

Volume 10 – Número 1
Junho 2016

**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. 10, n. 1, jun. 2016. Brasília: BCB, 2016.

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 10 • Número 1 • Junho 2016

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 10 • Número 1 • Junho 2016

Editor Chefe da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Leandro Novais e Silva – Banco Central, MG

Editor Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Marcelo Madureira Prates – Banco Central, PR

Editor Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Ricardo Ferreira Balota – Banco Central, DF

Corpo Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Conselheiros

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – Advocacia-Geral da União, DF
Edil Batista Junior – Banco Central, PE
Gustavo José Marrone de Castro Sampaio – Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania, DF
Lademir Gomes da Rocha – Banco Central, RS
Marcelo Labanca Correa de Araújo – Banco Central, PE
Vincenzo Demétrio Florenzano – Banco Central, MG
Jefferson Siqueira de Brito Álvares – Banco Central, DF
Yuri Restano Machado, representante indicado pela Associação Nacional de Procuradores do Banco Central (APBC) – Banco Central, RS

Consultores

Camila Villard Duran – Universidade de São Paulo, SP
Cassiomar Garcia Silva – Banco Central, DF
Fabrício Bertini Pasquot Polido – Universidade Federal de Minas Gerais, MG
Felipe Chiarello de Souza Pinto – Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP
Flavio José Roman – Banco Central, DF
João Alves Silva – Banco do Brasil
Luciane Moessa de Souza – Banco Central, DF
Marcelo Andrade Féres – Procuradoria Federal no Estado de Minas Gerais, MG
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 Fayet Júnior – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS
Rubens Beçak – Universidade de São Paulo, SP
Vicente Bagnoli – Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP

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

Danilo Takasaki Carvalho

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 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

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

Marcus Vinícius Saraiva Matos

Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes

Lucas Farias Moura Maia

Subprocurador-Geral da Câmara de Consultoria Administrativa

Leonardo de Oliveira Gonçalves

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

Chiarely Moura de Oliveira

Subprocurador-Geral da Câmara de Supervisão Regional

Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado

Subprocurador-Geral da Câmara de Representação Extrajudicial e Assuntos Penais

Nelson Alves de Aguiar Júnior

Sumário

Editorial

Apresentação

Marcelo Madureira Prates _____ 11

Nota da edição

Leandro Novais e Silva _____ 13

Artigos

Atualização Jurídica da Negociação Eletrônica de Créditos no Brasil

Edson Aires dos Anjos Júnior e Rubia Carneiro Neves _____ 17

Contas Públicas Sigilosas: um oximoro inconstitucional em face dos Tribunais e Ministérios Públicos de Contas

Patrick Bezerra Mesquita _____ 45

Sistema de Consórcio Financeiro: regulação pelo Banco Central do Brasil e reflexões sobre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do direito de desistência do consorciado

Patrícia Cabral Bittencourt _____ 75

A Defesa de Agentes Públicos pelos Órgãos da Advocacia-Geral da União: função típica de advocacia de Estado

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho _____ 95

Sistema de Informações de Crédito do Banco Central do Brasil: comparação com os cadastros de inadimplentes e análise da aplicabilidade do art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor

Camila Neves Willhelm _____ 121

Pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 293/2014-BCB/PGBC

Parecer que analisa a questão jurídica acerca da possibilidade de contratação de operações de crédito por telefone.

*Fernanda Quintas Vasconcelos, Eliane Coelho Mendonça e
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer* _____ 153

Parecer Jurídico 114/2016-BCB/PGBC

Parecer que consolida o entendimento da Procuradoria-Geral a respeito de questões relacionadas a incidência ou não do sigilo bancário, disciplinado pela Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, sobre as informações relativas a operações financeiras realizadas por entidade de direito público.

*Humberto Cestaro Teixeira Mendes, Igor Arruda Aragão, Eliane Coelho
Mendonça, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, Cristiano de Oliveira Lopes
Cozer e Isaac Sidney Menezes Ferreira* _____ 171

Parecer Jurídico 163/2016-BCB/PGBC

Parecer que examina o Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 183, de 2015, que dispõe sobre os depósitos judiciais e administrativos no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

*Murilo Santos Ramos, Diana Loureiro Maciel de Moura,
Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e
Isaac Sidney Menezes Ferreira* _____ 185

Petição 941/2016-BCB/PGBC

Memorial apresentado pela Procuradoria-Geral do Banco Central nos autos do Recurso Especial (Resp) nº 951.894, em que se discute a definição do conceito

jurídico de capitalização de juros vedada pela Lei de Usura e permitida pela Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, e pela Lei nº 11.977, de 2009, no Sistema Financeiro da Habitação, desde que expressamente pactuada.

Bernardo Henrique de M. Heckmann e

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho _____ 209

Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central _____ 243

Apresentação

A Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central completa dez anos e permanece valiosa por três razões em especial.

Primeiro, porque a Revista abre espaço para que temas ligados a moeda, bancos centrais e sistema financeiro possam ser avaliados pela perspectiva jurídica. Em tempos de bitcoin, políticas monetárias pouco convencionais e Fintech, a apreciação jurídica dessas novas realidades é certamente bem-vinda, como também o é o exame da dinâmica processual e jurisprudencial. Por mais peculiares que, alguma vez, sejam as ações judiciais do Banco Central, o contencioso é feito no dia a dia dos tribunais, com as armas que estão disponíveis aos demais atores.

Segundo, porque a Revista traz à luz opiniões e argumentos emitidos pela Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) em suas manifestações jurídicas internas e externas. Essa prática de transparência não apenas amplia as possibilidades de autocrítica, como também favorece a análise da atuação da PGBC pelo público externo, por todos os nossos qualificados leitores. Afinal, os procuradores do Banco Central prestamos serviço público, que pode e deve ser conhecido pelos cidadãos. Advogados a serviço do público, seja como procuradores, promotores, seja como defensores ou juízes, devemos ter a consciência de que atuamos em benefício de ideal maior, não em razão da consecução de desígnios individuais.

Terceiro, porque a Revista representa saudável oportunidade para se aprender com o outro. É louvável a abertura para se estabelecer o diálogo franco e se promover a livre exposição de ideias, convergentes e, sobretudo, divergentes. Talvez esse ainda seja o melhor antídoto contra a intolerância e as visões absolutas, que teimam em seguir em voga. Para tanto, a Revista esforça-se em buscar contribuições além de limites institucionais, regionais e até nacionais. Todas as vozes que venham recomendadas pela qualidade e seriedade de suas provocações e convicções serão aqui ouvidas e lidas.

A Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central pretende, pois, continuar a ser um intermediário relevante para os interessados em aprender, avaliar e dialogar. E isso não é pouco. Vivemos a ilusão de que temos acesso imediato a tudo e de que dispomos dos meios para conseguir diretamente o que nos interessa. Engano. A infinitude que hoje nos cerca é tão avassaladora, que acabamos perdidos na busca, quase sempre sem ter alcançado o objeto buscado. Por isso é tão importante ter intermediários de confiança que nos poupem da aflição da busca e nos apresentem o que, de fato, merece ser visto. É o resultado dessa tarefa que o leitor tem neste volume.

Boa leitura!

Marcelo Madureira Prates
Editor Adjunto da Revista da PGBC

Nota da Edição

A Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central entra no seu décimo ano de publicação ininterrupta, agora com nova composição editorial. De nossa parte, empenhamo-nos para continuar a publicar material relevante e selecionado de Direito Econômico, com particularidades atinentes à moeda, aos bancos centrais e ao sistema financeiro. Contém artigos de origens variadas e perspectivas ideológicas múltiplas, o que configura exogenia e diversidade, bem como manifestações internas da Procuradoria, revelando, quase sempre, a opinião institucional da autarquia, de forma que haja transparência em sua atuação, submetendo-a à crítica externa e à autocrítica interna do que se convencionou chamar de Direito Econômico da Regulação Financeira.

Nessa linha, a Revista traz, por exemplo, o artigo de Edson Aires dos Anjos Júnior e Rubia Carneiro Neves, que trata da Atualização Jurídica da Negociação Eletrônica de Créditos no Brasil. Além de oferecer sistematização do título de crédito eletrônico, tal como definido no § 3º do art. 889 do Código Civil de 2002, e a sua dinâmica em face dos princípios do Direito Cambial, o artigo investigou o regime de negociação eletrônica com base na configuração do Sistema de Pagamentos Brasileiro. É indispensável entender as inovações do mercado financeiro e enfrentar as novidades do regime de pagamentos.

Adiante, o artigo Contas Públicas Sigilosas: um oximoro inconstitucional em face dos Tribunais e Ministérios Públicos de Contas, de Patrick Bezerra Mesquita, versa sobre uma das pautas em evidência no debate público atual, que é a extensão dos poderes de fiscalização dos Tribunais e Ministérios Públicos de Contas no combate à corrupção, no tema particular do acesso desses órgãos de controle externo às contas bancárias destinadas à movimentação de recursos públicos. Como resolver adequadamente eventual dilema entre o sigilo da movimentação bancária e a transparência na supervisão do uso de recursos públicos? Qual é

o princípio informador que possibilita solucionar com vantagem o dilema e ofertar uma resposta consistente ao sistema republicano?

Na sequência, apresenta-se o artigo Sistema de Consórcio Financeiro: regulação pelo Banco Central do Brasil e reflexões sobre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do direito de desistência do consorciado, de Patrícia Cabral Bittencourt. O funcionamento de grupos de consórcio financeiro demanda participação efetiva e permanente dos consorciados para que o modelo tenha êxito, o que, eventualmente, pode ocasionar conflitos com o exercício do direito de desistência dos consorciados. Esse direito não é equiparável ao direito de retirada de sócios, como ocorre em qualquer sociedade empresária. Como ver o exercício de tal desistência em face da regulação do tema endereçada pelo Banco Central? E como a jurisprudência prevalente no Superior Tribunal de Justiça cuida do tema? Ela merece ser repensada?

O artigo que se segue, de Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho, aborda a Defesa de Agentes Públicos pelos Órgãos da Advocacia-Geral da União: função típica de advocacia de Estado, outro tema polêmico que trata do alcance e das possibilidades de defesa de agentes públicos pelos órgãos da advocacia da União. Em quais hipóteses essa defesa resultaria legal, legitimada no âmbito da “Advocacia de Estado”, e em quais hipóteses evidenciaria uma “Advocacia de Governo”, o que seria, em tese, vedado? Além disso, a atuação da Advocacia de Estado pode ser vista por dupla finalidade: como defesa do próprio Estado, de forma a dar sustentação a uma política pública e, ao mesmo tempo, conferir aos agentes públicos segurança jurídica necessária no desempenho de suas atribuições constitucionais.

Por fim, Camila Neves Willhelm, orientada por Lademir Gomes da Rocha, trata do Sistema de Informações de Crédito do Banco Central do Brasil: comparação com os cadastros de inadimplentes e análise da aplicabilidade do art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Como se vê, o crédito é o assunto em evidência no debate público e na academia, refletindo a importância do tema nesta edição da Revista. O artigo estuda as diferenças existentes entre o Sistema de Informações de Crédito (SCR) do Banco Central e os cadastros de proteção ao crédito, disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor. O fim público do SCR traz peculiaridades que o diferenciam do cadastro de inadimplentes. Porém, o artigo conclui que, ainda que o SCR tenha vinculação própria com a supervisão bancária, seu instrumental não conflita com o cadastro de proteção ao crédito previsto pelo Código de Defesa do Consumidor, mas o complementa.

No âmbito das manifestações jurídicas da Procuradoria-Geral do Banco Central, quatro temas relevantes são abordados: (i) o Parecer Jurídico 293/2014-BCB/PGBC, que analisa a possibilidade de as instituições financeiras efetuarem contratação de operações de crédito por telefone; (ii) o Parecer Jurídico 114/2016-BCB/PGBC, que trata da não incidência do sigilo bancário sobre informações relativas a operações financeiras realizadas por entidade de direito público (a manifestação da Procuradoria-Geral do Banco Central reflete, aqui, concretamente, tema tratado em um dos artigos publicados nesta edição da Revista); (iii) o Parecer Jurídico 163/2016-BCB/PGBC, que versa sobre depósitos judiciais e administrativos no âmbito dos estados, do Distrito Federal e dos municípios; e (iv) a Petição 941/2016-BCB/PGBC, que cuida da definição do conceito jurídico de capitalização de juros proibida pela Lei de Usura e permitida pela Medida Provisória n° 2.170-36, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema Financeiro da Habitação, endereçada à Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do REsp n° 951.894/DF.

A Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, continuando seu trabalho, está repleta de temas relevantes e polêmicos. Boa leitura!

Leandro Novais e Silva

Editor Chefe

Atualização Jurídica da Negociação Eletrônica de Créditos no Brasil

Edson Aires dos Anjos Júnior e Rubia Carneiro Neves*

Introdução. 1 Os títulos de crédito e o Direito Cambial. 1.1 Concepção e princípios. 1.2 O título de crédito como documento. 2 A expressão “documento eletrônico”. 2.1 Conceituação. 2.2 O documento eletrônico e o novo Código de Processo Civil. 3 A expressão “título de crédito eletrônico”. 3.1 A necessária assinatura manuscrita para criar título de crédito regido pelo Direito Cambial. 3.2 O entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto às duplicatas protestadas por indicação. 3.3 No ordenamento brasileiro vigente, inexistem títulos de crédito eletrônicos regidos pelo regime jurídico cambial. Conclusão.

Resumo

Neste trabalho procurou-se analisar se a figura do título de crédito eletrônico foi instituída pelo § 3º do art. 889 do Código Civil de 2002. Trabalhou-se o conceito e os princípios próprios do título de crédito regido pelo Direito Cambial, o conceito de documento e a sua relação com o regime jurídico das provas previsto tanto no Direito Civil quanto no Direito Processual Civil. Investigou-se sobre o regime jurídico de negociação escritural e eletrônica de direitos de crédito a partir da configuração do atual Sistema de Pagamentos Brasileiro e a respeito da “Seção VIII – Dos Documentos Eletrônicos” do “Capítulo XII – Das Provas” do “Título I – Do Procedimento Comum” do “Livro I – Do Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença” da parte especial do novo Código de Processo

* Advogado; bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Adjunta da Graduação e do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Civil (CPC). Por fim, por ser utilizada equivocadamente para justificar a existência de título de crédito eletrônico, analisou-se a tese adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que admite a execução de documentos que, em conjunto, perfazem a denominada duplicata virtual. Examinou-se a dinâmica legislativa referente à emissão, à remessa, à retenção, ao protesto e à execução de duplicata, bem como as regras relativas ao protesto por indicação, inclusive o parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, que admite a sua efetivação tomada por meio magnético ou gravação eletrônica de dados. Apoiou-se em revisão bibliográfica, tendo empregado metodologias descritiva e analítica, assim como propositiva, pois pretende contribuir para a exegese e a aplicação do Direito Cambial e do regime jurídico referente ao Sistema de Pagamentos Brasileiro.

Palavras-chave: Título de crédito. Direito Cambial. Negociação escritural e eletrônica. Direitos de crédito. Sistema de Pagamentos Brasileiro.

Legal Advances in Brazilian Electronic Credit Trading

Abstract

This study is a review of the 3rd paragraph under Article 889 of the 2002 Brazilian Civil Code to verify its power to establish electronic credit instruments. The concept and the principles of credit instrument under Foreign Exchange Law were analyzed, as well as the concept of ‘document’ and its relation to the legal regime on evidence provided in the Civil Code and Civil Procedural Law. The legal framework for book-entry and electronic trading of credit rights under the current Brazilian Payment System and “Section VIII – Electronic Documents” in “Chapter XII – Evidence, Title I – Common Procedure, in Book 1 – process of knowing and enforcing court rulings” of the Civil Procedure Code was investigated. Lastly, the premise adopted by the Supreme Court of Justice (STJ), which allows for the application of documents that, together, form what is known as the Virtual Trade Bill and includes the legal process concerning the issuing, delivery, protest, and enforcement of a trade bill, as well as regulation concerning protest by simple indication, including Article 8, of

Act 9.492/97, which allows for the implementation of protest by magnetic medium or electronic data recording, has been used incorrectly to justify the existence of electronic credit instruments and, therefore, will be examined in this paper. A bibliographic review supports the information contained herein, and the methods used are descriptive, analytical, and propositional since it aims to clarify and apply the legal regimes concerning the Brazilian Payment System and the Foreign Exchange Law.

Keywords: *Credit instrument. Foreign Exchange Law. Book-entry and electronic trading. Credit rights. Brazilian Payment System.*

Introdução

O uso informal de expressões como documento eletrônico, título de crédito eletrônico e duplicata virtual pode acarretar exegeses incongruentes em relação aos institutos jurídicos, colaborando para a imaginação de direitos e deveres não correspondentes à realidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Visando auxiliar a utilização jurídica adequada de tais expressões, neste trabalho analisou-se o conceito de título de crédito consoante os princípios do Direito Cambial, bem como o conceito de documento e a sua relação com o regime jurídico das provas previsto tanto no Direito Civil quanto no Direito Processual Civil, para, então, verificar se o ordenamento jurídico brasileiro realmente instituiu a figura do título de crédito eletrônico, como por vezes se aponta, tendo em vista a regra contida no § 3º do art. 889 do Código Civil de 2002.

De forma comparativa, analisou-se o regime jurídico de negociação escritural e eletrônica de direitos de crédito, considerando a configuração do atual Sistema de Pagamentos Brasileiro, regulamentado pela Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001, que não só pretendeu viabilizar a estrutura de negociação escritural e eletrônica de direitos pessoais e patrimoniais mas também promover a liquidação eletrônica e escritural das obrigações contraídas no âmbito dos mercados financeiro e de capitais. As medidas de funcionamento daquele Sistema, em última análise, objetivaram aperfeiçoar a negociação dos direitos de crédito e

instituir medidas que assegurassem o bom funcionamento daqueles mercados, em especial se colocando de forma a evitar crises sistêmicas.

Após essa abordagem, realizou-se estudo da “Seção VIII – Dos Documentos Eletrônicos” contida no “Capítulo XII – Das Provas” do “Título I – Do Procedimento Comum” do “Livro I – Do Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença” da parte especial do novo Código de Processo Civil (CPC), verificando em que medida aquela regulamentação poderia ser utilizada como justificativa técnica para afirmar sobre a existência de títulos de crédito eletrônicos no Brasil.

Tendo em vista a tese adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que admite a execução de documentos que, em conjunto, perfazem a denominada duplicata virtual, apresentou-se a mudança de posicionamento daquele órgão julgador e como o entendimento atual foi estruturado e justificado com a utilização sem a devida técnica das categorias jurídicas correspondentes ao título de crédito e às suas normas próprias.

Para desenvolver a análise desse posicionamento do STJ, verificou-se a dinâmica legislativa referente à emissão, à remessa, à retenção, ao protesto e à execução de duplicata, bem como as regras relativas ao protesto por indicação, inclusive o parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.492, de 1997 (Lei de Protestos), que admite a efetivação de protesto por indicação por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados.

O trabalho foi desenvolvido mediante embasamento teórico e reflexivo, para, ao final, apresentar a conclusão sobre a existência no Brasil de títulos de crédito eletrônicos regidos pelo Direito Cambial.

A pesquisa realizada para a elaboração deste ensaio apoiou-se em revisão bibliográfica sobre o conceito e o alcance das concepções de título de crédito, de documento, como também de dados e de informações digitalmente disponíveis, com o emprego de metodologia descritiva, analítica e também propositiva, pois considera a dinâmica própria do Sistema de Pagamentos Brasileiro, a sua diferença e complementaridade ao regime jurídico do Direito Cambial, procurando-se alcançar a melhor aplicação de ambos os regimes jurídicos: o da negociação eletrônica e escritural de direitos de crédito e o do Direito Cambial.

