roman* 16, em negrito, com a primeira letra de cada palavra em maiúscula, salvo nos casos em que a inicial maiúscula não seja recomendada (em advérbio, preposição, conjunção, interjeição e artigo). O subtítulo do trabalho deve ser escrito na mesma linha do título, com mesma fonte, mesmo alinhamento e negrito. O subtítulo grafa-se das seguintes formas:
 - a) se ocorrer após dois-pontos: todas as letras minúsculas, salvo se a inicial maiúscula for obrigatória (exemplo: Governança Cooperativa: as funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil);
 - b) se ocorrer após traço: inicial maiúscula apenas na primeira palavra (exemplo: Governança Cooperativa – As funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil).

6. **Identificação do autor** – O nome do autor deve figurar um espaço duplo depois do título, alinhado à direita, com fonte *Times New Roman* 11 e negrito, seguido de asterisco, que remeta a nota de rodapé em que conste sua formação acadêmica e suas principais atividades profissionais.
7. **Sumário** – O sumário reproduz número e nome das seções e das subseções que compõem o trabalho. Deve posicionar-se um espaço duplo depois do nome do autor, alinhado à direita, a 6cm da margem esquerda, com fonte *Times New Roman* 10, em itálico. Apresenta número e nome das seções e das subseções que compõem o trabalho, até três desdobramentos. Veja-se este exemplo:

*Introdução. 1 Atividade bancária na União Europeia.
2 Concorrência no setor bancário. 2.1 Sujeição dos bancos
às regras de concorrência comunitárias. 2.2 Atuação da
Comissão Europeia e da Rede Europeia de Concorrência.
2.3 Ações da Comissão Europeia para o fortalecimento da
concorrência na área bancária. Conclusão.*

8. **Resumo** – O resumo deve ser apresentado em português e inglês (*abstract*) e conter de 100 a 250 palavras. Deve ser construído na terceira pessoa do singular, com frases concisas e afirmativas, e não com enumeração de tópicos. Sua primeira frase deve explicar o tema do trabalho. Evitam-se símbolos e contrações cujo uso não seja corrente e fórmulas, equações e diagramas, a menos que extremamente necessários. Deve ressaltar o objetivo, o método, os resultados e as conclusões; não deve discorrer sobre o assunto do trabalho. O resumo em inglês (*abstract*) deve ser antecedido do título do trabalho, também em inglês, grafado um espaço duplo depois das palavras-chave em português.
9. **Palavras-chave** – Devem ser citadas de 4 a 6 palavras representativas do conteúdo do trabalho, separadas entre si por ponto. As palavras-chave em português devem figurar um espaço duplo depois do resumo. As palavras-chave em inglês (*keywords*) apresentam-se um espaço duplo depois do *abstract*.
10. **Texto** – O texto deve respeitar o limite de páginas já fixado e ser redigido de acordo com os parâmetros seguintes.
 - a) **Título e subtítulo de seções:** devem ser escritos em fonte *Times New Roman* 14, em negrito, posicionados um espaço duplo depois das *keywords*, alinhados à esquerda, com recuo de 1,5cm à esquerda e um espaço duplo entre eles. Escrevem-se apenas com a primeira letra da primeira palavra em maiúscula, salvo nos casos em que o uso de maiúscula nas demais palavras seja obrigatório.

Devem ser numerados com algarismos arábicos. O número e o nome das seções e das subseções devem ser separados apenas por espaço. Vejam-se exemplos:

3 Concorrência no setor bancário

3.1 Sujeição dos bancos às regras de concorrência comunitárias

- b) **Parágrafos:** devem ser redigidos em fonte *Times New Roman* 12, sem negrito ou itálico, iniciando-se um espaço duplo depois do título da seção ou da subseção, com espaçamento entrelinhas simples, alinhamento justificado e recuo de 1,5cm da margem esquerda.
- c) **Destques:** devem ocorrer conforme as seguintes especificações:
- expressões em língua estrangeira: itálico (se ocorrerem trechos em itálico, as expressões estrangeiras devem ficar sem itálico);
 - ênfase, realce de expressões: negrito;
 - duplo realce de expressões: negrito e sublinhado (quando necessário destacar texto já destacado).
- d) **Citações:** devem apresentar-se conforme sua extensão.
- Citações com três linhas no máximo: devem figurar no corpo do parágrafo, entre aspas, sem itálico.
 - Citações com mais de três linhas: devem compor bloco independente do parágrafo, a um espaço duplo do texto antecedente e a um espaço duplo do texto subsequente, alinhado a 4cm da margem esquerda, com fonte 10, sem aspas e sem itálico.
 - Destaque nas citações: pode constar do original ou ser inserido pelo copista.
 - > Destaque do original: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) do autor”, entre parênteses, seguido do ponto-final.
 - > Destaque do copista: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) nosso(s)”, entre parênteses, antes do ponto-final.
 - Sistema de chamada de citações: deve ser o sistema autor-data. Em vez de usar número que remeta a nota de rodapé com os dados bibliográficos da publicação mencionada e em vez de usar toda a referência entre parênteses, emprega-se o sobrenome do autor ou o nome da entidade (com apenas a inicial maiúscula), a data e a(s) página(s) da publicação de onde se retirou o trecho transcrito. Vejam-se estes exemplos.
 - > Citação direta com até três linhas, sem o nome do autor expresso no texto:
[...] O § 1º do citado art. 47 dá poderes aos estatutos para “criar outros órgãos necessários à administração”, e o art. 48 prevê a possibilidade de que os órgãos de administração contratem gerentes técnicos ou comerciais que não pertençam ao quadro de associados (BRASIL, 1971).