1 Os títulos de crédito e o Direito Cambial

1.1 Conceção e princípios

O art. 887 do Código Civil brasileiro de 2002 dispõe que o título de crédito consiste em um documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, produzindo efeitos somente quando preenchidos os requisitos da lei. A aludida dicção legal, aliás, reproduziu o conceito de Vivante, substituindo apenas o termo “mencionado” pela expressão “contido”. Nesta senda, o jurista italiano conceitua título de crédito como: “*Il titolo di credito è un documento necessario per esercitare il diritto letterale ed autônomo che vi è mencionado*”¹ (VIVANTE, 1924, p. 123).

A postura do legislador brasileiro é criticada porque trazer a referida definição para o direito positivo restringe a possibilidade de sua revisão pela doutrina, além de ser cópia incompleta do conceito de Vivante (COSTA, 2013, p. 126).

A despeito do texto legal não espelhar com fidelidade o conceito clássico do autor italiano, fato é que sua redação foi inspirada em uma concepção categórica que evidencia aspectos fundamentais atinentes aos títulos de crédito.

Nesse sentido, de evidenciação de seus aspectos fundamentais, pode-se afirmar que as bases principiológicas dos títulos de crédito são facilmente extraídas da referida definição, quais sejam, cartularidade, literalidade e autonomia.

O princípio da cartularidade traduz “a materialização do direito no documento (papel ou cártula), de tal forma que o direito (direito cartular) não poderá ser exercido sem a exibição do documento” (COSTA, 2013, p. 72). Isso significa que a cártula é indispensável para se exigir os direitos que nela estão expressos.

Pelo princípio da literalidade, deve-se compreender que “para a determinação da existência, conteúdo, extensão e modalidades do direito, é decisivo exclusivamente o teor do título” (BORGES, 1971, p. 13). A literalidade confere certeza quanto às obrigações firmadas no título, bem como prestigia a segurança jurídica nas relações estabelecidas entre as partes.

O terceiro atributo é o da autonomia, e, em razão dele, admite-se “o fato de não estar o cumprimento das obrigações assumidas por alguém no título vinculado

¹ Em tradução livre: “título de crédito é um documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado.”

a outra obrigação qualquer, mesmo ao negócio que deu lugar ao nascimento do título.” (MARTINS, 1977, p. 20). O direito expresso na cártula, portanto, decorre de aquisição originária e é formalmente dissociado do motivo que lhe deu causa. Veja-se:

Quien adquiere el título de buena fe, recibe con él un derecho propio, independiente del derecho de la persona que le transfirió el documento o del de los anteriores tenedores del mismo; recibe un derecho originario y no derivado, que no puede ser alcanzado ni disminuido por las relaciones o convenciones extracartulares creadas entre el deudor y los precedentes poseedores del título, ni por los vicios que afecten la titularidad de su o sus antecesores (CARRILO, 1952, p. 37).²

Os atributos de cartularidade, literalidade e autonomia perfazem o conjunto de princípios que caracterizam o regime jurídico do Direito Cambial, que se estruturou como ramo especial em consequência de adaptação das regras centrais ao Direito das Obrigações.

Quando não havia computador, *softwares*, internet, sistema integrado de pagamento e circulação escritural e eletrônica de créditos, o Direito Cambial constituía um regime jurídico ágil e seguro para promover a circulação de crédito. Entretanto, hoje, ele não é mais o único regime especial que oferece arcabouço jurídico para regulamentar a negociação de direitos de crédito.

Nos últimos dez anos, o Brasil criou diversos títulos³ que podem ser emitidos como cártulas regidas pelo Direito Cambial, mas cujos créditos nelas mencionados podem ser negociados escritural e eletronicamente em sistemas de registro, liquidação e custódia, e, ainda, criou outros títulos cujos créditos somente podem ser negociados sob a forma escritural⁴. Essa mudança tem promovido o financiamento privado de relevantes setores da economia, como

2 Em tradução livre: “Quem adquire o título de boa-fé, recebe com ele um direito próprio, independente do direito da pessoa que transferiu o documento ou dos seus possuidores anteriores; recebe um direito originário e não derivado, que não pode ser alcançado nem restringido pelas relações ou convenções extracartulares estabelecidas entre o devedor e os possuidores anteriores do título, nem pelos vícios que afetem sua titularidade ou de seus antecessores”.

3 Exemplos de tais títulos: a letra de crédito imobiliária e o certificado de recebíveis imobiliário, ambos criados pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004; o certificado de direitos creditórios do agronegócio, o certificado de depósito agropecuário e o *warrant* agropecuário, a letra de crédito do agronegócio e o certificado de recebíveis do agronegócio, regulamentados pela Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004.

4 Exemplo disso é a letra de crédito financeira (criada pela Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010). O art. 38 da referida lei determina que a emissão de tal título ocorra sob a forma exclusivamente escritural.

o agronegócio e o setor imobiliário, para os quais, registre-se, o crédito a eles destinado costumava ser prioritariamente proveniente de financiamento público.

1.2 O título de crédito como documento

O ensino tradicional dos títulos de crédito tende a desenvolver os três princípios enunciados no tópico anterior, considerando a letra de câmbio o mais tradicional deles, cuja análise toma em conta a feição que decorre do princípio da cartularidade, qual seja, o fato de que o **título de crédito é um documento**.

Esse fato, que passa a falsa impressão de simplicidade, especialmente diante do advento da informática, deve ser analisado com cautela e de forma mais profunda.

Inicialmente, deve-se dizer que o termo “documento” se mostra polissêmico, ou seja, possui diversos significados. Uma das concepções mais amplas é a de Carnelluti (1947, p. 183), que entende documento como “coisa representativa de um fato”.

Diniz (1999, p. 15) adverte que tal definição é genérica e imprecisa, na medida em que não oferece critérios imediatos para diferenciar escritos ou fotografias de outros objetos com eventual teor probatório, como uma amostra de substância mineral, um corpo de vítima de homicídio, ou até mesmo a arma utilizada em um crime. Essa advertência é ilustrada com o seguinte exemplo: se a arma utilizada em um homicídio é uma coisa representativa de um fato, será ela um documento? Tal ilustração demonstra, portanto, não ser aconselhável utilizar tal definição ampla de documento em todas as áreas jurídicas, incluindo o regime jurídico do Direito Cambial.

Isso se dá porque o tratamento legal brasileiro dispensado aos meios de prova de declarações negociais, o qual se utiliza com vigor da figura do documento, público ou privado, não recomenda uso tão amplo da noção de documento (art. 107 e art. 108 do Código Civil; art. 380 do Código de Processo Civil)⁵. Caso

5 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil): “Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”. BRASIL. Lei nº 10.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). “Art. 320. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação. [...] Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa: I – informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; II – exibir coisa ou documento que esteja em seu poder”.

contrário, poderíamos considerar válidos títulos de crédito com os escritos apostos em rochas ou em outros meios evidentemente ineficazes. De qualquer forma, a utilização da cártula (papel) para a criação de títulos de crédito tem duas grandes vantagens: i) confiabilidade em razão da prática difundida há séculos; ii) possibilidade de preservação do conteúdo por lapso temporal que atende às necessidades das partes.

Martins (1977, p. 16) esclarece que, para criar um título de crédito, a forma documental a ser observada, necessariamente, é a escrita lançada em uma cártula:

Para ser título de crédito, é necessário que a declaração conste de um documento escrito: poderá esse documento ser um papel, um pergaminho, um tecido, mas qualquer modo deve ser uma coisa corpórea, material, em que se possa ver (e não apenas ouvir, como no caso do disco) inscrita a manifestação da vontade do declarante.

Abordando a exigência de forma escrita quando exigida em lei, Diniz (1999, p. 34-35) explica que o documento deve ser entendido como objeto corpóreo, particular ou público, cuja relevância é justamente funcionar como mecanismo de formação indelével do escrito e aposição manual de assinaturas, as quais se mostravam como o meio principal para se alcançar seguro reconhecimento de existência e eficácia das declarações presentes nos instrumentos dessa espécie.

Veja-se que o art. 221 do Código Civil de 2002⁶ trata da assinatura manuscrita ao regulamentar que o instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor e, ainda, ao exigir, no caso da cessão, o registro público para produzir efeitos perante terceiros. A assinatura é entendida

[...] como um sinal gráfico particular, produzido por tarefa manual, e de tal modo intrínseco à personalidade do sujeito que permitirá identificá-lo entre todos os demais. É da sua essência a ação manual do signatário sobre um objeto corpóreo, uma vez que só assim seus traços únicos

6 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil): “Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público”.

poderão se manifestar. Sua aposição causa a presunção de aquiescência quanto à confecção do objeto, bem como de aceitação das declarações ali constantes. A presença de assinatura, pois identificará o sujeito e o vinculará ao conteúdo do instrumento (DINIZ, 1999, p. 36-37).

Ao analisar a legislação referente aos títulos de crédito regidos pelo Direito Cambial⁷, percebe-se, para a validade das possíveis declarações cambiais – saque, aceite, endosso e aval –, o estabelecimento do requisito essencial correspondente à exigência expressa da assinatura como ação manual do signatário em objeto corpóreo: a cártula.

Conclui-se, assim, que a compreensão ampliada sobre o alcance do termo documento é algo dissociado da realidade do regime jurídico do Direito Cambial.

2 A expressão “documento eletrônico”

2.1 Conceituação

Por um lado, o termo documento eletrônico é conceituado, no Dicionário Brasileiro de Terminologia Arquivística, como “gênero documental integrado por documentos em meio eletrônico ou somente acessíveis por equipamentos eletrônicos, como cartões perfurados, disquetes e documentos digitais”⁸.

Nessa linha, Marcacini (1999) define documento eletrônico como uma sequência de *bits* que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato. Para ele, o registro de determinado

7 BRASIL. Decreto nº 57.663, de 24 de novembro de 1966. Anexo I da Lei Uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias: “Art. 1º A letra contém: [...] 8. a assinatura de quem passa a letra (sacador). Art. 13. O endosso deve ser escrito na letra ou numa folha ligada a esta (anexo). Deve ser assinado pelo endossante. Art. 25. O aceite é escrito na própria letra. Exprime-se pela palavra “aceite” ou qualquer outra palavra equivalente; o aceite é assinado pelo sacado. Vale como aceite a simples assinatura do sacado aposta na parte anterior da letra. Art. 30. O pagamento de uma letra pode ser no todo ou em parte garantido por aval. Esta garantia é dada por um terceiro ou mesmo por um signatário da letra. Art. 31. O aval é escrito na própria letra ou numa folha anexa. Exprime-se pelas palavras “bom para aval” ou por qualquer fórmula equivalente; e assinado pelo dador do aval. O aval considera-se como resultante da simples assinatura do dador aposta na face anterior da letra, salvo se se trata das assinaturas do sacado ou do sacador. O aval deve indicar a pessoa por quem se dá. Na falta de indicação, entender-se-á pelo sacador” (Grifamos). Tal regime jurídico da cambial que reconhece na assinatura o requisito para emissão, aceite, endosso e aval se aplica aos demais títulos de crédito: nota promissória, cheque, duplicata, conhecimento de depósito e *warrant*, cédulas de crédito (rural, industrial, comercial, à exportação, de produto rural, bancária, imobiliária, hipotecária), certificado de depósito agropecuário, *warrant* agropecuário, certificado de direitos creditórios do agronegócio, a letra de crédito do agronegócio, certificado de recebíveis do agronegócio etc.

8 Cf. <<http://www.arquivonacional.gov.br/Media/Dicion%20Term%20Arquiv.pdf>>. Acesso em: 7 fev. 2015.

fato não mais se materializa em um ambiente físico ou cartular, mas, sim, em um meio computadorizado.

Olave (2002) compreende que o documento eletrônico possui três características básicas: i) deve estar escrito em linguagem binária; ii) deve estar ou poder ser armazenado em suporte informático, magnético, óptico ou semelhante, mediante o correspondente programa informático; e iii) deve ser passível de transformação para uma linguagem compreensível pelo ser humano.

Por outro lado, deve-se ter em mente que essas concepções são tão ampliativas quanto aquela desenvolvida por Carnelluti (1947, p. 183), anteriormente referida.

O registro de fatos por intermédio de arquivos gerados em meio informático não significa tecnicamente que são formados “documentos eletrônicos”, tendo em vista a noção de documento utilizada no ordenamento jurídico brasileiro para fins de prova dos fatos e atos. Ainda que se entenda a existência de “documentos propriamente eletrônicos”, argumenta-se que essa concepção é distante da realidade jurídico-cambial brasileira, a qual exige assinatura manuscrita e outros requisitos apostos em cártula física conforme o tipo do título de crédito expressamente definido em lei.

É preciso considerar que a lei brasileira adota o princípio de liberdade de forma (art. 107 do Código Civil de 2002), mas esse princípio não se aplica àquelas situações em que a própria lei exige uma forma específica, sem a qual o ato não será juridicamente perfeito (art. 104 do Código Civil de 2002). É o caso dos títulos de crédito regidos pelo Direito Cambial: a legislação específica exige a assinatura escrita aposta em papel para legitimar a declaração cambial, ou seja, a manifestação unilateral de vontade para configurar a emissão (saque), a assunção da obrigação de pagar como devedor principal (aceite), a transferência do título (endosso) e a garantia do título (aval).

No caso em que não há restrição de forma, inexistente problema para utilizar-se de dados e informações digitalmente disponíveis para provar a expressão do ato, pois têm aptidão como qualquer outro meio de prova para fazer conhecer o querer do sujeito (DINIZ, 1999, p. 35).

Assim, a expressão “documento eletrônico” utilizada com o sentido de arquivos digitais não atende, com exatidão, às integrais funções previstas pela nossa legislação referente aos documentos: escritos em coisas corpóreas, nos quais, frequentemente, pode ocorrer a assinatura manual do sujeito que manifestou a

vontade ou do tabelião que a traduziu. É verdade que o arquivo digital pode ser caracterizado como objeto imaterial – uma vez que suas utilidades são obtidas de forma independente da base material que eventualmente o encerre – mas tal circunstância não o coloca como adequado para as situações em que o documento é legalmente pressuposto como um objeto corpóreo (DINIZ, 1999, p. 49).

2.2 O documento eletrônico e o novo Código de Processo Civil

No “Capítulo XII – Das Provas” inserido no “Título I – Do Procedimento Comum” do “Livro I – Do Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença” da parte especial do novo CPC, foi criada a Seção VIII, a que se denominou “Dos Documentos Eletrônicos”, que é composta por três artigos:

Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei.

Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor.

Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica (BRASIL, 2015).

É interessante notar que o art. 439 do novo CPC (Lei nº 13.105, de 2015) estabelece que a utilização de documentos eletrônicos no processo dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, ou seja, desde que transformado em prova documental (corpórea).

O art. 440 do referido diploma legal prevê que o juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor integral, ou seja, além de aceitar provas documental, testemunhal ou pericial (provas típicas), o juiz poderá admitir dados registrados eletronicamente como prova atípica. Para admiti-la, porém, terá que justificar porque ele a aceitou.

Por sua vez, o art. 441 do CPC dispõe que serão admitidos os documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica. Nesse caso, os dados registrados eletronicamente serão equiparados a

documentos, mas, para isso, é preciso observar os procedimentos da MP nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. O dado, pois, deve ser registrado eletronicamente por meio de criptografia, com uso de chave pública e privada e ainda com o certificado digital expedido pela entidade certificadora autorizada e controlada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

O art. 10 da MP nº 2.200-2, de 2001, equipara os dados e as informações lançados em conformidade com a ICP-Brasil aos documentos públicos e privados.⁹

Como se vê, o CPC fracionou o valor probante dos dados e das informações contidos em arquivos digitais, porém, em geral, continuam a ser considerados provas atípicas. Apenas no caso do preenchimento dos requisitos expressamente admitidos na MP nº 2.200-2, de 2001, é que os dados guardados em arquivos digitais serão equiparados a documentos particulares ou públicos.

Pode-se verificar da interpretação dos três dispositivos que compõem a Seção VIII da legislação adjetiva recentemente promulgada, tal como o CPC de 1973 (art. 364 a 388), que continua a apresentar a concepção de “documento eletrônico” subordinada a documentos propriamente físicos, haja vista a determinação que sua utilização no processo depende da sua conversão em meio físico.

Admite, sim, a utilização de dados lançados em meio eletrônico, mas, nesse caso, trata-o como prova atípica dependente de justificativa ou ainda dependente de estar em consonância com a ICP-Brasil.

Desse modo, nota-se que o CPC vigente coloca os “documentos eletrônicos”, na verdade, arquivos digitais em geral, como uma categoria secundária integrante do grupo das provas, ou seja, poderão ser utilizados no processo como meio de prova atípico, já que se diferem das categorias típicas de prova – documental, testemunhal e pericial (DINIZ, 1999, p. 39).

A regulamentação prevista no CPC vigente sobre arquivos digitais, portanto, não pode ser utilizada como justificativa para se admitir que os títulos de crédito regidos pelo Direito Cambial possam ser criados sem a cártula, isto é, sem a sua materialização em papel, porque, conforme já se demonstrou, a legislação específica assim exige expressamente.

⁹ BRASIL. Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001: “Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória”.

3 A expressão “título de crédito eletrônico”

3.1 A necessária assinatura manuscrita para criar título de crédito regido pelo Direito Cambial

Vale tecer alguns comentários sobre a diferença de abordagem a respeito da necessidade de assinatura manuscrita para criar o título de crédito regido pelo Direito Cambial.

Há quem defenda que o § 3º do art. 889 do Código Civil de 2002 possibilitou a criação dos títulos de crédito eletrônicos no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre tal questão, Duarte (2013), Desembargadora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim se manifestou:

O art. 889, § 3º, Código Civil, mitigou, porém, aquela exigência de documento físico, permitindo a desmaterialização dos títulos de crédito, criando os títulos eletrônicos e admitindo sua emissão a partir de caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos estipulados pelo dispositivo legal para sua validade.

No mesmo sentido, o professor Albernaz (2005) analisou:

Temos que a nova disciplina geral dos títulos de crédito é pontuada de acertos. Dentre os acertos, destacamos aquele que dá título a este trabalho, vale dizer, o reconhecimento dos TÍTULOS ELETRÔNICOS, norma contida no parágrafo terceiro do art. 889, por permitir que o título possa ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo.

Tem-se, por outro lado, conforme já analisado, que esse posicionamento se revela incongruente com o regime jurídico do Direito Cambial, em especial com a forma escrita em objeto corpóreo, que é exigida para as declarações cambiais. Dispõe o § 3º do art. 889 do Código Civil de 2002: “O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo”.

A leitura do referido comando legal demonstra que, para o título ser emitido, devem ser observados os requisitos mínimos previstos no art. 889¹⁰, cujo *caput* prevê, na parte final, a impositiva e necessária assinatura do emitente. Assim, o título de crédito somente pode ser criado a partir da declaração cambial correspondente à assinatura física aposta na cártula corpórea. Valor, nome do título de crédito, data de vencimento e os outros requisitos podem ser preenchidos a partir de caracteres (código ou símbolo informatizados) criados em computador ou em meio técnico equivalente, mas a assinatura deve ser manual.

Há, assim, autorização legal para a impressão da cártula gerada em meio eletrônico, o que não se confunde com a existência de títulos propriamente eletrônicos, haja vista que o documento (papel) ainda seria necessário para receber a assinatura manuscrita do emitente e para o credor exercer os direitos nele contidos.

O § 3º do art. 889 do Código Civil não autoriza nem poderia autorizar a emissão eletrônica de título de crédito, primeiro porque apenas permitiu a materialização de alguns requisitos no papel por força de ditas máquinas. Pode haver impressão dos dados no papel, mas a assinatura, para valer como tal, certamente não pode ser impressa. Depois é preciso reconhecer que a autorização para que sejam os caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente pressupõe que sejam observados os requisitos mínimos exigidos pelo mencionado artigo, dentre eles, a assinatura manuscrita (COSTA, 2013, p. 6).

É preciso compreender que o § 3º do art. 889 do Código Civil tem sido apresentado como fundamento legal para os títulos eletrônicos, mas não tem esse sentido. Nele está dito que o título pode ser gerado por computador, ou seja, é possível digitar em processador de texto todos os requisitos que a lei diz que uma nota promissória deve conter e, com isso, produzir um arquivo, daí pode-se imprimir o arquivo num papel e colher a assinatura de quem é indicado como subscritor do título. Nesse caso, temos o título de crédito criado em papel, cujo corpo físico é necessário para o exercício do direito nele previsto. Em vez de preenchido à mão ou datilografado, foi gerado por intermédio de computador. Esse procedimento não tem o condão de criar um título de crédito eletrônico (COELHO, 2010).

10 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil): "Art. 889. Deve o título de crédito conter a data da emissão, a indicação precisa dos direitos que confere, e a assinatura do emitente".

Com tais considerações, nota-se que a tese de que o Código Civil vigente possibilitou a criação de títulos de crédito eletrônicos não merece prosperar.

3.2 O entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto às duplicatas protestadas por indicação

O STJ tem admitido como válida a execução fundada em título executivo extrajudicial consubstanciado como consequência da reunião de três documentos: o comprovante de entrega da mercadoria ou da prestação do serviço (contrato também nesse caso), a nota fiscal-fatura registrando dados do produto ou do serviço e o protesto por indicação eletronicamente extraído pelos dados fornecidos a partir de boleto bancário, já que os cartórios de protesto trabalham com sistema eletrônico conectado às instituições financeiras responsáveis pela criação e remessa de boletos bancários.¹¹

Esse fato contribuiu para equivocadamente se admitir a existência de duplicata eletrônica ou virtual, o que, por sua vez, também tem colaborado para afirmar-se sobre a existência de título de crédito eletrônico, de forma incongruente com o ordenamento jurídico brasileiro. Tal realidade justifica a abordagem sobre o assunto neste tópico.

Antes de tudo, é preciso entender que a duplicata consiste em um título de crédito causal e à ordem, o qual pode ser criado no ato da extração da fatura, para circulação com efeito comercial, decorrente da compra e venda mercantil ou da prestação de serviços (COSTA, 2013, p. 383).

Sua regulamentação encontra-se na Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, a qual estabelece, dentre outras questões, requisitos de emissão, hipóteses de remessa para aceite do devedor e de devolução, modalidades de protesto e regras específicas para o processo de cobrança.

O inciso IX do § 1º do art. 2º da Lei nº 5.474, de 1968, cita a exigência de que a duplicata contenha a assinatura do emitente que, no caso deste título de crédito em especial, é o credor. Assim, a lei autoriza o credor a criar unilateralmente em seu favor um direito de crédito em que outro sujeito é o devedor, mas, para

11 *Vide* Circular Bacen nº 3.598, de 6 de junho de 2012, disponível em <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2012/pdf/circ_3598_v1_O.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

isso, impõe condições, entre elas o aceite do devedor – outra assinatura manual aposta na cártula, no objeto corpóreo.¹²

A Lei nº 5.474, de 1968, também admite, no art. 13 e no art. 15, que o credor, em caso de duplicata mercantil retida pelo devedor, isto é, não devolvida com o aceite, possa efetuar o protesto a partir das indicações constantes na nota fiscal-fatura e executar o seu crédito a partir da apresentação da nota fiscal-fatura acompanhada do comprovante de entrega da mercadoria e da certidão do protesto, desde que não tenha havido a recusa de entrega da mercadoria.¹³

Vale tecer breves considerações sobre o protesto por indicação para fins deste estudo, avaliando o enfrentamento jurisprudencial sobre a duplicata protestada por indicação e o princípio da cartularidade.

A Lei nº 9.492, de 1997, define protesto, em seu art. 1º, como o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Como visto, a lei que regulamenta as duplicatas, por sua vez, prevê, no seu art. 13, o protesto por falta de aceite, de devolução ou de pagamento, que será tirado, conforme o caso, mediante apresentação da duplicata, da triplicata, ou, ainda, por simples indicações do portador, na falta de devolução do título.¹⁴

12 BRASIL. Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968: “Art. 2º No ato da emissão da fatura, dela poderá ser extraída uma duplicata para circulação como efeito comercial, não sendo admitida qualquer outra espécie de título de crédito para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador. § 1º A duplicata conterá: I – a denominação “duplicata”, a data de sua emissão e o número de ordem; II – o número da fatura; III – a data certa do vencimento ou a declaração de ser a duplicata à vista; IV – o nome e domicílio do vendedor e do comprador; V – a importância a pagar, em algarismos e por extenso; VI – a praça de pagamento; VII – a cláusula à ordem; VIII - a declaração do reconhecimento de sua exatidão e da obrigação de pagá-la, a ser assinada pelo comprador, como aceite, cambial; IX – a assinatura do emitente”. (Grifamos)

13 BRASIL. Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968: “Art. 13. A duplicata é protestável por falta de aceite de devolução ou pagamento. § 1º Por falta de aceite, de devolução ou de pagamento, o protesto será tirado, conforme o caso, mediante apresentação da duplicata, da triplicata, ou, ainda, por simples indicações do portador, na falta de devolução do título. § 2º O fato de não ter sido exercida a faculdade de protestar o título, por falta de aceite ou de devolução, não elide a possibilidade de protesto por falta de pagamento. § 3º O protesto será tirado na praça de pagamento constante do título. § 4º O portador que não tirar o protesto da duplicata, em forma regular e dentro do prazo da 30 (trinta) dias, contado da data de seu vencimento, perderá o direito de regresso contra os endossantes e respectivos avalistas. Art. 15. A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar: I – de duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não; II – de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente: a) haja sido protestada; b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta Lei. § 1º Contra o sacador, os endossantes e respectivos avalistas caberá o processo de execução referido neste artigo, quaisquer que sejam a forma e as condições do protesto. § 2º Processar-se-á também da mesma maneira a execução de duplicata ou triplicata não aceita e não devolvida, desde que haja sido protestada mediante indicações do credor ou do apresentante do título, nos termos do art. 14, preenchidas as condições do inciso II deste artigo”. No caso da duplicata de serviços, também será o documento que comprove o vínculo contratual entre credor e devedor. Vide a parte final do § 3º do art. 20 da Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968.

14 Ver transcrição do art. 13 da Lei nº 5.474, de 1968, na nota de rodapé nº 13.

O protesto por indicação materializa-se a partir da simples indicação, pelo credor ou instituição financeira intermediária, dos dados constantes da duplicata não devolvida – os quais podem ser facilmente extraídos da nota fiscal-fatura, em poder do credor (PARENTONI, 2014, p. 110).

O STJ, em 2002, adotava o entendimento de que seria indispensável a apresentação de uma das três vias da duplicata¹⁵ (cártula) para se efetuar o protesto por indicação, não sendo suficiente, para tanto, a exibição de triplicatas nem de boletos bancários:

FALÊNCIA – DUPLICATA MERCANTIL – COMPROVAÇÃO – REMESSA PARA ACEITE – PROTESTO DE BOLETOS BANCÁRIOS – IMPOSSIBILIDADE – EXTRAÇÃO DE TRIPLICATAS FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS.

I – Para amparar o pedido de falência, é inservível a apresentação de triplicatas imotivadamente emitidas, eis que não comprovados a perda, o extravio ou a retenção do título pelo sacado.

II – A retenção da duplicata remetida para aceite é condição para o protesto por indicação, inadmissível o protesto de boletos bancários.

Recurso não conhecido.

(REsp 369.808/DF, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/5/2002, DJ 24/6/2002, p. 299)

Tal entendimento, congruente com o ordenamento jurídico vigente no Brasil, foi superado na corte responsável pela uniformização jurisprudencial no país em 2011, sendo, desde esse ano, aplicada a tese de ser cabível o protesto por indicação das informações contidas em boletos bancários. Assim, passou-se a admitir a execução fundada em um conjunto de documentos corpóreos: o instrumento de protesto por indicação lavrado a partir de informações extraídas do boleto de cobrança, o comprovante de entrega da mercadoria, e, no caso da prestação dos serviços, do comprovante de prestação do serviço e do contrato devidamente firmado entre credor e devedor. Nesses termos:

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATA VIRTUAL. PROTESTO POR INDICAÇÃO. BOLETO BANCÁRIO

¹⁵ Vide Resolução CMN nº 102, de 26 de novembro de 1968. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1968/pdf/res_0102_v2_P.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

ACOMPANHADO DO COMPROVANTE DE RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS. DESNECESSIDADE DE EXIBIÇÃO JUDICIAL DO TÍTULO DE CRÉDITO ORIGINAL.

1. As duplicatas virtuais – emitidas e recebidas por meio magnético ou de gravação eletrônica – podem ser protestadas por mera indicação, de modo que a exibição do título não é imprescindível para o ajuizamento da execução judicial. Lei 9.492/97.

2. Os boletos de cobrança bancária vinculados ao título virtual, devidamente acompanhados dos instrumentos de protesto por indicação e dos comprovantes de entrega da mercadoria ou da prestação dos serviços, suprem a ausência física do título cambiário eletrônico e constituem, em princípio, títulos executivos extrajudiciais.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1024691/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/3/2011, DJe 12/4/2011)

Ressaltou a Relatora Ministra Nancy Andrighi que os hábitos mercantis atuais autorizam a admissibilidade de título executivo extrajudicial criado em consequência desse conjunto de documentos, isto é, a nota fiscal-fatura, o boleto bancário, o protesto por indicação e o comprovante de entrega da mercadoria ou da prestação de serviço (nesse caso, exige-se também o contrato).

O STJ parte da premissa de que esses quatro documentos ensejam a conclusão presumida de que o comprador ou o tomador do serviço receberam a contraprestação devida e, com essa presunção, admite a formação unilateral do título executivo extrajudicial. Desse modo, reconheceu a dispensa quanto à apresentação da cártula em papel e seu encaminhamento ao sacado, com base na admissibilidade do protesto por indicação mediante registros eletrônicos, tendo em vista que, na maioria dos casos, os executados são, de fato, devedores. Tal raciocínio é fundamentado no art. 8º da Lei nº 9.492, de 1997¹⁶, que possibilita o protesto das duplicatas mercantis e de prestação de serviços, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados.

16 BRASIL. Lei nº 9.492/1997: “Art. 8º Os títulos e documentos de dívida serão recepcionados, distribuídos e entregues na mesma data aos Tabelionatos de Protesto, obedecidos os critérios de quantidade e qualidade. Parágrafo único. Poderão ser recepcionadas as indicações a protestos das Duplicatas Mercantis e de Prestação de Serviços, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, sendo de inteira responsabilidade do apresentante os dados fornecidos, ficando a cargo dos Tabelionatos a mera instrumentalização das mesmas”.

Verifica-se, portanto, a tendência jurisprudencial de se relativizar a apresentação da cártula para se viabilizar o processo de execução cujo título executivo é formado em consequência da reunião dos quatro documentos anteriormente especificados, o que anuncia um posicionamento favorável dos tribunais no que tange à influência da informática nas práticas comerciais e em sua consequente modernização.

De modo algum, porém, essa posição da jurisprudência do STJ, que utiliza de forma alegórica a expressão “duplicata virtual”, consiste no reconhecimento de haver no Brasil título de crédito eletrônico regido pelo Direito Cambial. É preciso entender que juridicamente, na mencionada jurisprudência, o STJ não está reconhecendo a existência de duplicata regida pelo Direito Cambial, pois, para isso, seria necessária a emissão (assinatura na cártula), remessa e retenção da duplicata.

Tanto é que se o executado num caso desses provar que não é devedor, afastando a presunção de existência de título executivo, o pretense credor não terá sucesso na ação de execução. Além disso, como não há duplicata, não há a possibilidade de ser dado o aceite, o endosso e o aval, pois, para se apor essas declarações cambiais, é necessário que se faça manualmente em documento entendido como coisa corpórea, com formato próprio previsto na Resolução CMN nº 102, de 26 de novembro de 1968, lançando-se a respectiva assinatura do aceitante, endossante e avalista.

3.3 No ordenamento brasileiro vigente, inexistem títulos de crédito eletrônicos regidos pelo regime jurídico cambial

Neste ponto, também vale apresentar posicionamento divergente ao raciocínio desenvolvido no presente texto.

Num sentido, Rezende (2003, p. 64) definiu os títulos de crédito eletrônicos em sua dissertação de mestrado como “toda e qualquer manifestação de vontade traduzida por um determinado programa de computador, e que seja representativo de um fato, necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado”.

Em sentido similar, Grahl (2003, p. 113), em sua dissertação de mestrado, estendeu o conceito legal também aos documentos produzidos no meio

eletrônico, considerando que “título de crédito é o documento, material ou eletrônico, necessário para o exercício do direito autônomo e literal nele mencionado”.

Por outro sentido, é preciso compreender, como explicado anteriormente, que o ordenamento jurídico brasileiro admite a forma livre para a celebração de negócios jurídicos quando a lei não exige forma específica. No caso dos títulos de crédito regidos pelo Direito Cambial, o documento físico é exigido, eis que, em todas as leis que regulamentam esses documentos, exige-se a assinatura manuscrita, isto é, a declaração cambial de emissão, como um de seus requisitos de existência e de validade, assim como exigem a cártula para o exercício do direito de crédito mencionado.

No direito vigente, a declaração cambial, isto é, a declaração unilateral de vontade traduzida pela assinatura do declarante aposta em papel, sempre será necessária para criar o título de crédito bem como para obrigar os demais coobrigados: aceitante, endossante e avalista. É por meio da assinatura que ocorre a verificação da responsabilidade principal e solidária pelo pagamento do débito previsto na cártula.

A legítima titularidade do título de crédito se presume pela posse, assim como a transferência do título de crédito é presumida pela tradição, ou seja, pela entrega manual da cártula.

Há figuras jurídicas específicas, porém, que foram criadas por leis também específicas que expressamente não precisam de cártula. Essa realidade não deriva nem do regime jurídico do Direito Cambial nem do Código Civil. Trata-se de regime jurídico próprio que vai progressivamente adaptando os instrumentos da informática para incrementar a negociação de direitos de crédito.

Um bom exemplo de direito de crédito negociado escritural e eletronicamente é a letra financeira, instituída pela Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, que consiste em título de renda fixa, cuja remuneração ocorre mediante o pagamento de taxa de juros prefixada, combinada ou não com taxas flutuantes, emitido com prazo mínimo de resgate em 24 meses por bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento, sociedades de crédito, financiamento e investimento, caixa econômica, companhias hipotecárias, sociedades de crédito imobiliário, sociedade cooperativa e pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.¹⁷

17 Vide Resolução CMN nº 4.123, de 23 de agosto de 2012. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49124/Res_4123_v3_L.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2016.

Ao ser emitida, a letra financeira é registrada, escritural e eletronicamente, em conta de depósito contratada pela instituição financeira emissora perante a instituição integrante do sistema de registro e de liquidação financeira de ativos autorizada pelo Banco Central do Brasil, conforme o art. 38 da Lei nº 12.249, de 2010.

Após a negociação da letra financeira com o investidor-subscritor, haverá a transferência entre a conta da instituição emissora e a conta do subscritor de letra financeira. Na conta da emissora, registra-se o crédito do recurso pago pelo investidor e o débito correspondente ao número de letras financeiras por ele subscritas. Na conta do investidor, faz-se o registro inverso. São creditadas as letras financeiras por ele subscritas e debitado o valor dos recursos que serão utilizados para pagar à emissora. Até o vencimento da letra financeira, serão creditados na conta do investidor os juros devidos a ele pela emissora. Quando o subscritor revende a letra financeira antes do prazo de vencimento, é prestado o mesmo serviço de registro da compensação e da liquidação da negociação nas contas do comprador e do vendedor.

No Brasil, atualmente, o processamento da negociação e pós-negociação da letra financeira tem ficado a cargo da Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (Cetip)¹⁸.

Nesse regime de registros e negociação escritural e eletrônica de direitos de crédito, ao invés de se fazer analogia com o documento, simplesmente abandona-se a ideia de documento, pois se trata de regime jurídico mais novo, mais específico.

Assim, é preciso estudar a dinâmica e o funcionamento dessa nova realidade de registro e de negociação escritural e eletrônica de direitos de crédito, o que trará melhores benefícios do que se gravitar em torno de analogias imprecisas a partir do já estabilizado conceito legal de documento como instrumento e meio de prova dos negócios jurídicos.

Ademais, perceba-se que não há interesse dos sujeitos envolvidos com a circulação de crédito em alterar a dinâmica do Direito Cambial. Primeiro, porque esse promove segurança jurídica no que lhe é inerente, servindo os documentos por ele regidos de lastro inclusive para a negociação de créditos nos mercados financeiro e de capitais instrumentalizados por regime jurídico diverso do Direito

¹⁸ Companhia de capital aberto que oferece serviços de registro, central depositária, negociação e liquidação de ativos e títulos. Atua como mercado de balcão especializado.

Cambial. Segundo, porque já há o reconhecimento normativo de circulação escritural e eletrônica de créditos, em que a forma documental corpórea é deliberadamente dispensada, acarretando agilidade e diminuição de custos.

Diante das linhas já desenvolvidas, conclui-se que não se pode confundir título de crédito regido pelo Direito Cambial com a existência de direitos de crédito registrados e negociados de forma escritural e eletrônica.

No título de crédito regido pelo Direito Cambial, revela-se necessária a posse da cártula assinada manualmente – que retrata o direito de crédito literal e autônomo –, para o exercício daquele direito nele mencionado. Assim, como é necessária a assinatura manuscrita do aceitante, do endossante e do avalista para verificar as suas respectivas responsabilidades, para transferir o título de crédito, é preciso haver, além da assinatura nas espécies endossáveis, a entrega manual da cártula.

Nada impede, porém, que o direito de crédito mencionado no título de crédito seja negociado de forma escritural e eletrônica no mercado financeiro e no mercado de capitais. Todavia, essa negociação não é regulamentada pelo Direito Cambial nem pelos princípios que lhe são inerentes.

A negociação escritural e eletrônica de créditos é hoje regida pela Lei nº 10.214, de 2001, que compreende as entidades, os sistemas e os procedimentos relacionados com a transferência de fundos e de outros ativos financeiros e, ainda, com o processamento, a compensação e a liquidação de pagamentos em qualquer de suas formas.¹⁹ Ou seja, aquela lei, juntamente com as normas expedidas principalmente pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central e pela Comissão de Valores Mobiliários, constitui arcabouço normativo que regulamenta o depósito da cártula na instituição custodiante, o registro escritural em sistema de negociação eletrônica de direitos de crédito e em sistema eletrônico de liquidação da operação, quando a prestação for cumprida. Portanto, trata-se de regime jurídico diverso do Direito Cambial, mas que com ele convive de forma harmoniosa.

19 BRASIL. Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001: “Art. 2º O sistema de pagamentos brasileiro de que trata esta Lei compreende as entidades, os sistemas e os procedimentos relacionados com a transferência de fundos e de outros ativos financeiros, ou com o processamento, a compensação e a liquidação de pagamentos em qualquer de suas formas. Parágrafo único. Integram o sistema de pagamentos brasileiro, além do serviço de compensação de cheques e outros papéis, os seguintes sistemas, na forma de autorização concedida às respectivas câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação, pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários, em suas áreas de competência: I – de compensação e liquidação de ordens eletrônicas de débito e de crédito; II – de transferência de fundos e de outros ativos financeiros; III – de compensação e de liquidação de operações com títulos e valores mobiliários; IV – de compensação e de liquidação de operações realizadas em bolsas de mercadorias e de futuros; e V – outros, inclusive envolvendo operações com derivativos financeiros, cujas câmaras ou prestadores de serviços tenham sido autorizados na forma deste artigo”.