- > Citação direta com até três linhas, com o nome do autor expresso no texto:

[...] nas palavras de Serick (*apud* COELHO, 2003, p. 36): “[...] aplicam-se à pessoa jurídica as normas sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela.”

- > Citação direta com mais de três linhas, sem o nome do autor expresso no texto:

[...] Em relação aos órgãos de administração, a Lei Cooperativa prevê, em seu art. 47:

A sociedade será administrada por uma Diretoria ou Conselho de Administração, composto exclusivamente de associados eleitos pela Assembleia Geral, com mandato nunca superior a 4 (quatro) anos, sendo obrigatória a renovação de, no mínimo, 1/3 (um terço) do Conselho de Administração (BRASIL, 1971).

Dessa forma, as cooperativas de crédito no Brasil devem optar por serem administradas por uma [...]

- > Citação direta com mais de três linhas, com o nome do autor expresso no texto:

[...] Nas palavras de Martins (2001, p.135), a sociedade comercial pode ser conceituada como

[...] a entidade resultante de um acordo de duas ou mais pessoas, [sic] que se comprometeram a reunir capitais e trabalho para a realização de operações com fim lucrativo. A sociedade pode surgir de um contrato ou de um ato equivalente a um contrato; uma vez criada, e adquirindo personalidade jurídica, a sociedade se autonomiza, separando-se das pessoas que a constituíram.

Essa reunião social, conhecida pelos nomes “empresa”, “firma”, “sociedade”, “entidade societária” etc., [...]

- > Citação indireta sem o nome do autor expresso no texto (não se aplica o critério de número de linhas):

Críticos a esse modelo argumentam que os administradores podem atribuir a essa busca por atender expectativas dos *stakeholders* a responsabilidade por eventuais resultados negativos do negócio, mas reconhecem sua capacidade em agregar os esforços das partes interessadas em torno de objetivos de longo prazo e o sucesso da empresa (MAHER, 1999, p. 13).

- > Citação indireta com o nome do autor expresso no texto (não se aplica o critério de número de linhas):

Cornforth (2003, p. 30-31), na tentativa de estabelecer um modelo de análise apropriado para organizações sem fins lucrativos e tomando por base a taxonomia proposta por Hung (1998, p. 69), foca a atenção nos papéis que o Conselho desempenha, relacionando sua significância com as teorias associadas a cada papel na busca de uma abordagem multiteórica capaz de melhor explicar os diferentes papéis do Conselho.

11. **Referências** – Todos os documentos mencionados no texto devem constar nas Referências, que se posicionam um espaço duplo depois do fim do texto. Adotam-se as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Os nomes devem ser separados entre si por um espaço simples, alinhados à esquerda. O destaque no título do documento ou do evento no qual o documento foi apresentado deve ser **negrito**; o subtítulo deve ser grafado sem **negrito**. Título de artigo ou de texto publicado como parte de um exemplar deve ser grafado sem **negrito**, e o título desse exemplar deve figurar em **negrito**. No caso de publicações eletrônicas, deve constar o endereço eletrônico em que foi feita a consulta ao documento e a data do acesso a ele. Vejam-se exemplos:

FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. **Sistema Financeiro e Responsabilidade Social**: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito. São Paulo: Textonovo, 2004.

ROMAN, Flávio José. A Função Regulamentar da Administração Pública e a Regulação do Sistema Financeiro Nacional. *In*: JANTALIA, Fabiano. **A Regulação Jurídica do Sistema Financeiro Nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008**. Dispõe sobre o Sistema de Consórcio. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 de outubro de 2008. Seção 1. p. 3. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

SEMINÁRIO BRASILEIRO SOBRE A ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL, 2008, Brasília. **Anais ...** Brasília: Escola da AGU, 2008, 300 p.

CARVALHO, Danilo Takasaki. Sistema de Pagamentos em Moeda Local: aspectos jurídicos da nova alternativa para remessas de valores entre o Brasil e a Argentina. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 199-224, dez. 2008.

12. Os trabalhos que não estiverem em conformidade com as normas e os parâmetros relativos à editoração da revista serão devolvidos a seus autores e poderão ser reenviados, desde que efetuadas as modificações no prazo estabelecido.
13. A seleção dos trabalhos para publicação será feita pelos membros do Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, conforme previsto em regulamento próprio.



BANCO CENTRAL DO BRASIL