Assim, é certo que, para criar e negociar títulos de crédito regidos pelo Direito Cambial, a cartularidade é essencial.

Realmente a cartularidade é incompatível com a negociação escritural e eletrônica de direitos de crédito. É preciso entender, porém, que essa compatibilidade não é desejada. Os direitos de crédito escritural e eletronicamente registrados e negociados não se confundem com os documentos regidos pelo Direito Cambial. Trata-se, sim, dos direitos de crédito escritural e eletronicamente negociados nos sistemas previstos na Lei nº 10.214, de 2001, daí que nesses casos a cartularidade é dispensada e realmente não faz falta (COELHO, 2010).

De fato, a cartularidade é incompatível com arquivos digitais e como a lei exige que os títulos de crédito sejam criados a partir de assinaturas manuscritas apostas em cédulas, realmente há uma gritante incongruência entre um regime e outro.

Claro que é possível registrar direitos creditícios sob a forma escritural e eletrônica. Nesse caso, portanto, a cartularidade é dispensável (GRAHL, 2003, p. 116). Contudo, o registro e a negociação eletrônica de direitos creditícios não têm o condão de criar títulos de crédito eletrônicos regidos pelo Direito Cambial, pois, conforme já demonstrado, para a sua criação e circulação, a forma prevista no Direito brasileiro vigente não é livre.

É nesse sentido que também deve ser lido e interpretado o trecho escrito por Chibbaro (2006), do Conselho Nacional Notarial Italiano:

Infine la possibilità di avere dei titoli di credito in forma elettronica: titolo di credito viene definito dalla dottrina prevalente come “il documento necessario per esercitare il diritto letterale che vi è menzionato, destinato alla circolazione, idoneo a conferire in modo autonomo la titolarità di tale diritto al proprietario del documento e sufficiente per legittimare il possessore all'esercizio del diritto stesso”.

Elemento caratterizzante i titoli di credito è quindi l'incorporazione o “cartolarizzazione” che può essere definita come la relazione tra un documento e un diritto tale per cui l'acquirente del documento acquisti automaticamente il diritto che vi è indicato. La necessità del supporto materiale o cartula non deve però portare alla conclusione che soltanto il documento cartaceo sia idoneo ad incorporare un diritto: in proposito

*non si può non concordare con chi ritiene che l'incartolamento non si ha necessariamente solo se si utilizza la carta.*²⁰

A autora acertadamente conclui sobre a cártula não ser o único meio idôneo para incorporar um direito de crédito. Entretanto, para incorporar um direito de crédito regido pelo Direito Cambial e pelos seus princípios, no Brasil, verifica-se que a cártula ainda é indispensável. Como visto, é interessante que assim continue sendo. Atende aos credores e aos devedores, assim como a todos os coobrigados pelo pagamento do título de crédito – sacador, aceitante, endossante e avalista –, como também afeta aos investidores e negociadores de direitos de crédito dos mercados financeiro e de capitais, pois terão a certeza do lastro e da origem dos créditos negociados.

Conclusão

O ensaio demonstrou que ainda não é cabível, no ordenamento jurídico brasileiro, conceber de forma ampliativa o conceito de documento para admitir o documento eletrônico com o mesmo nível instrumental e probatório que tem a escritura e a prova documental entendida como coisa móvel corporificada.

Ao partir-se da análise do princípio que admite a liberdade de forma no Brasil quando a lei não a determinar, verificou-se que o ordenamento jurídico brasileiro vigente somente admite o título de crédito regido pelo Direito Cambial em formato escrito, em documento físico, portanto, uma cártula, um papel.

Tal conclusão é compatível com o reconhecimento de que há negociação escritural e eletrônica de direitos de crédito que não estão submetidos ao regime jurídico dos títulos de crédito, ou seja, não se submetem ao regime jurídico do Direito Cambial brasileiro.

²⁰ Em tradução livre: finalmente a possibilidade de se ter títulos de crédito na forma eletrônica: título de crédito é definido pela doutrina predominante como “o documento necessário para o exercício do direito literal nele mencionado, destinado à circulação, idôneo a conferir em modo autônomo a titularidade de tal direito ao proprietário de tal documento e suficiente para legitimar o possuidor ao exercício do direito próprio”. Elemento caracterizador dos títulos de crédito é, portanto, a incorporação ou a cartularização que pode ser definida como a relação entre um documento e um direito tal de modo que o adquirente do documento adquira automaticamente o direito nele indicado. A necessidade de suporte material ou cartular não deve levar a conclusão de que somente o documento cartular é idôneo para a incorporar um direito: a respeito disso não se pode concordar com aqueles que entendem que a incorporação existe apenas com a utilização de papel.

A documentalidade corpórea é imprescindível como meio de prova de direitos e deveres originados em razão da celebração de negócios jurídicos cuja validade depende de forma específica. Essa premissa se aplica aos títulos de crédito regidos pelo Direito Cambial, porquanto a legislação própria a tais documentos exige a assinatura manuscrita como um de seus requisitos de existência e de validade.

Assim, conclui-se que, no direito em vigor, inexistente título de crédito eletrônico no Brasil, sendo que não houve autorização pelo § 3º do art. 889 do Código Civil de 2002 para a sua instituição.

Por fim, cumpre dizer que na atualidade não parece haver interesse pátrio na regulamentação de títulos de crédito eletrônicos, tendo em vista que já há legítimo reconhecimento à negociação escritural e eletrônica de crédito (Lei nº 10.214, de 2001).

Interessante aspecto observado foi o uso da informática para a atualização da negociação de créditos, com a criação do regime jurídico escritural e eletrônico com aspectos próprios e características específicas que abandona analogias desnecessárias, inclusive a analogia com a figura do documento.

Há, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão legal de títulos de crédito regidos exclusivamente pelo Direito Cambial, como também têm sido criados títulos de crédito que, além dessa regência, podem ser custodiados em sistema de registro e de liquidação financeira de ativos autorizado pelo Banco Central do Brasil, para fins de negociação escritural e eletrônica, dos direitos de crédito que representam, como é o caso dos títulos do agronegócio previstos na Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004.

De outro modo, há títulos representativos de direitos de crédito criados para serem negociados apenas de forma escritural e eletrônica, portanto, não regidos pelo Direito Cambial. É o caso da letra de crédito financeira prevista e regulamentada pela Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, cuja emissão somente pode ocorrer sob a forma escritural.

Atrair exclusivamente o regime jurídico cambial não é útil aos sujeitos que atuam com a negociação de direitos de crédito no mercado financeiro e no mercado de capitais, tendo em vista a agilidade do atual Sistema de Pagamentos Brasileiro, totalmente informatizado, e que faz uso de ferramentas de registro escritural e eletrônico para realizar a custódia, a compensação e a liquidação dos atos praticados e dos negócios ali celebrados.

Tal realidade indica que não entrará em desuso o regime jurídico do Direito Cambial, assim como não acontecerá com o princípio da cartularidade. Ao contrário, é possível admitir que o Direito Cambial é sistema próprio que continuará a ser utilizado na formação de lastro das negociações escriturais e eletrônicas de direitos de crédito.

Desse modo, não se deve pretender efeitos similares aos conferidos aos títulos de crédito quando se está falando de arquivos digitais chamados de “documentos eletrônicos”, ou seja, de direitos de crédito negociados escritural e eletronicamente no mercado financeiro e no mercado de capitais. Eis que esses títulos representativos de direitos de crédito são dotados de características próprias com regulamentação em legislação específica, que inclusive abandona deliberadamente o uso de documentos, substituindo-os por registros eletrônicos, de modo a não afrontar o seu real valor jurídico e econômico.

Referências

ALBERNAZ, Lister de Freitas. **Títulos de crédito eletrônicos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6075/titulos-de-credito-eletronicos>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

BORGES, João Eunápio. **Títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1024691/PR**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ 12/4/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1024691&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

_____. **REsp 369.808/DF**, Rel. Ministro Castro Filho, DJ 24/6/2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=369808&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 16 abr. 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile**. 2ª ed. Roma: Dell'Ateneo, 1947.

CARRILO, Manuel Gomez. **La disciplina organica de los titulos de credito.** Coleccion de Monografias de Derecho. Buenos Aires: Valerio Abeledo Editor; Libreria jurídica, 1952.

CHIBBARO, Sabrina. **Codice dell'amministrazione digitale, firme elettroniche e attività notarile.** Consiglio Nazionale del Notariato, 2006. Disponível em <<http://ca.notariato.it/approfondimenti/2-06.pdf>>. Acesso em: 9 ago. 2014.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Entrevista: Títulos de Crédito Eletrônicos.** 2 de fevereiro de 2010. São Paulo. Entrevista concedida ao Jornal Carta Forense. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/titulos-de-credito-eletronicos/5199>>. Acesso em: 11 mai. 2014.

COSTA, Wille Duarte. **Títulos de Crédito.** 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. _____ . **Títulos de crédito eletrônico.** Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/willeduarte costa01.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

DICIONÁRIO BRASILEIRO DE ARQUIVÍSTICA. Disponível em: <<http://www.arquivonacional.gov.br/Media/Dicion%20Term%20Arquiv.pdf>>. Acesso em: 7 fev. 2015.

DINIZ, Davi Monteiro. **Documentos eletrônico, assinaturas digitais.** Da qualificação jurídica dos arquivos digitais como documentos. São Paulo: LTr, 1999.

DUARTE, Evangelina Castilho. Possibilidade jurídica de títulos de crédito virtuais ou escriturais. **Revista JC**, edição nº 156, 2013. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2013/08/possibilidade-juridica-de-titulos-de-credito-virtuais-ou-escriturais/>>. Acesso em: 28 set. 2014.

GRAHL, Orival. **Título de crédito eletrônico.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2003. 168 f. Disponível em: <http://www.btdt.ucb.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=105>. Acesso em: 9 dez. 2014.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **O documento eletrônico como meio de prova**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13948-13949-1-PB.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. 2ª ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

OLAVE, Ruperto Pinochet. **El documento electrónico y la prueba literal**. Ius et Praxis. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000200012>>. Acesso em: 2 mar. 2016.

PARENTONI, Leonardo Netto. A duplicata virtual e os títulos de crédito eletrônicos. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 65, pp. 409-465, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1662/1580>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

REZENDE, José Carlos. **Os títulos de crédito eletrônicos e a execução da duplicata virtual**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2003. 164 f. Disponível em: <http://base.repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/89896/rezende_jc_me_fran.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 dez. 2014.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. 5ª ed. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1924.

Contas Públicas Sigilosas: um oximoro inconstitucional em face dos Tribunais e Ministérios Públicos de Contas

Patrick Bezerra Mesquita*

Introdução. 1 Contas bancárias públicas: conceito que abrange as contas de convênios e de outros repasses voluntários. 2 O princípio republicano e as contas públicas. 3 O dever de prestar contas: um tribunal especializado para julgamento das contas públicas. 4 Ministério Público de Contas: procurador da sociedade na defesa do sistema republicano. 5 A publicidade como imperativo da república. 6 Inexistência de sigilo bancário em contas públicas. Conclusão.

Resumo

Este artigo tem como objetivo estudar os poderes fiscalizatórios dos Tribunais e Ministérios Públicos de Contas e o acesso desses órgãos constitucionais de controle externo às contas bancárias destinadas à movimentação de recursos públicos. Em razão disso, sustenta-se que o sigilo de contas públicas é um oximoro que atenta contra o sistema republicano e o rol de prerrogativas daqueles órgãos, sendo tal medida inconcebível em tempos em que o combate à corrupção está na pauta do dia da sociedade brasileira.

Palavras-chave: Sigilo bancário. Contas Públicas. Ministério Público de Contas. Tribunal de Contas.

* Subprocurador de Contas do Estado do Pará. Foi Advogado da União, cargo em que exerceu a Coordenadoria do Grupo de Combate à corrupção e Defesa da Probidade Administrativa. Foi Professor da Escola Brasileira de Ensino Jurídico de 2012 a 2014. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Bank Secrecy of Public Accounts: an unconstitutional oxymoron in the face of Courts and Public Ministries of Accounts

Abstract

The article aims to study the monitoring powers of Courts of Accounts and Account Courts Prosecutions Offices and the access of these constitutional organs of external control to the bank accounts earmarked for handling of public resources. From this, it argues that secrecy of public accounts is an oxymoron that undermines republican system and the list of prerogatives of those organs, being such confidentiality inconceivable in times when fight against corruption is on the agenda of Brazilian society.

Keywords: Credit instrument. Foreign Exchange Law. Book-entry and electronic trading. Credit rights. Brazilian Payment System.

Introdução

Oximoro é uma figura de linguagem que consiste na junção, na mesma expressão, de duas palavras com sentidos contrários – “silêncio eloquente”, “ilustre desconhecido”, “doce veneno”, por exemplo.

Em regra, o oximoro é usado pelos poetas em sonetos¹ ou por compositores em canções. Sua vocação literária é nata, congênita, e sua admissão, por desafiar o raciocínio lógico, só pode dar-se metaforicamente, sob pena de recair em vício de linguagem ou em paradoxo.

No dia a dia do Controle Externo, um oximoro nada poético, carente de colorido metafórico, vez ou outra aparece como mais um obstáculo ao exercício da fiscalização dos Tribunais e Ministérios Públicos de Contas: a famigerada arguição de conta pública sigilosa. De fato, em plena República, ainda há

1 Um dos poemas mais recheados de oximoros é o célebre soneto de Luiz de Camões, em que o poeta escreve “Amor é fogo que arde sem se ver, / é ferida que dói, e não se sente; / é um contentamento descontente, / é dor que desatina sem doer. / É um não querer mais que bem querer / é um andar solitário entre a gente; / é nunca contentar-se de contente; / é um cuidar que ganha em se perder. / É querer estar preso por vontade; / é servir a quem vence, o vencedor; / é ter com quem nos mata, lealdade. / Mas como causar pode seu favor / nos corações humanos amizade, / se tão contrário a si é o mesmo Amor?”.

instituições financeiras que negam acesso direto ao extrato bancário de contas públicas, sob a justificativa de sigilo bancário.

Este estudo visa destrinchar os poderes fiscalizatórios dos Tribunais e Ministérios Públicos de Contas e o acesso irrestrito desses constitucionais órgãos de controle às contas bancárias destinadas à movimentação de recursos públicos.

Para tanto, parte-se da definição de contas públicas, adotando-se uma definição mais ampla, escorada na natureza pública dos recursos envolvidos, e não necessariamente na qualidade pública do correntista. Em seguida, disserta-se sobre alguns dos fundamentos do princípio republicano como subsídio para as articulações que se seguem a respeito da publicidade inerente às contas públicas. Como o enfoque principal diz respeito às instituições de Controle Externo criadas notadamente para fiscalizar as contas públicas, são dedicadas generosas linhas aos Tribunais e Ministérios Públicos de Contas como fatores do sistema republicano, cuja análise sobre as contas bancárias públicas é vocacionada desde sua encarnação constitucional. Mostra-se, ao fim, que é descabido alegar sigilo bancário às contas públicas.

1 Contas bancárias públicas: conceito que abrange as contas de convênios e de outros repasses voluntários

Inicialmente, cumpre advertir que contas públicas não são apenas as titularizadas por órgãos e entidades de direito público, mas, também, e principalmente, aquelas que, embora tenham como titulares entidades de direito privado, são abertas para o fim único de receber e de administrar repasses de verbas públicas em razão da atividade administrativa de fomento e de subvenção social (ou até mesmo subvenção econômica).

Incluem-se, no conceito de contas públicas, as contas bancárias² que movimentam dinheiro público vertido em prol de entidades do terceiro setor

2 A IN STN 01/97 é enfática em exigir a abertura de conta bancária específica para a movimentação de valores de repasses voluntários: “Art. 20. Os recursos serão mantidos em conta bancária específica somente permitidos saques para pagamento de despesas constantes do Programa de Trabalho ou para aplicação no mercado financeiro, nas hipóteses previstas em lei ou nesta Instrução Normativa, devendo sua movimentação realizar-se, exclusivamente, mediante cheque nominativo, ordem bancária, transferência eletrônica disponível ou outra modalidade de saque autorizada pelo Banco Central do Brasil, em que fiquem identificados sua destinação e, no caso de pagamento, o credor”.

por instrumentos cooperativos, como o convênio³, o contrato de gestão⁴, o termo de parceria⁵, ou, em especial, os termos de colaboração e os termos de fomento, a serem inaugurados com a entrada em vigor da Lei n° 13.019, de 31 de julho de 2014^{6;7}.

O que importa para a natureza pública da conta não é a qualidade estatal do correntista, mas, sim, o caráter público da verba empregada. Se os agentes do terceiro setor consensualmente aceitam gerir verbas públicas para o desempenho de suas atividades de interesse público, assumem, a partir daí, a condição de gestores públicos.

O critério que importa é o objetivo, referente à materialidade do dinheiro dispendido, e não o subjetivo, respeitante à natureza privada da pessoa responsável. Nessa toada, a Constituição não deixa margem para dúvidas no sentido de que quem se dispõe a dispendir ou receber verba pública, “ainda que sendo pessoa física ou privada”⁸, tem o dever de sobre ela prestar contas aos Tribunais de Contas, equiparando-os, para este fim, ao servidor de órgão ou entidade pública.

A título de reforço, cabe trazer à colação as palavras de Queiroz (2014, p. 89-118), que, em estudo sobre as parcerias voluntárias, assenta que a adesão ao fomento público provoca grandes potestades de controle estatal sobre o subvencionado:

A partir da adesão ao fomento, o controle por parte dos recursos destinados às Organizações Sociais torna-se obrigatório por parte do Estado. [...] Adotando similar orientação, Gaspar Ariño Ortiz afirma que

3 Cujas linhas mestras advêm do art. 116 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993.

4 Lei n° 9.637, de 15 de maio de 1998.

5 Lei n° 9.790, de 23 de março de 1999.

6 Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis n° 8.429, de 2 de junho de 1992, e n° 9.790, de 23 de março de 1999.

7 A Lei n° 13.019, de 31 de julho de 2014, já devia estar em pleno vigor, já que sua *vacatio legis* expiraria 90 dias após sua publicação, ocorrida em 31 de julho de 2014. Ocorre que a MP 658, de 2014, elasteceu a *vacatio legis* para 360 dias de sua publicação, e, empós, nova MP, a 684, elasteceu ainda mais seu prazo de eficácia para 540 dias.

8 “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas **qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada**, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária” (grifamos).

da outorga de meios econômicos de fomento surge uma relação especial, já que o beneficiário se compromete à realização da atividade promovida e a Administração goza de amplas potestades de controle.

Mais enfático ainda é Ataliba (1985, p. 120):

[...] em qualquer entidade, por mais privada, por mais caracteristicamente privada que seja, que se beneficie de incentivos, de investimentos, etc., está recebendo, ainda que indiretamente, dinheiro público; portanto não podem os seus gestores, a seu talante, agir com absoluta liberdade, porque estão sujeitos pelo menos ao regime de fiscalização de controle.

A amplitude de conceito é importante, uma vez que, com a derrocada do Estado Social a partir dos anos 1980, sentida mais claramente com a chegada da década de 1990, o Estado redimensionou o seu nível de atuação, passando a preferir atuar indiretamente por meio da regulação e do fomento, ao invés do protagonismo na execução direta de diversos serviços de interesse público.

Multiplicou-se, portanto, a importância do fomento estatal e o vínculo de parceria do Poder Público com entidades privadas de interesse público, a revelar toda uma sorte de atuação pública não estatal financiada muitas vezes pelo orçamento público.

Como leciona Oliveira (2014, p. 42), “a atuação direta do Poder Público passa a ser substituída pela atuação indireta, mediante a assunção de um papel ajustador e sinérgico, apto a desenvolver capacidades gerenciais nos diferentes atores sociais e a harmonizar as relações nos e entre os planos econômico e social”.

Nesse cenário de desestatização do espaço público, é correto, para não dizer necessário, que, sob o signo de contas públicas, entenda-se não apenas a titularizada por órgãos e entidades públicas, mas também as contas bancárias de pessoas privadas que movimentem recursos públicos de fomento para o exercício de atividades de interesse público.

Corroborando o aqui sustentado, a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011) fez questão de estender seus intuitos publicísticos “às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente

do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres”⁹.

Equiparam-se, assim, para fins de controle e de publicidade, as contas bancárias titularizadas por pessoas de direito público e as contas bancárias que, embora pertencentes às pessoas privadas, venham a movimentar verba estatal em programa de interesse público.

2 O princípio republicano e as contas públicas

O engano de se arguir sigilo bancário de contas públicas é latente. Mais do que uma mera forma de governo, a República repousa na ideia de “coisa do povo para o povo”, daí a origem etimológica *Res*, que significa “coisa” em latim, precedendo o *publica*, que não necessita de tradução para o português. A importância do princípio republicano é tão manifesta no sistema jurídico brasileiro que não foi à toa a opção constitucional de demarcá-lo logo no primeiro artigo¹⁰ da Carta Cidadã, como que para fincar uma bandeira interpretativa a se irradiar por todo o sistema jurídico – um símbolo para inspirar a leitura de tudo o que vem depois.

O Estado e os seus bens pertencem ao povo; são, por assim dizer, do povo e para o povo. Exatamente por isso que o povo é quem escolherá, por meio de sufrágio universal¹¹, os gestores do patrimônio estatal; e os administradores eleitos, por sua vez, serão meros servidores do interesse deste mesmo povo – um vassalo da vontade pública.

Cícero (1995) já asseverava, nos idos do poderio romano, que “é, pois, a República, coisa do povo considerado como tal, não de todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum”.

9 “Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.”

10 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição**” (grifos nossos).

11 Art. 14 da Constituição Federal: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular”.

Demarcada que a República é inspiração ideológica de apropriação do Estado (e do seu patrimônio) pelos cidadãos, de sujeição do Estado à sociedade, é necessário reconhecer, aos cidadãos e à sociedade civil organizada, o instrumental necessário para fiscalizar se seus bens são geridos de acordo com a vontade geral, manifestada por meio do ordenamento jurídico.

Logo, decorre do Republicanismo uma série de posições ativas oferecidas a qualquer um dos cidadãos para o exato exercício da cidadania e a fiscalização do patrimônio público e do emprego das verbas públicas.

Sobre o assunto, Britto (2015a) manifestou-se:

Daqui se deduz que o típico do cidadão é se interessar por tudo o que é de todos. Sempre na perspectiva de servir ao todo social mesmo. O cidadão como símbolo da pessoa altruísta ou de alguém que veste a camisa da sociedade. Alguém que faz viagem de alma, e não viagem de ego. Tão socialmente participativo que no “Século de Péricles” (440-404 a.C.) se chegava a dizer: “Sou livre porque participo”. E não “participo porque sou livre”, como atualmente se fala. [...] É sob esse entendimento jurídico de cidadania que a nossa Constituição volta muitas vezes ao tema. E volta em sentido afirmativo ou de forte prestígio. Para fazer da cidadania um mecanismo de fiscalização, controle e acionamento do poder. Um necessário instrumento de cobrança, denúncia, representação, queixa... e também de colaboração, claro! O cidadão a vitalizar o lema de que “o preço da liberdade é a eterna vigilância” (frase que ninguém sabe ao certo se de autoria de Thomas Jefferson ou Stuart Mill). Ele totalmente livre para se informar, vigiar e cuidar, seja por conta própria, seja requestando as autoridades.

Sustentam a mesma ideia Souza Neto e Sarmiento (2012):

Mas o republicanismo vai muito além da defesa de uma forma de governo: envolve uma constelação de ideias que tem importantes repercussões práticas na definição de padrões adequados de comportamento para governantes e cidadãos. [...] No modelo republicano, o cidadão está enraizado em uma cultura pública que o estimula à participação ativa na vida da comunidade. O cidadão, neste quadro, não tem apenas direitos, mas também deveres em relação à sua comunidade política. Dá-se ênfase às “virtudes republicanas” dos cidadãos.

Nesse viés é que a Constituição Federal da República previu o direito de qualquer cidadão à informação de interesse público; o direito de petição para a defesa de direitos e contra ilegalidades ou abuso de poder; a possibilidade de ajuizamento de ação popular que obste atos administrativos lesivos ao patrimônio e à moralidade pública¹²; bem como a chance (ou dever) de levar ao conhecimento dos Tribunais de Contas todas as irregularidades e ilegalidades que detiver notícia¹³.

Trata-se de garantias constitucionais ao bom exercício da cidadania postas à disposição de qualquer do povo.

3 O dever de prestar contas: um tribunal especializado para julgamento das contas públicas

A Constituição Federal, sabendo das complexidades que envolvem a realização da despesa pública, resolveu criar corpo técnico especializado em analisar os negócios públicos, outorgando a esse corpo o *status* de Tribunal. Daí nasceu a ideia de um Tribunal de Contas, cujo patrono em terras tupiniquins é Ruy Barbosa.

A esse Tribunal, além da missão de receber as denúncias populares acerca de irregularidades e ilegalidades, coube o julgamento das contas de todos aqueles que venham a gerir recursos públicos, como pujante decorrência de outro postulado fundamental do sistema republicano: o dever de prestar contas.

Na República, todos aqueles que venham a gerir recursos públicos têm o dever de prestar contas de sua gestão ao sistema de Controle Externo¹⁴, titularizado pelo Poder Legislativo e exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas. No termo “auxílio”, não se denote qualquer margem de subalternidade

12 “Art. 5º [...] XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...] XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; [...] LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

13 “Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] § 2º 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.”

14 “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete [...]”

dos Tribunais de Contas em relação ao Legislativo, mas, sim, de verdadeira essencialidade, tanto que as competências elencadas no extenso rol de incisos do art. 71 da Constituição Federal são todas de exclusiva competência dos Tribunais de Contas, sem possibilidade de intromissão e de revisão pelo Poder Legislativo. Inclusive, e segundo jurisprudência mais do que histórica do Supremo Tribunal Federal, sequer o Poder Judiciário pode imiscuir-se nos juízos definitivos sobre as contas proferidos pelos Tribunais de Contas¹⁵.

Sobre a essencialidade dos Tribunais de Contas para o Controle Externo, assinalou o Ministro jubilado do STF, Carlos Ayres Britto (2011):

De fato, a Constituição disse que o Poder Legislativo fizesse o controle externo dos administradores públicos, dos cargos, das receitas, dos bens, dos valores, dos dinheiros públicos, os Tribunais de Contas exercem com o auxílio, melhor dizendo, o Poder Legislativo exerce o controle externo com o auxílio dos Tribunais de Contas, mas “com o auxílio” aí, não significa um auxílio subalterno que haja entre o Poder Legislativo e os Tribunais de Contas, uma hierarquia funcional, não há subalternidade hierárquica. Essa expressão “com o auxílio dos Tribunais de Contas”, é enganosa. “Com o auxílio” quer dizer: o Congresso Nacional não pode controlar o Poder Executivo senão com o auxílio dos Tribunais de Contas. A mesma coisa, não pode haver jurisdição senão com a participação dos advogados e do Ministério Público, mas não há hierarquia entre juízes, promotores ou procuradores e advogados. A função é uma só, a função jurisdicional, que é desempenhada pelos juízes, necessariamente, pelos advogados e pelos membros do Ministério Público, sem hierarquia. A função de Contas, a função de controle externo é exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio dos Tribunais de Contas, no caso o Tribunal de Contas da União, sem nenhuma hierarquia, sem nenhuma subalternidade.

15 A jurisprudência histórica e consagrada do Supremo Tribunal Federal é no sentido que não cabe ao Poder Judiciário rediscutir as contas julgadas pelos Tribunais de Contas, podendo, apenas, anulá-las em razão de alguma falha formal ou manifesta ilegalidade, notadamente quando o procedimento não observou o contraditório e a ampla defesa. Segue aresto exemplificativo: “MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DE PESSOA JURÍDICA, MESMO DE DIREITO PÚBLICO, SUPERADA PELA PRAXE POSTERIO, A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DE ALGUNS ACORDAOS (R.F. 140/275, R.T. 295/108, R.D.A. 70/302, 72/273). RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TERCEIRO PREJUDICADO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. ADMISSIBILIDADE. RE 12.816 (1946), RE 14.747 (1949), RE 41.754 (1959), AG. 31.737 (1964). TRIBUNAL DE CONTAS. JULGAMENTO DAS CONTAS DE RESPONSÁVEIS POR HAVERES PÚBLICOS. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA, SALVO NULIDADE POR IRREGULARIDADE FORMAL GRAVE (MS 6.960, 1959), OU MANIFESTA ILEGALIDADE (MS 7.280, 1960). REFORMA DO JULGADO ANULATÓRIO DE DECISÃO DESSA NATUREZA, EM QUE SE APONTAVAM IRREGULARIDADES VENIAIS. RESSALVA DAS VIAS ORDINÁRIAS. (STF – RE 55821, Relator: Min. Victor Nunes, Primeira Turma, julgamento em 18/9/1967, DJ de 24/11/1967)”.

A importância de prestar contas é tanta no sistema constitucional que tal dever foi alçado a princípio sensível¹⁶ apto a – no caso de descumprimento – dar início aos excepcionabilíssimos processos de intervenção federal¹⁷ e estadual¹⁸.

Aqui nos valem uma vez mais da elegância de Carlos Ayres Britto (2015b), que, em outro trabalho, assinalou a singular generosidade de prerrogativas atribuídas aos Tribunais de Contas, em exata proporcionalidade com o vasto rol de responsabilidades que o mesmo constituinte o outorgou.

Nenhuma instituição pública foi tão generosamente contemplada pela Constituição como os Tribunais de Contas. Claro que o mesmo se pode dizer, desse apreço, do Poder Judiciário e do Ministério Público, ou seja, as três instituições públicas que em rigor não governam, mas que impedem o desgoverno, que não administram, mas impedem a desadministração foram contempladas, invulgarmente, de modo até generoso pela Constituição de 1988.

Para o desencargo de deveres finalísticos vultosos, imprescindível o estabelecimento de poderes instrumentais equivalentemente abundantes, afinal aos Tribunais de Contas se defere a missão de zelar por umas das balizas do sistema Republicano, o que os revelam, portanto, como verdadeiros Tribunais da República.

16 “A doutrina faz distinção entre os vários princípios constitucionais. A alguns chama de sensíveis, não apenas porque se encontram clara e evidentemente enumerados, como também porque, se contrariados, provocam enérgica reação, como, no caso, a intervenção federal. Tais princípios convivem com outros, que os estudiosos denominam estabelecidos, também de observância obrigatória, implícitos ou expressamente listados no texto constitucional, cujo descumprimento, porém, não autoriza medidas extremas, ensejando tão somente o devido corretivo judicial” (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, Comentários aos arts. 34 a 36. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 800-818, p. 808).

17 “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: *a*) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; *b*) direitos da pessoa humana; *c*) autonomia municipal; *d*) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. *e*) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.”

18 “Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: [...] II – não forem prestadas contas devidas, na forma da lei.”

4 Ministério Público de Contas: procurador da sociedade na defesa do sistema republicano

Para o sistema brasileiro de exercício da jurisdição, um Tribunal só é digno dessa denominação se perante ele oficiar um Ministério Público como órgão encarregado de representar a sociedade na formação do convencimento dos julgadores. Com os Tribunais de Contas não restou diferente.

Previu a Constituição, em seu art. 130, que, perante os Tribunais de Contas, à maneira como ocorre com os Tribunais judiciais, funcionaria um Ministério Público próprio, dotados os seus membros dos mesmos direitos e deveres outorgados aos membros do Ministério Público atuante junto ao Poder Judiciário¹⁹, na nítida e deliberada intenção de lançar como modelo aos Tribunais e Ministérios Públicos de Contas o perfil já estatuído ao Poder Judiciário e ao Ministério Público de justiça²⁰. Seria, portanto, espécie de espelho entre a dignidade e a estrutura do Poder Judiciário a refletir-se no Controle Externo, num recado do constituinte mais do que claro acerca do pareamento entre as instituições da Justiça e os Tribunais e Ministérios Públicos de Contas.

Estavam, assim, criados os Ministérios Públicos de Contas, que, segundo entendimento remansoso do STF, não se trata de mera procuradoria especializada do Ministério Público regular, mas entidade com verdadeira fisionomia própria²¹,

19 “Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.”

20 Tanto que também equiparou os direitos dos membros dos Tribunais de Contas aos do Poder Judiciário de grau equivalente, conforme art. 73: “[...] § 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40. § 4º O auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal”.

21 “O Ministério Público especial junto aos Tribunais de Contas – que configura uma indiscutível realidade constitucional – qualifica-se como órgão estatal dotado de identidade e de fisionomia próprias que o tornam inconfundível e inassimilável à instituição do Ministério Público comum da União e dos Estados-membros. – Não se reveste de legitimidade constitucional a participação do Ministério Público comum perante os Tribunais de Contas dos Estados, pois essa participação e atuação acham-se constitucionalmente reservadas aos membros integrantes do Ministério Público especial, a que se refere a própria Lei Fundamental da República (art. 130). – O preceito consubstanciado no art. 130 da Constituição reflete uma solução de compromisso adotada pelo legislador constituinte brasileiro, que preferiu não outorgar, ao Ministério Público comum, as funções de atuação perante os Tribunais de Contas, optando, ao contrário, por atribuir esse relevante encargo a agentes estatais qualificados, deferindo-lhes um “status” jurídico especial e ensinando-lhes, com o reconhecimento das já mencionadas garantias de ordem subjetiva, a possibilidade de atuação funcional exclusiva e independente perante as Cortes de Contas” (STF – ADI 3160, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 25/10/2007, DJe-053 de 20/03/2009).

cujos acesso depende de concurso público específico, vedada a assunção de suas funções por membro do Ministério Público de Justiça²².

Da análise das constitucionalmente nominadas “Funções essenciais à justiça”, percebe-se, com clareza, a criação de três grupos de procuradores constitucionais: o primeiro, composto pelos procuradores da sociedade, personificados no Ministério Público; o segundo, composto pelos procuradores dos entes federativos, representados pela Advocacia Pública²³; e o terceiro, composto pelos procuradores dos necessitados, encarnados na Defensoria Pública²⁴.

Assim, os membros do Ministério Público de Contas são os advogados da sociedade com procuração subscrita pelo constituinte e com a missão de zelar, no âmbito dos Tribunais de Contas, pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, gozando para tanto de plena garantia de independência funcional²⁵, “nela compreendida a plena independência perante os poderes do Estado, a começar pela Corte a qual junto oficiam”²⁶.

22 “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DO § 1º, INCISO IV, E DO § 2º, DO ARTIGO 21; DO § 2º DO ARTIGO 33 E DA EXPRESSÃO “E AO TRIBUNAL DE CONTAS”, CONSTANTE DO ARTIGO 186 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 192, TODOS DA LEI COMPLEMENTAR N. 95 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ATRIBUIÇÕES DE OFICIAR EM TODOS OS PROCESSOS DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 75 E 130, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Impossibilidade de Procuradores de Justiça do Estado do Espírito Santo atuarem junto à Corte de Contas estadual, em substituição aos membros do Ministério Público especial. 2. Esta Corte entende que somente o Ministério Público especial tem legitimidade para atuar junto aos Tribunais de Contas dos Estados e que a organização e composição dos Tribunais de Contas estaduais estão sujeitas ao modelo jurídico estabelecido pela Constituição do Brasil [artigo 75]. Precedentes. 3. É inconstitucional o texto normativo que prevê a possibilidade de Procuradores de Justiça suprirem a não-existência do Ministério Público especial, de atuação específica no Tribunal de Contas estadual. 4. Pedido julgado procedente, para declarar inconstitucionais o inciso IV do § 1º do artigo 21; o § 2º do artigo 21; o § 2º do artigo 33; a expressão “e ao Tribunal de Contas” constante do artigo 186; e o parágrafo único do artigo 192, todos da Lei Complementar n. 95, de 28 de janeiro de 1997, do Estado do Espírito Santo” (STF – ADI 3192, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgamento em 24/5/2006, DJ de 18/8/2006).

23 “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo [...]. Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.”

24 “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

25 “É forçoso reconhecer que o Ministério Público, como condição necessária para assegurar o livre exercício de suas nobres funções, recebeu do Supremo legislador prerrogativas de Poder, com autonomia funcional, administrativa e financeira (§§ 2º e 3º do art. 127 – CF)” (MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Anotações sobre o perfil jurídico-constitucional do Ministério Público. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 28, dez./fev. 2012. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-28-FEVEREIRO-2012-CARLOS-AUGUSTO-MACHADO.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2015).

26 STF – ADI 160, Relator: Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, julgamento em 23/4/1998, DJ de 20/11/1998.

A norma equiparatória do art. 130 da Constituição federal é verdadeira “cláusula de garantia para a atuação independente do Parquet especial junto aos Tribunais de Contas. Trata-se de modelo heterônomo estabelecido pela própria Carta Federal que possui estrutura própria de maneira a assegurar a mais ampla autonomia de seus integrantes”²⁷.

A presença de um Ministério Público com ofício perante os Tribunais de Contas é tão, ou até mais importante, que a presença do *Parquet* perante os Tribunais judiciais, haja vista que as Cortes de Contas têm composição peculiar, não se exigindo obrigatoriamente de seus julgadores formação jurídica (diferentemente do Poder Judiciário), razão pela qual a função de fiscal do Direito no âmbito do Controle Externo recai com ainda mais vigor sobre os Ministérios Públicos de Contas, na medida em que são o único corpo essencialmente jurídico numa jurisdição de contas de moldura interdisciplinar²⁸. É imprescindível essa *Procuratura* de Contas.

De nada adiantaria regalar os cidadãos com uma série de prerrogativas ativas de fiscalização se não houvesse quem encampasse o interesse público e social perante os Tribunais de Contas, patrocinando a causa pública com todo o esmero que a boa técnica jurídica exige, e que, normalmente, é inacessível a qualquer do povo.

Ademais, em país de pouca tradição republicana, que se reflete na ínfima participação ativa dos cidadãos nos negócios públicos (“deitados eternamente em berço esplêndido”), a criação de uma instituição técnico-jurídica destinada a promover, de ofício, a persecução do interesse público e social junto aos Tribunais de Contas acaba por compensar um pouco a endêmica letargia dominante dos

27 STF – ADI 328, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 2/2/2009, DJe de 6/3/2009. Eis a ementa deste caso: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. DISPOSITIVO SEGUNDO O QUAL OS PROCURADORES DA FAZENDA JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS EXERCERÃO AS FUNÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INADMISSIBILIDADE. PARQUET ESPECIAL CUJOS MEMBROS INTEGRAM CARREIRA AUTÔNOMA. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. I. O art. 73, § 2º, I, da Constituição Federal, prevê a existência de um Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, estendendo, no art. 130 da mesma Carta, aos membros daquele órgão os direitos, vedações e a forma de investidura atinentes ao Parquet comum. II. Dispositivo impugnado que contraria o disposto nos arts. 37, II, e 129, § 3º, e 130 da Constituição Federal, que configuram “cláusula de garantia” para a atuação independente do Parquet especial junto aos Tribunais de Contas. III. Trata-se de modelo jurídico heterônomo estabelecido pela própria Carta Federal que possui estrutura própria de maneira a assegurar a mais ampla autonomia a seus integrantes. IV. Inadmissibilidade de transmigração para o Ministério Público especial de membros de outras carreiras. V. Ação julgada procedente” (grifo nosso).

28 Para ser membro dos Tribunais de Contas, seja na condição de Ministro do Tribunal de Contas da União, ou de Conselheiro dos Tribunais de Contas dos Estados, bem como seus respectivos membros substitutos (nominados pela Constituição, como Auditores), é preciso ou notório conhecimento jurídico, ou contábil, ou financeiro, ou econômico ou de administração pública. A respeito do tema, cf. MESQUITA, Patrick Bezerra. Conceitos jurídicos indeterminados e a escolha dos membros dos Tribunais de Contas. Lições de Júlio César. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3998, 12 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28235>>. Acesso em: 4 fev. 2015.

cidadãos brasileiros, potencializando a funcionalidade do Sistema de Controle Externo e justificando a própria existência de um Tribunal de Contas.

Compete, assim, fundamentalmente aos Ministérios Públicos de Contas provocar as atividades fiscalizatórias e judicantes dos Tribunais de Contas, bem como municiar-lhes do melhor arsenal do direito para que as decisões sejam as mais juridicamente perfeitas, representando, exatamente como um advogado da sociedade, os interesses da sua clientela na jurisdição de contas.

Sobre o protagonismo do Ministério Público de Contas na missão de submeter os Poderes Públicos à lei, são benfazejas as palavras do Ministro Celso de Mello:

É indisputável que o Ministério Público ostenta, em face do ordenamento constitucional vigente, especial posição na estrutura do Poder estatal. A independência institucional constitui uma das mais expressivas prerrogativas político-jurídicas do “Parquet”, na medida em que lhe assegura o desempenho, em toda a sua plenitude e extensão, das atribuições a ele conferidas. O Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo. É-lhe estranha, no domínio de suas atividades institucionais, essa função subalterna. **A atuação independente dessa Instituição e do membro que a integra impõe-se como exigência de respeito aos direitos individuais e coletivos e delinea-se como fator de certeza quanto a efetiva submissão dos Poderes a lei e a ordem jurídica (grifo nosso)**²⁹.

Todas essas prerrogativas constitucionais conferidas aos Tribunais e Ministérios Públicos de Contas estão marcadas e impregnadas da natureza republicana do Estado Brasileiro, já que são ancilares a um efetivo controle social dos atos do poder público, podendo-se afirmar que ambas as instituições são vocacionadas a possibilitar “o direito fundamental à uma administração pública proba e honesta”, pois são laureadas como verdadeiras instituições pétreas do Estado brasileiro, impassíveis de abolição ou esmaecimento.³⁰

29 STF – ADI 789 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 22/10/1992, DJ de 26/2/1993.

30 “[...] se o Ministério é defensor do regime democrático e se a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado de Direito, o Ministério Público tornou-se, com a CF/88, Instituição constitucional fundamental do Estado de Direito. [...] O Ministério Público, como Instituição constitucional, é cláusula pétreia. Como consequência, as suas atribuições e garantias constitucionais, as quais lhe dão dimensão constitucional e revelam o seu legítimo valor social, também estão inseridas como cláusulas pétreas ou superconstitucionais. Essas cláusulas compõem o núcleo de uma Constituição no Estado Democrático de Direito. Por isso, elas não podem ser eliminadas nem restringidas. Todavia, elas podem ser ampliadas” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. As atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas superconstitucionais. *Revista MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, a. 2, n. 8, p. 10-17, jan./mar. 2007, p. 11 e 15).

5 A publicidade como imperativo da república

De mais a mais, também é a Constituição de 1988 que promoveu um dos princípios reitores da atividade administrativa, o da publicidade, impondo ao Estado o dever de transparecer cada passo da atuação administrativa.

A publicidade na gestão da coisa pública é o terceiro postulado da República. Afinal, se a República professa a ideia de coisa pertencente ao povo, é mais que natural que o proprietário e as instituições de controle tenham acesso a tudo que se relaciona à boa gestão de seu patrimônio.

Lima (2013, p. 108-109), reportando-se a Kant, anota o seguinte:

E é em Kant que se consolida um segundo elemento a integrar a noção de República, a permanecer até hoje como desafio das sociedades: a exigência da publicidade como requisito essencial do governo republicano: “Todos os atos respeitantes ao direito de outros homens, cuja máxima não é compatível com a publicidade, são injustos” (KANT, Immanuel. *Zum ewigen Frieden: ein philosophischer Entwurf*. Darmstadt, p. 204).

A transparência possibilita uma espécie de direito de seqüela ao patrimônio público, tomando aqui por emprestado – com as devidas adaptações – o consagrado instituto do direito civil: onde quer que esteja, com quem quer que esteja e como estiver, os cidadãos diretamente³¹, ou por intermédio do Ministério Público de Contas³², têm o direito de defender o erário de achaques e desfalques perante os Tribunais de Contas. E, para tanto, cidadãos e instituições de controle poderão exigir o manancial informativo necessário para subsidiar suas ações, em especial extratos bancários de contas públicas.

Vê-se que o dever de publicidade administrativa é a outra faceta do direito público subjetivo à transparência pública, e trata-se de uma lógica que o princípio republicano já faria por obrigar, mas que preferiu o constituinte repetir e deixar

31 Art. 75, § 2º, da Constituição Federal: “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”.

32 Art. 129 da Constituição Federal: “São funções institucionais do Ministério Público: [...] II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”.

tatuada no *caput* do art. 37 da Constituição³³, ineficaz a qualquer investida de intérpretes constitucionais menos atentos.

O dever de publicidade é, por assim dizer, como pegadas deixadas no chão, sempre passíveis de rastro por todos aqueles que tenham interesse em desvendar os caminhos tomados pelo gestor público.

Se, na República Brasileira, impera o princípio da publicidade, a negativa de fornecer cópias do extrato bancário de contas públicas só poderia mostrar-se plausível nos casos em que algum outro princípio cuja ponderação levada a cabo no caso em concreto fizesse por impor o segredo.

Como assinalam Mendes e Gonet Branco (2013, p. 184):

O exercício da ponderação é sensível a ideia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo status hierárquico, os princípios constitucionais podem ter “pesos abstratos” diversos. Mas esse peso abstrato é apenas um dos fatores a ser ponderado. Há de se levar em conta, igualmente, o grau de interferência sobre o direito preterido que a escolha do outro pode ocasionar.

Com efeito, quando se trata da gestão do patrimônio público, a Constituição da República determinou inequívoca prioridade abstrata e *prima facie* ao princípio da publicidade, haja vista seu agudo grau de fundamentalidade e de republicanismo.

Nesse viés, o afastamento da publicidade da gestão pública faz por demandar ônus argumentativo robusto e minudente. Para tanto, e antecipando ponderações possíveis, a própria Constituição só previu um princípio capaz de mitigar a publicidade das contas públicas: o princípio da segurança nacional.

É de meridiana clareza o art. 5º, XXXIII, da Constituição, quando estabelece que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, **ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado**” (grifo nosso).

33 “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: [...] (grifamos).”

De certa forma, possíveis contrastes de princípios nas circunstâncias envolvendo dispêndio de recursos públicos já foram objeto de antecipada valoração pelo constituinte: a publicidade só pode ceder diante de um perigo real à segurança nacional, jamais em nome da privacidade. Até mesmo Bobbio (2000, p. 415), conhecido defensor dos princípios republicanos e democráticos, admitia exceção à publicidade em questões que revelassem imperativos de segurança pública:

O segredo, o poder que se esconde, portanto, apresenta incompatibilidade essencial com a República, porém não de forma absoluta, na medida em que a segurança do Estado e da democracia, não raro, necessita do segredo para sua manutenção. Desde que esta última possibilidade esteja prevista na lei, resultante de um processo democrático desse modo disposta para os momentos especiais da vida em sociedade, inexistente, aqui, incompatibilidade com a democracia e com a República.

Por ser a publicidade a ordem, e a exceção o sigilo, a alegação de imperativos de segurança nacional deverá ser acompanhada de robusta prova nesse sentido, em inversão de ônus a recair sobre a autoridade arguente do segredo, cujo êxito dependerá da aposição de acesso restrito às contas públicas. O segredo, no entanto, só funcionará em face dos cidadãos em geral.

A ressalva à publicidade na circunstância de imperativo da segurança apenas restringe o acesso ao público em geral, jamais obstaculizando o acesso a quem tem o encargo de fiscalizar e julgar as contas públicas nacionais.

Assim, no tocante aos Tribunais e Ministérios Públicos de Contas, órgãos do Controle Externo que são, de extração e estatura constitucionais, sequer é possível negar acesso a extratos bancários com base no princípio da segurança nacional.

Do contrário, sob a rubrica de despesas relacionadas à segurança nacional, estaria franqueado um largo vácuo fiscalizatório – verdadeiro *bill* de indenidade –, possivelmente a ser preenchido por interesses escusos e locupletamento ilícito, um cheque em branco não previsto e repudiado pela Constituição da República.

É claro, no entanto, que nessa hipótese a posse de dados relacionados à segurança nacional por parte dos órgãos de controle deverá cercar-se de maiores cuidados, preservando-se o sigilo que envolve as informações, sob pena de responsabilidade funcional do infrator.

A rigor, não se trata de negar à sociedade o acesso aos dados sigilosos, mas de tão somente frear sua disponibilidade direta, filtrando-o por meio dos Tribunais e Ministérios Públicos de Contas, que assumirão, nesse papel, a percepção única do corpo social sobre o emprego dos recursos públicos sigilosos.

6 Inexistência de sigilo bancário em contas públicas

Desse caldeirão republicano, no qual lançamos notas sobre a apropriação do Estado pelo povo, sobre o dever de prestar contas, sobre a criação de robustos órgãos de controle, e sobre a prevalência imanente do princípio da publicidade, mostra-se redondamente equivocada trazer à tona considerações sobre os princípios da intimidade e da privacidade³⁴, vistos sob o pálio do sigilo bancário,³⁵ como obstaculizador ao acesso às contas públicas, seja o acesso em prol de qualquer do povo, seja em prol principalmente dos Tribunais e Ministérios Públicos de Contas.

Além de a Constituição ter admitido apenas o princípio da segurança nacional como mitigador da publicidade, nem a golpes duros de interpretação é possível cogitar-se de intimidade e de privacidade no tocante à gestão da coisa pública.

Se há pretensão de buscar a satisfação de interesses íntimos e particulares, ou de gozar vantagens inconfessáveis à salvaguarda dos olhos de todos, de certo que não será o caso de fazê-lo com o patrocínio do orçamento estatal.

34 Art. 93, IX, da Constituição Federal: “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 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”.

35 A jurisprudência do STF é pacífica em alçar o sigilo bancário como garantia constitucional, e não meramente legal, desdobramento dos princípios da privacidade e intimidade. “O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) – ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política – não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às CPIs, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria CR, aos órgãos de investigação parlamentar. As CPIs, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV). As deliberações de qualquer CPI, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se irritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal” (STF - MS 23.452, Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 16/09/1999, Tribunal Pleno, DJ de 12/05/2000.) Cf. também: STF - MS 24.817, Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 3/2/2005, Tribunal Pleno, DJE de 6/11/2009.

Aqui cabe revitalizar as longas lições gregas de divisão entre o espaço privado e público que cada cidadão carrega consigo.

No campo de seus negócios privados, de certo que restará infenso a qualquer órgão de controle requisitar diretamente às instituições financeiras dados bancários de quem quer que seja. Há nítida reserva de jurisdição a fazer por acionar obrigatoriamente o Poder Judiciário e a quebra do sigilo bancário.

As conclusões e os contornos são outros quando o agente atua não no seu espaço privado, mas, sim, no ambiente público de gestor de recursos da sociedade ou no de beneficiário de financiamento público. Aqui sua conduta diz respeito à esfera pública de sua personalidade, inundada de todo controle que se possa dispor, e disponível de apuração e persecução diretas por qualquer do povo e suas representativas de controle.

Acerca do assunto, leia-se Barroso (2015, p. 86):

O espaço público, por sua vez, é fruto da transição da sociedade civil para a sociedade política, da conversão do indivíduo em cidadão. Este é o domínio da opinião pública, dos meios de comunicação, do debate, dos processos informais e formais de deliberação e de participação política. Como assinalado, o marco histórico – talvez simbólico – de sua existência costuma ser identificado na experiência com a cidade-Estado grega, notadamente Atenas. A partir de então, todo cidadão passa a pertencer a duas ordens de existência: além de sua vida particular, privada, toma parte também na vida política, com o estabelecimento da distinção entre o que é seu próprio e o que diz respeito a todos. O jardim e a praça, em uma imagem poética.

De certo, não caberá, em regra, explicações do cidadão acerca de suas atitudes nos “jardins de sua casa”, porém, quando assume posturas e ações na praça pública, sua conduta é posta ao escrutínio e julgamento da *pólis*. É por isso que se torna absolutamente impróprio arguir intimidade e sigilo bancário em contas públicas.

Ademais, não é imaginável que a Constituição e o Supremo Tribunal Federal tenham constantemente rendido homenagens aos Tribunais e Ministérios Públicos de Contas, recheando-lhes de prerrogativas instrumentais equiparáveis aos seus congêneres do Poder Judiciário e Ministério Público de Justiça, para empós limitar-lhes o acesso às contas que nasceram para curar.

Trazer à tona ilações sobre privacidade e intimidade, e, por consequência, de sigilo bancário em contas públicas, é um oximoro imprestável. Sigilo e contas públicas são termos antagônicos que não rimam, não fazem verso, nem graça. Aqui se passa da figura de linguagem para o vício, degenerando a metáfora em paradoxo intransponível.

Aliás, sequer é o caso de afirmar que o princípio da publicidade sobressai, num exercício de ponderação, à garantia do sigilo bancário. Isso porque a cláusula do sigilo bancário, tributária que é do princípio da intimidade, aplica-se, como visto, apenas nos negócios privados das pessoas (no jardim), jamais no tratamento que essas mesmas pessoas dão à coisa pública (na praça).

O que ocorre, portanto, não é uma ponderação em que sobressai o princípio da publicidade. Na verdade, faz-se por reconhecer que, dentro do núcleo de proteção da cláusula constitucional de proteção à intimidade, não está abrigado o sigilo bancário de contas públicas.

Em português simples: da mesma maneira que a liberdade de expressão não comporta, em seu âmago protetivo, discursos de ódio³⁶, o princípio da intimidade não abriga, em seu círculo de proteção, o sigilo das contas bancárias públicas.

É impróprio, assim, falar de “quebra” do sigilo bancário nas requisições dos Tribunais e dos Ministérios Públicos de Contas de extratos de contas públicas, pois se trata de mero reconhecimento da inexistência de sigilo. A bem da verdade, não haverá “quebra” de sigilo, mas apenas acesso direto do que deve estar claro e disponível ao público. Não se quebra o sigilo que não existe.

Exatamente por não existir sigilo é que não se cogita dar aplicação à Lei Complementar nº 105, de 2004; que não se demanda autorização judicial prévia; e que qualquer um do povo, ou, em especial, as instituições de controle, pode requisitar os extratos bancários diretamente às instituições financeiras, as quais não possuem alternativa senão enviá-los, sob pena de sofrer as sanções penais e administrativas cabíveis.

Há, inclusive, decisão pedagógica do Supremo Tribunal Federal atestando a impropriedade do Banco do Brasil, sob a justificativa de sigilo bancário, de negar

36 “A liberdade de expressão [...] deve ser protegida apenas enquanto meio para a comunicação de ideias – a palavra não é acobertada pela garantia constitucional para veicular, por exemplo, um discurso de ódio” (STF – Rcl 15887, Relator Min. Luiz Fux, decisão monocrática, liminar deferida em 19/06/2013, DJe de 24/06/2013).

fornecimento de dados de empréstimos bancários, subsidiados pela União, e requisitados diretamente ao Banco pelo Ministério Público Federal³⁷.

No teor do acórdão, cuja ementa segue adiante, decidiu o STF que era descabido alegar sigilo bancário porque “os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal [...]”³⁸.

Eis a ementa do acórdão pretoriano:

Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre

37 STF – MS 21.279/DF, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 5/10/1995, DJ de 19/10/2001.

38 *Idem, ibidem.*

sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido³⁹.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, apreciando a questão da publicidade da remuneração dos servidores públicos, refutou qualquer sorte de argumentos em favor da intimidade e da privacidade quando se estiver a tratar de dispêndio de verbas públicas.

A Corte Excelsa fez questão de afirmar que apenas imperativos de segurança nacional seriam capazes de fazer prevalecer o segredo em detrimento da publicidade no dispêndio de verba pública:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EMSÍTIOELETRÔNICOOFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade”

³⁹ *Idem, ibidem.*

(§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. **A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio –, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana.** 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos⁴⁰ (grifo nosso).

A própria Procuradoria-Geral do Banco Central⁴¹, autarquia responsável pela regulação do Sistema Financeiro Nacional, manifestou-se pelo descabimento em suscitar sigilo bancário em contas de repasses públicos:

[...] a proteção legal do sigilo bancário não socorre as operações realizadas mediante a utilização de recursos titulados, subsidiados ou repassados pela Administração Pública, cuja atuação é regida pelos princípios da publicidade e da moralidade, ambos de índole constitucional e, portanto, aptos a subjugar interesses secundários, nessa área de domínio, relativos à intimidade dos beneficiários, eis que voltados para a realidade subalterna de natureza privada.

Assim decantado o objeto da controvérsia sob o prisma da supremacia do interesse público, à luz dos princípios da publicidade e da moralidade, com abrigo em cláusula constitucional tenho como imperiosa a conclusão de que as operações ativas, e passivas realizadas por instituições

40 STF – SS 3902 AgR-segundo, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 9/6/2011, DJe de 3/10/2011.

41 PROCURADORIA-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. Despacho-2005/06140/PGBCB/GABIN, Proc. 0401277837. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, v. 1, n. 1, p. 306-307, dez. 2007. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pgbcb/122007/revista_pgbc_vol1_n1_dez2007.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2016.

financeiras, mediante a utilização de recursos públicos, em qualquer das esferas de poder estatal, não se encontram sujeitas à incidência da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, podendo a elas ter acesso, sem a necessidade de intervenção judicial, os órgãos constitucionalmente investidos de poderes de fiscalização e controle, nos limites de sua competência específica [...].

Em igual sentido, o Tribunal de Contas da União tem uma miríade de decisões impondo a disponibilização dos extratos bancários de contas públicas aos órgãos de controle, utilizando-se até mesmo de penalidades pecuniárias para fazer valer seus poderes fiscalizadores:

Convênio e Congêneres. Execução financeira. Sigilo bancário.

As contas bancárias específicas para movimentação de recursos públicos descentralizados pela União não se relacionam à intimidade ou à vida privada de qualquer pessoa, tampouco representam o patrimônio daqueles encarregados de geri-los. Assim, tais contas não se sujeitam ao sigilo bancário de que cuida a Lei Complementar 105/01, de maneira que as informações nelas contidas, por se tratar de patrimônio público, não podem ser sonegadas aos Órgãos que, por missão constitucional e legal, exercem os controles interno e externo sobre os referidos recursos. A sonegação de informações relativas a contas bancárias específicas de ajustes com a União, por consistir em obstrução indevida ao exercício dos controles interno e externo, é considerada falta de natureza grave, sujeitando os responsáveis, além da aplicação de penalidades, à medida cautelar de afastamento temporário do cargo, conforme previsto no art. 44 da Lei 8.443/92⁴².

Competência do TCU. Acesso à informação. Sigilo.

As informações sobre operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas entre aquelas protegidas pelo sigilo bancário, visto que operações da espécie estão submetidas aos princípios constitucionais da Administração Pública. É prerrogativa do Tribunal o acesso a informações relacionadas a essas operações, independentemente de autorização judiciária ou legislativa⁴³.

Competência do TCU. Sigilo bancário. Financiamentos públicos.

42 TCU – Acórdão 131/2014, Tomada de Contas Especial (Processo nº 002.158/2011-6), Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman, Plenário, julgamento em 29/1/2014.

43 TCU – Acórdão 2462/2014, Solicitação do Congresso Nacional (Processo nº 007.527/2014-4), Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman, Plenário, julgamento em 17/9/2014.

Não cabe opor sigilo bancário às solicitações de informações do Tribunal acerca de operações financeiras relacionadas ao financiamento público de concessões de serviços públicos e de obras públicas⁴⁴.

No intuito de finalizar o assunto, recentíssimo acórdão do Supremo Tribunal Federal, firmado por sua primeira turma nos autos do MS 33.340/DF⁴⁵, trouxe importantes conclusões, atestando de vez que “operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública”, para mais adiante assentar que, nessas circunstâncias, “é prerrogativa constitucional do TCU o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos.”

O que foi fincado pelo Supremo Tribunal Federal é exatamente o que viemos a defender ao longo deste estudo: a inoponibilidade de sigilo bancário e empresarial ao controle externo quando as operações bancárias das entidades privadas **estiverem fundadas em recursos de origem pública**.

O Supremo foi cuidadoso em traçar a distinção dessa hipótese, com aquelas tratadas no bojo do MS 22.801/DF⁴⁶ e do MS 22.934/DF⁴⁷, quando o Tribunal de Contas da União havia requisitado informações bancárias de terceiros que não receberam diretamente recursos ou financiamento estatal. Nessas últimas hipóteses, a existência de sigilo bancário é clarividente, restando impossível, a qualquer Corte de Contas, sua quebra por via direta, sem prévio acesso ao judiciário.

Tudo resta distinto quando o acesso aos extratos bancários disser respeito diretamente à conta bancária de entidade privada que se granjeou de dinheiro público. Quem aceitou receber verba estatal de fomento, estará cingido a uma relação especial de sujeição administrativa (e seus inatos controles), no exato instante que anuiu aderir ao regime público de seu parceiro estatal, seja pela subscrição de convênios, seja por qualificar-se como Organização Social/

44 TCU – Acórdão 3693/2013, Plenário, Representação (Processo nº 024.832/2013-8), Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman, Plenário, julgamento em 10/12/2013.

45 STF – MS 33340, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de julgamento: 26/5/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-151 DIVULG 31/7/2015 PUBLIC 3/8/2015.

46 STF – MS 22801, Relator: MENEZES DIREITO, Data de julgamento: 17/12/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-047 DIVULG 13/3/2008 PUBLIC 14/3/2008.

47 STF – MS 22934, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de julgamento: 17/4/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-090 DIVULG 8/5/2012 PUBLIC 9/5/2012.

Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), ou seja, por fim, sociedade empresária mutuária de financiamento público.

Não deixa de ser emblemática a fala do Ministro Marco Aurélio nos autos:

Não podemos imaginar que, para fiscalizar recursos públicos, dependa o Tribunal de Contas da União da burocratização na obtenção de informações, tendo que recorrer ao Judiciário, para que autorize algo que já está autorizado, sem peias, na própria Lei das leis do País, que é a Constituição Federal.

Se o Supremo Tribunal Federal se decidiu pela inoponibilidade de sigilo bancário em operações financeiras que envolvam financiamento público, cujas matizes de sigilo empresarial vêm à tona com muita eloquência, com muito mais razão será a inoponibilidade do sigilo bancário de conta bancárias receptoras de verbas de convênios ou quaisquer outras parcerias públicas, em que os destinatários sequer são sociedades empresárias, mas, sim, entidades civis de interesse social e, no qual, as finalidades do repasse são inundadas de interesse público.

Por fim, é a própria Lei de Acesso à Informação, já citada em linhas pretéritas, que reafirma, no tocante às entidades de direito privado parceiras do Estado, a imperiosa transparência de tudo que disser respeito “à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas”⁴⁸.

Mais à frente, a mesma lei deixa manifesto que o acesso à informação compreende o direito de obter “informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos.”⁴⁹

A reafirmação legal da publicidade das contas públicas é redundante, mas se mostra um reforço oportuno e conveniente diante das peripécias jurídicas que vez ou outra surgem para obstaculizar a fiscalização dos recursos públicos.

48 Parágrafo único do art. 2º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011: “A publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no *caput* refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas”.

49 “Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: [...] VI – informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos”.

Conclusão

A costureira negativa por parte de instituições financeiras em fornecer o extrato de contas bancárias de convênios ou outros ajustes, manipuladas por entidades do terceiro setor para a gestão de repasses de verbas públicas, é medida que atenta contra o sistema republicano e faz pouco caso do extenso rol de prerrogativas investigativas e fiscalizatórias a qual foram laureados os Tribunais e Ministérios Públicos de Contas. Incorre em igual vício a aposição de sigilo em contas de sociedades empresárias que tenham se beneficiado de financiamento público, muitas vezes subsidiado pelo Erário e com *spreads* muito abaixo dos de mercado.

Conduta desse jaez mostra-se afastada da exata compreensão do princípio da intimidade e, em especial, do âmbito de proteção do sigilo bancário, que jamais alberga o segredo na movimentação e na aplicação dos dinheiros públicos.

Em tempos em que o combate à corrupção está na pauta do dia da sociedade brasileira, vedar às altas instituições de controle o acesso aos dados bancários referentes às contas públicas sob a escusa do sigilo é um oximoro inadmissível.

Contas bancárias que manejam recursos públicos jamais serão sigilosas.

A República agradece.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. As atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas superconstitucionais. **Revista MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, a. 2, n. 8, p. 10-17, jan./mar. 2007.

ATALIBA, Geraldo. Ação Popular na Constituição Brasileira. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 18, n. 76, p. 110-121, out./dez. 1985.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. São Paulo, Campus, 2000.

BRITTO, Carlos Ayres. O Decreto 8.243 e a sociedade civil. **Estadão**, São Paulo, 22 fev. 2015. Disponível em: <<http://m.estadao.com.br/noticias/opinioao,o-decreto-8243-e-a-sociedade-civil-,1637776,0.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2015a.

_____. Tribunal de Contas: instituição pública de berço constitucional. **Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 1325, set. 2011.

_____. **O regime jurídico do ministério público de contas**. Sítio eletrônico do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. Doutrinas do MPC. Disponível em: <http://www.tcm.ba.gov.br/tcm/DiretorioPublicacao/DoutrinaMPC/O%20Regime_Juridico_do_MPC_Carlos_Ayres_Brito.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2015b.

CÍCERO, Marco Tulio. **Da República**. Tradução de Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, Comentários aos arts. 34 a 36. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 800-818.

LIMA, Martônio Mont´Alverne Barreto. Comentário ao artigo 1º, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 108-109.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Anotações sobre o perfil jurídico-constitucional do Ministério Público. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 28, dez./fev. 2012. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-28-FEVEREIRO-2012-CARLOS-AUGUSTO-MACHADO.pdf>>. Acesso em: 4 fev. de 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MESQUITA, Patrick Bezerra. Conceitos jurídicos indeterminados e a escolha dos membros dos Tribunais de Contas. Lições de Júlio César. **Jus Navigandi**,

Teresina, ano 19, n. 3998, 12 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28235>>. Acesso em: 4 fev. 2015.

OLIVEIRA, Rafael Arruda. A transferência de recursos nos ajustes de parceria com o Terceiro Setor e o risco das instituições financeiras sob a perspectiva das agências de rating: um mecanismo de tutela do recurso público. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 155, p. 40-52, nov. 2014.

PROCURADORIA-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL.
Despacho-2005/06140/PGBCB/GABIN, Proc. 0401277837. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 306-307, dez. 2007. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pgbcb/122007/revista_pgbc_vol1_n1_dez2007.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2016.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Principais aspectos do regime jurídico das parcerias voluntárias introduzidos pela Lei 13.019/2014. **Int. Públ.** – IP, Belo Horizonte, a. 16, n. 87, p. 89-118, set./out. 2014.

Sistema de Consórcio Financeiro: regulação pelo Banco Central do Brasil e reflexões sobre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do direito de desistência do consorciado

Patrícia Cabral Bittencourt*

Introdução. 1 Breve contexto histórico do sistema de consórcio financeiro. 2 Natureza jurídica dos grupos de consórcio. 3 Possibilidade de desistência da adesão ao grupo de consórcio pelo consorciado. 3.1 Regulação pelo Banco Central do Brasil. 3.2 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Conclusão.

Resumo

Versa o presente trabalho sobre o direito de desistência de integrantes de grupos de consórcio. Após as considerações introdutórias sobre o sistema de consórcio financeiro e a natureza jurídica dos grupos de consórcio, passou-se a examinar o amparo normativo para o exercício da desistência pelos consorciados durante a vigência do grupo de consórcio, especialmente diante da regulação do tema pelo Banco Central do Brasil. Finalmente, foi analisada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, tendo em conta que houve submissão da Corte Superior ao rito de recursos representativos de controvérsia, com a fixação de entendimento da Corte sobre a matéria. Concluiu-se a presente exposição com a análise da compatibilidade entre a regulação do Banco Central do Brasil e o entendimento jurisprudencial, a partir da bibliografia especializada sobre a matéria versada.

* Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Palavras-chave: Consórcio financeiro. Direito de desistência. Regulação. Jurisprudência.

Financial consortium system: regulation issued by the Central Bank of Brazil and analysis of the case law of the Superior Court of Justice about the right of withdrawal of consortium members from the consortium group

Abstract

This work discusses the right of withdrawal of consortium members from the consortium group. After introductory remarks on the financial consortium system under Brazilian law and on the legal nature of the consortium groups, the present work examines the legal protection of the exercise of the right of withdrawal by consortium members, especially in light of the relevant regulation issued by the Central Bank of Brazil. Finally, the paper analyzes the case law of the Superior Court of Justice on the matter, which decided by means of the so-called 'representative controversy' appeals procedure. The paper concludes by highlighting the compatibility of the regulation of the Central Bank of Brazil with applicable case law.

Keywords: Financial consortium. Right of withdrawal. Regulation. Jurisprudence.

Introdução

O sistema de consórcio financeiro é considerado importante meio de acesso ao mercado de consumo brasileiro, na medida em que o proporciona àqueles que não dispõem de recursos para contratação à vista.

A principal característica do consórcio financeiro diz respeito à sua adaptação a diferentes contextos econômicos, independentemente da variação de inflação ou de crises, em razão de não envolver o financiamento por terceiros remunerado por juros¹.

No Brasil, dados demonstram a existência de cerca de 7 milhões de consorciados ativos. O sistema é responsável, ainda, pela movimentação de mais de 55 bilhões de reais².

Não obstante a sua relevância econômica e social, o consórcio financeiro demorou a dispor de regulamentação e fiscalização e vem, cada vez mais, especialmente a partir da regulação pelo Banco Central do Brasil, empenhando-se para implementar mecanismos dedicados ao aumento da confiabilidade no sistema.

Importante marco na regulamentação do sistema de consórcio financeiro foi a promulgação da sua legislação própria, em 2008 (Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008). Chamou-se atenção, contudo, desde aquela época, que restaram vetados os dispositivos que se dedicavam à tratativa dos meios de exercício do direito de desistência dos consorciados dos grupos de consórcio, assim como o momento e a forma do reembolso dos consorciados excluídos.

O sistema, em complementação à legislação própria supramencionada, permanece regulamentado por circulares do Banco Central do Brasil, as quais,

1 “No dizer de Alan Greenspan, na medida em que as taxas de juros apresentam crescimento, fatores de risco podem surgir. Ao contrário, quando há o declínio da taxa de juros de longo prazo, os preços dos ativos sobem com maior rapidez. Vários setores passaram por um colapso, mas agora a crise é generalizada, representando impacto no poder de compra, o que afeta a aquisição de um carro ou até de uma empresa. Essencialmente, os países emergentes, dentre os quais o Brasil, todos sofrerão o impacto da crise financeira mundial, com o aumento de quebras das empresas, da taxa de juros, dos spreads bancários e paulatino desemprego englobando diversos setores da economia. Nesta quadra, o consórcio é a técnica mais depurada e realística de autofinanciamento, sem aporte de recursos de terceiros, controlado pela administradora, na composição do grupo, com receita própria, alimentando-se do modelo de mercado e das variantes dos preços praticados” (ABRÃO, 2010, p. 7).

2 Dados obtidos no sítio eletrônico da Associação Brasileira de Administradora de Consórcios (Abac): “Atualmente, já são mais de 7 milhões de consorciados no país. Só de janeiro a setembro de 2014, 1 milhão de pessoas foram contempladas e puderam realizar seus sonhos por meio do consórcio. Nesse período, foram comercializadas mais de 1,6 milhões de cotas de consórcio, o que representa um volume total de R\$ 55 bilhões em créditos”. Disponível em: <<http://abac.org.br/consorcio/historia>>. Último acesso em: 28 abr. 2016.

no entanto, limitam-se a conceituar o consorciado excluído, reconhecendo a possibilidade do exercício do direito à desistência, mas não chegam a tratar propriamente da forma e do momento do reembolso dos valores destinados pelo consorciado ao grupo.

Diante da lacuna normativa, coube ao Superior Tribunal de Justiça estabelecer as diretrizes para o pagamento dos valores devidos ao consorciado excluído, fixando-se o entendimento de que o momento oportuno para o reembolso seria, em qualquer hipótese, de trinta dias após o encerramento do grupo.

Em que pese o entendimento do órgão brasileiro pacificador de jurisprudência, a conclusão não parece refletir uma interpretação sistemática da legislação infraconstitucional, que é a reflexão que se pretende fazer no presente artigo.

1 Breve contexto histórico do sistema de consórcio financeiro

Segundo a Associação Brasileira de Administradora de Consórcios (Abac), o embrião do sistema de consórcio financeiro foi implantado no Brasil pelo governo Venceslau Brás em 1917, momento da criação do Clube de Mercadorias – composto por 120 (cento e vinte) participantes que, em prol de objetivos de aquisição comuns, promovia entregas mensais de bens por meio de sorteio (FERREIRA, 1998, p. 21).

Nos anos 1960, vimos um modelo de organização entre pessoas similar à estrutura do sistema de consórcio hoje. Um grupo de funcionários da Associação Atlética Banco do Brasil (AABB) se reuniu e criou um mecanismo de aquisição de bens, por autofinanciamento, que se daria mediante contribuições mensais em valores proporcionais ao prazo de pagamento e ao número de participantes, de modo a possibilitar a aquisição de bens em favor de todos, que seriam contemplados por sorteio (FERREIRA, 1998, p. 21-22).

O contexto histórico do Brasil nos anos 60 era perfeitamente favorável à organização das pessoas em grupos de consorciados, uma vez que a política de financiamento, tanto de dinheiro público quanto das instituições financeiras privadas, era direcionada às indústrias emergentes.

A industrialização tardia brasileira teve como uma das consequências o êxodo rural, em razão da crescente necessidade de mão de obra. O novo trabalhador

urbano não possuía recursos para adquirir bens de consumo à vista e também não conseguia ter acesso a financiamento que lhe proporcionasse a aquisição a prazo ou de maneira parcelada.

Com a conseqüente retração nas taxas de crescimento do país na época e a aceleração inflacionária, a população não tinha como absorver os produtos que começavam a ser produzidos no Brasil. Nesse contexto, o sistema de consórcio financeiro se apresentava como a melhor opção de poupança popular, pois possibilitava que os consorciados, caso contemplados, adquirissem o crédito necessário ao atendimento das suas necessidades de consumo, em momento anterior à própria poupança do montante integral do crédito³.

O crescimento do sistema de consórcio financeiro, porém, não foi acompanhado, nesse primeiro momento, de sua regulamentação. O desconhecimento da população sobre a natureza da prática e o oportunismo de golpistas que se aproveitavam da completa ausência de regulamentação e fiscalização dos agentes são apontados como as maiores causas do descrédito dos potenciais interessados na adesão ao sistema⁴.

Dessa forma, a fim de conferir maior credibilidade ao sistema de consórcio financeiro, em 1967 o Conselho Monetário Nacional (CMN) editou o primeiro ato normativo que trazia disposições sobre o sistema – a Resolução CMN nº 67, de 21 de setembro de 1967, cuja disposição mais relevante consistia na exigência do depósito dos recursos captados em bancos comerciais ou caixas econômicas⁵.

Na década de 1970, houve o reconhecimento do sistema de consórcio como importante meio de captação da poupança popular, conforme art. 7º, I e V, da Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971, sendo, posteriormente, regulamentado

3 “O consórcio é um sistema que estimula a economia, assegura a continuidade da comercialização e, principalmente, incute a cultura de poupança programada e dispensa dinheiro público ou bancário. Com menores custos, do ponto de vista econômico e financeiro, mostra-se como um meio alternativo para aquisição de bens e serviços de consumo extremamente relevante e, agora, com maior segurança jurídica e estabilidade, decorrentes da nova legislação, o sistema só tende a crescer” (MAIA, 2010, p. 69).

4 “O mecanismo – genuinamente brasileiro – ganhou publicidade e adeptos, tendo se expandido por quase todo o território nacional. Porém, a falta de fiscalização e de regulamentação abriu espaço para estelionatários, golpistas e fraudadores, o que ocasionou o descrédito dos potenciais interessados. A falta de profissionais competentes e a desonestidade de empresários contribuíram para a falência de várias administradoras de consórcios. A situação chegou a tal ponto que aderir a um grupo de consorciados tornou-se motivo de ‘chacota’” (MAIA, 2007, p. 19). No mesmo sentido: “Ninguém acreditava mais no sistema. As empresas eram mal estruturadas, sendo que a maioria delas não possuía nenhuma capacidade econômica ou qualquer preparação técnica. Além disso, a carência de pessoal qualificado era muito grande e havia várias pessoas desonestas disfarçadas de empresários de consórcio” (FERREIRA, 1998, p. 23).

5 Outras disposições importantes envolviam a análise da viabilidade econômico-financeira dos grupos de consorciados, além da vinculação da liberação do crédito acumulado à aquisição pretendida e da limitação do valor do bem objeto de aquisição e dos prazos e das prestações devidas pelos consorciados (Resolução nº 67 do CMN, disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1967/pdf/res_0067_v1_O.pdf>. Acesso em: 28. abr. 2016).

por meio do Decreto nº 70.951, de 9 de agosto de 1972, o qual determinou que a atividade de administração de grupos de consorciados dependeria de prévia autorização do Ministério da Fazenda⁶.

O reconhecimento constitucional da importância do sistema de consórcio financeiro se deu apenas em 1988. De acordo com o art. 22, XX, da Constituição da República Federativa do Brasil, é competência exclusiva da União legislar sobre o “sistema de consórcios e prêmios” (BRASIL, 1988).

A efetiva regulamentação por lei federal, em respeito à disposição constitucional, demorou cerca de vinte anos para ser implementada, tendo se efetivado com a promulgação da Lei nº 11.795, de 2008.

Não obstante, em 1991 o Banco Central do Brasil assumiu as funções de regulamentação e fiscalização do sistema de consórcios, promovendo, desde então, a edição de diversas circulares, sendo a mais importante a Circular BCB nº 2.766, de 3 de julho de 1997, que delineou as diretrizes do sistema de consórcio financeiro até a entrada em vigor da Lei nº 11.795, de 2008.

Demonstrada a evolução temporal da regulamentação do sistema de consórcio financeiro brasileiro, temos que, atualmente, seus conceitos e suas diretrizes principais encontram-se estabelecidos na Lei nº 11.795, de 2008, restando vigentes circulares do Banco Central do Brasil que trazem disposições em complementação à legislação federal⁷. São tais dispositivos normativos – analisados, ainda, à luz da Jurisprudência – que conferiram as diretrizes para a análise jurídica do sistema do consórcio financeiro proposta neste trabalho, especialmente sobre a interpretação e os efeitos do direito à desistência da participação em grupo de consórcio.

6 Outras disposições importantes envolviam o estabelecimento dos tipos societários permitidos às administradoras dos grupos de consorciados, limitação às taxas de administração, ao valor das parcelas e dos bens cuja aquisição poderia ser feita por meio do sistema de consórcio, além do número de consorciados permitido por grupos (Decreto nº 70.951, de 1972, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D70951.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016).

7 “A Circular BCB nº 2.381/1993 estabeleceu preceitos contábeis e a obrigatoriedade de elaboração, publicação e remessa das demonstrações financeiras ao BCB, devendo ser respeitado e utilizado o sistema Cosif. Franqueou às administradoras a possibilidade de manter ‘conta de depósitos bancários individualizada por grupo’. Neste mesmo campo, a Circular nº 2.861, de 1999, dispõe sobre os limites mínimos de patrimônio líquido ajustado (PLA) e limites operacionais para as administradoras de consórcio. Previu a obrigatoriedade das administradoras possuírem objeto social exclusivo e regras de restrição automática para constituição e operação de novos grupos. A circular BCB nº 3.192, de 5 de junho de 2003, complementando as exigências contábeis, instituiu a obrigatoriedade de auditoria externa independente para administradora de grupos de consorciados” (MAIA, 2007, p. 19).

2 Natureza jurídica dos grupos de consórcio

Antes de ser verificada a interação entre a regulação do Banco Central e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade e dos eventuais efeitos causados pela desistência de consorciado, cumpre-se dedicar à reflexão sobre a natureza jurídica dos grupos de consórcio.

A origem da terminologia “consórcio” no direito brasileiro é ligada ao consórcio de empresas, que vem a ser tratado, de forma genérica, pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, a partir do art. 278, e é assim definido pela doutrina:

Constitui o consórcio uma comunhão de interesses e de atividades que atende a específicos objetivos empresariais, que se originam nas sociedades consorciadas e delas se destacam. Estas procuram um fim comum específico, que é retirado dos fins gerais de cada uma delas. O consórcio forma-se para agregar meios para a consecução de um fim próprio (consórcio operacional), ou para habilitar as consorciadas – com a soma de seus recursos e aptidões – a contratarem com terceiros a execução de determinados serviços e obras (consórcio instrumental). O consórcio decorre de um contrato plurilateral firmado entre duas ou mais sociedades com atividades afins e complementares, visando a agregar meios capazes de leva-las a desenvolver atividades, pesquisas (consórcio operacional), ou capacitá-las a contratar com terceiros a execução de determinados serviços, obras, ou concessões (consórcio instrumental). Trata-se de uma comunhão de interesses, de objetivos e de atividades que não poderiam ser alcançados na esfera individual de cada empresa, e que, por isso, demanda a agregação de recursos e de aptidões para conseguir um determinado objetivo, de natureza operacional ou instrumental (CARVALHOSA, 2009, p. 398).

Também no âmbito do direito administrativo, o consórcio público tem nítido caráter contratual associativo⁸. Entretanto, deve-se ressaltar que, diferentemente do consórcio de empresas, após a promulgação da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, passou-se a conferir personalidade jurídica própria aos consórcios públicos.

8 “Diante do exposto, e com todas as ressalvas feitas quanto à forma como foram disciplinados, podem-se conceituar os consórcios públicos, perante a Lei nº 11.107/05, como associações formadas por pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), com personalidade de direito público ou de direito privado, criadas mediante autorização legislativa, para a gestão associada de serviços públicos” (DI PIETRO, 2008, p. 453).

Por certo que a definição apresentada por Carvalhosa traz diversas similaridades com a definição legal do consórcio financeiro, constante do art. 2º da Lei nº 11.795, de 2008, pois, assim como os consorciados que buscam o sistema de consórcio financeiro, as sociedades que desejam estabelecer um consórcio empresarial procuram um fim comum específico somente passível de ser atingido mediante associação e que não prejudica a autonomia de uma em relação à outra.

Essa noção talvez não seja a mais adequada se considerado o consórcio como sistema, que envolve um desencadeamento de cadeias contratuais que não restringem a atividade ao mero vínculo associativo⁹. Para a noção dos grupos de consórcio, contudo, o cenário muda de figura.

A Lei nº 11.795, de 2008, tratou, em seu art. 3º, da forma de interação entre os consorciados, por meio dos chamados grupos de consórcio, assim definidos como “sociedade não personificada constituída por consorciados para os fins estabelecidos no art. 2º” (BRASIL, 2008).

Temos, portanto, que, em razão de expressa definição legal, os chamados grupos de consórcio, forma de interação entre os consorciados, são sociedades não personificadas.

Sobre a natureza das sociedades não personificadas, leciona Féres (2011, p. 141):

Ao se abordar a temática da (a)tipicidade societária constou-se que o ordenamento brasileiro não repudia sociedades atípicas, apenas não lhes imprime personalidade jurídica. Nada obsta, no entanto, que sociedades se constituam de maneira informal, sem registro, para a realização de atividades econômicas. E é nesse contexto que se situa a sociedade criada de fato.

Trata-se, com efeito, de sociedade que não encontra guarida num tipo previsto no ordenamento, mas se amolda, perfeitamente, ao conceito legal de sociedade, constante, hoje, do art. 981, do Código Civil. Portanto, a ordem jurídica dela se compadece, conferindo-lhe validade e eficácia.

⁹ A esse respeito, importante destacar a crítica formulada por Felipe Maia: “Nítido, assim, que o consórcio financeiro não é uma espécie de consórcio de empresas, tampouco de consórcio administrativo. Desse ponto de vista econômico, tem-se, ainda, que é um relevante instrumento de política financeira, de controle de pressões inflacionárias, além de propiciar a poupança programada, a regulação da demanda e do consumo. Ademais, é menos afetado pelas oscilações da economia. De fato, mostra-se como um produto financeiro adequado à sociedade brasileira. Entre os seus diferenciais, cita-se a inexistência de juros, as prestações mais amenas e o maior prazo de pagamento” (MAIA, 2007, p. 28-29).

Feita a consideração de que a atipicidade societária tem efeito apenas para o estabelecimento de personalidade jurídica própria, cumpre analisar se, ao aderir a um grupo de consórcio, os consorciados celebram entre si um contrato de sociedade.

O Código Civil brasileiro traz, em seu art. 981, a definição do contrato de sociedade, ao afirmar que “celebram contrato de sociedades as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados” (BRASIL, 2002)¹⁰.

De acordo com o texto legal, conclui-se que os contratos de sociedade são bilaterais ou plurilaterais¹¹, consensuais¹² e onerosos¹³.

A análise do grupo de consórcio revela: a) a existência de duas ou mais pessoas; b) a reunião de recursos de tais pessoas; c) a atividade econômica, viabilizando a circulação de recursos financeiros, com o objetivo de adquirir bens ou serviços; d) a existência de fins comuns, já que os consorciados possuem objetivo de formar uma riqueza total que permita a todos os componentes a aquisição do bem ou serviço pretendido; e, por fim, e) a partilha dos resultados, uma vez que os consorciados são contemplados de maneira isonômica, e a Lei nº 11.795, de 2008, prevê, em seu art. 32, o dever de devolução pela administradora aos consorciados de eventuais recursos excedentes apurados no momento da finalização do grupo.

Cumpre ressaltar que a aceitação dos grupos de consórcio como sociedades despersonalizadas não é unânime pela doutrina. A esse respeito, destaca-se o

10 Veja-se, ainda, os elementos essenciais à formulação do conceito de sociedade: “Acreditamos que o conceito legal não merece censura, podendo-se, pois, destacar na formulação de qualquer conceito de sociedade alguns elementos, quais sejam: (a) a existência de duas ou mais pessoas; (b) reunião de capital e trabalho (fatores de produção); (c) atividade econômica (em oposição a atividades de mero gozo ou filantrópicas); (d) fins comuns (inerentes ao exercício das atividades por várias pessoas em conjunto); (e) partilha dos resultados (em decorrência do exercício em comum)” (TOMAZETTE, 2012, p. 192).

11 Sobre o tema, importante destacar o posicionamento da doutrina: “Ademais, sob o prisma numérico, o contrato de sociedade não comporta apenas duas partes em posições contrapostas, podendo abranger um número infinito de pessoas que figuraram no contrato societário e se obrigam a colaborar para que o fim comum seja atingido. Neste aspecto, a doutrina menciona um caráter aberto da relação societária. Por outro lado, denominar o contrato de sociedade de contrato plurilateral não importa em exigir que necessariamente o quadro societário seja formado por mais de duas pessoas, pois a ideia está na possibilidade de existir uma pluralidade de pessoas e não na obrigatoriedade de consumação deste fato, sob pena de desnaturar o contrato de sociedade” (WALD, 2010, p. 71-72). “Plurilaterais são os contratos que envolvem mais de duas partes, como o contrato de sociedade com mais de dois sócios e os consórcios de bens móveis e imóveis” (GONÇALVES, 2006, p. 290).

12 “Posto exija a conjunção de recursos, o investimento deste não é condição para a perfeição do contrato. Basta o consentimento das partes, sendo, por isso, simplesmente consensual” (GOMES, 2008, p. 481).

13 “Pertence, enfim, à categoria dos contratos onerosos, visto que, embora cada sócio coopere para a realização do fim comum, tem em mira obter proveito pessoal” (GOMES, 2008, p. 481).

posicionamento de Felipe Maia, para quem a natureza dos grupos de consórcio seria de associação de fato:

A natureza do grupo é outra: é uma massa despersonalizada – associação de fato. Com efeito, se os consorciados não são reunidos com o fim de exercerem atividade econômica no intuito de dividir resultados, porém, para se coordenarem em uma atividade sem fins lucrativos, tem-se presente o elemento caracterizador da pessoa jurídica associação: a reunião de pessoas com fins não lucrativos (MAIA, 2010, p. 80-81).

Não parece, entretanto, que a associação de fato corresponda à natureza jurídica do grupo de consórcio. A definição de associação, de acordo com o art. 53 do Código Civil brasileiro, faz referência à “reunião de pessoas que se organizem para fins não econômicos” (BRASIL, 2002), conceito relevantemente diferente de fins não lucrativos.

Por certo que a reunião de pessoas com o objetivo de formar poupança programada para possibilitar a aquisição de bens ou serviços constitui fim econômico. Chama-se atenção, novamente, para a relevância econômica e financeira do sistema de consórcio financeiro, uma vez que há a circulação de riquezas, por meio de um sistema considerado não monetário e não inflacionário. Ademais, por certo que os consorciados, diferentemente dos associados, possuem direitos e obrigações mútuos, podendo exigir, reciprocamente, a contribuição periódica dos valores devidos ao fundo comum.

Sobre a diferença da reciprocidade entre sócios e associados, leciona Gomes (2008, p. 480):

Na sociedade, duas ou mais pessoas põem em comum esforços e bens para a consecução de fim econômico, a ser obtido mediante a cooperação de todos. O objetivo dos que se agrupam, considerando no seu aspecto subjetivo, é o proveito comum.

Mas para a consecução de fins não econômicos agrupam-se também os indivíduos, formando uma associação, que se distingue da sociedade não só pela finalidade, mas, sobretudo, porque entre os associados não se estabelecem direitos e obrigações recíprocos.

O enquadramento do vínculo estabelecido entre os consorciados como contrato de sociedade tem diversas repercussões, como, por exemplo, a possibilidade de que a parcela inadimplida por um consorciado lhe venha a ser exigida pelos demais, ou pela administradora, na condição de mandatária daqueles, em razão da reciprocidade das obrigações. Há repercussões, ainda, na hipótese de desistência do consorciado de integrar um grupo, conforme será adiante analisado.

3 Possibilidade de desistência da adesão ao grupo de consórcio pelo consorciado

Como exposto no tópico anterior, a natureza jurídica do grupo de consórcio é de sociedade de fato. Nesse contexto, tem-se que os consorciados figurariam como sócios, caracterizando o depósito dos recursos objeto do contrato de consórcio, o aporte de capital.

Sendo assim, o direito à desistência da inclusão em grupo de consórcio poderia ser equiparado ao direito de retirada do sócio dissidente.

Os grupos de consórcio geralmente possuem prazo de duração, sendo equiparados, assim, às sociedades com prazo determinado, o que significa que o direito de retirada dos sócios, adicionalmente à previsão legal, encontra fundamento no art. 1.029 do Código Civil: “Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; [...] se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa” (BRASIL, 2002).

Resta demonstrado, assim, que a desistência do consórcio, com exercício do direito de retirada do grupo de consórcio, seria possível em razão de disposição legal, contratual, ou, caso demonstrada justa causa, em razão da previsão residual do art. 1.029 do Código Civil.

No caso dos consorciados, existe previsão normativa do direito de desistência, ou “retirada”, na Circular BCB nº 3.432, de 3 de fevereiro de 2009: “Art. 2º Considera-se consorciado excluído o participante que: I – manifeste, por escrito, intenção de não permanecer no grupo” (BRASIL, 2009).

Os requisitos trazidos pela regulação do Banco Central, portanto, condicionam o exercício da retirada pelo consorciado apenas à sua manifestação de vontade, por escrito, de não permanecer no grupo.

A possibilidade de desistência do consorciado é, assim, autorizada expressamente pelo órgão responsável pela regulação do sistema.

A omissão legislativa e regulatória permanece em relação aos efeitos dessa desistência, especialmente no tocante ao momento do recebimento, pelo consorciado excluído, dos valores com os quais já havia contribuído para patrimônio do grupo.

O Superior Tribunal de Justiça, como será adiante destacado, decidiu mediante tese fixada em julgamento representativo de controvérsia (a qual, portanto, é orientação com força praticamente vinculante aos tribunais de origem, conforme as disposições do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época do julgamento).

Entretanto, cumpre ponderar se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça reflete uma interpretação sistemática do arcabouço regulatório do sistema de consórcio financeiro brasileiro, assim como refletir se o Banco Central do Brasil deveria aprimorar a regulação desse ponto.

3.1 Regulação pelo Banco Central do Brasil

A expressa previsão normativa da possibilidade e dos requisitos para o exercício do direito de desistência do consorciado encontra-se na Circular BCB nº 3.432, de 2009, como destacado anteriormente.

Além de conceituar o consorciado excluído, a circular se limita a prever que ele será reembolsado por recursos do grupo e de seus eventuais rendimentos, sem se preocupar em estabelecer diretrizes sobre o momento e cômputo do reembolso.

É curioso, todavia, que alguns dispositivos, de forma indireta, direcionem para a possibilidade de o consorciado excluído ter sido contemplado em momento anterior ao encerramento do grupo de consórcio. Veja-se:

Art. 26. A comunicação de que trata o art. 31 da Lei nº 11.795, de 2008, observado o prazo nele estabelecido, deve ser encaminhada também aos seguintes participantes contendo informações sobre:

I – aos participantes excluídos que não tenham utilizado ou resgatado os respectivos créditos, que os mesmos estão à disposição para recebimento em espécie;

[...]

Art. 27. O encerramento do grupo deve ser precedido da realização pela administradora de consórcio de depósito dos valores remanescentes ainda não devolvidos aos consorciados e participantes excluídos, se por eles previamente autorizado, nas respectivas contas de depósito à vista ou de poupança informadas nos contratos de adesão, se o consorciado possuir, comunicando-se a realização do depósito, mantida a documentação comprobatória dos procedimentos adotados. (BRASIL, 2009)

Apesar de admitir indiretamente a possibilidade de recebimento dos recursos pelo consorciado excluído, o Banco Central do Brasil também não chegou a regulamentar, propriamente, os meios de apuração de reembolso, especialmente seu momento de pagamento, em caso de consorciados desistentes.

A questão tem extrema relevância, pois está diretamente envolvida com a confiabilidade do sistema de consórcio financeiro, que inicialmente apontava para um horizonte de insegurança jurídica (antes da pacificação da jurisprudência pelo Superior Tribunal de Justiça) e agora vê um cenário no qual a desistência pode significar, de acordo com o caso concreto, ônus desproporcional e grave ao consorciado excluído. Será analisado, no próximo tópico, o resultado da ausência de tratamento legislativo e normativo da questão.

3.2 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, com pretensão fundamentada no art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.795, de 2008, que dispõe que “o interesse do grupo de consórcio prevalece sobre o interesse individual do consorciado” (BRASIL, 2008), possui posicionamento consolidado no sentido de que, na hipótese de desistência do consorciado, a restituição das contribuições por ele pagas deve ser feita apenas por ocasião do encerramento do grupo. Destaca-se a seguir a ementa do precedente de recurso repetitivo sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. JULGAMENTO NOS MOLDES DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS PELO

CONSORCIADO. PRAZO. TRINTA DIAS APÓS O ENCERRAMENTO DO GRUPO.

1. Para efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil: é devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano.

2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 1.119.300/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/4/2010, DJe 27/8/2010)

Como destacado nos tópicos anteriores, a Lei nº 11.795, de 2008, não regula suficientemente os efeitos da desistência manifestada pelo consorciado, pois parte dos dispositivos do projeto de lei que tratavam dessa matéria foram revogados, tendo permanecido no texto e entrado em vigor apenas o dispositivo que prevê a possibilidade de contemplação do consorciado excluído¹⁴.

Importante destacar, inclusive, que os dispositivos vetados previam como momento do reembolso apenas após o encerramento do grupo de consórcio, na mesma linha que foi seguida pelo Superior Tribunal de Justiça.

A mensagem de veto deixa claro, no entanto, que a exigência de ônus desproporcional ao consorciado, a partir da previsão de espera do encerramento do grupo para reembolso das parcelas, foi exatamente o motivo para a previsão que vem sendo aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça ter sido vetada. Assim dispõe a mensagem de veto:

Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 30 e os incisos II e III do art. 31 da proposição tratam da devolução dos valores pagos ao participante excluído. A redação do projeto impõe ao excluído do consórcio duas possibilidades para restituição das quantias vertidas: ser contemplado em assembleia ou ser restituído 60 dias após a data da realização da última assembleia.

Nesse contexto, os dispositivos citados afrontam diretamente o artigo 51, IV, c/c art. 51, § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelecem regra geral proibitória da utilização de cláusula abusiva nos contratos de consumo. Com efeito, embora o consumidor deva arcar

14 “Art. 30. O consorciado excluído não contemplado terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, cujo valor deve ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembleia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante, na forma do art. 24, § 1º” (BRASIL, 2008).

com os prejuízos que trouxer ao grupo de consorciados, conforme § 2º do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, mantê-lo privado de receber os valores vertidos até o final do grupo ou até sua contemplação é absolutamente antijurídico e ofende o princípio da boa-fé, que deve prevalecer em qualquer relação contratual.

Ademais, a inteligência do Código de Defesa do Consumidor é de coibir a quebra de equivalência contratual e considerar abusiva as cláusulas que colocam o consumidor em “desvantagem exagerada”, tal como ocorre no caso presente. A devolução das prestações deve ser imediata, sob pena de impor ao consumidor uma longa e injusta espera (BRASIL, 2009).

As razões do veto apresentadas pelo Ministério da Justiça e pela Advocacia-Geral da União, portanto, expuseram incompatibilidade dos dispositivos que tratavam da desistência dos consorciados com o Código de Defesa do Consumidor, sugerindo que a devolução das parcelas deveria ser imediata.

Destaca-se, contudo, que o melhor tratamento da matéria também não parece ser a devolução imediata, pois, inexistindo recursos suficientes no fundo comum para pagamento das parcelas do consorciado excluído, não se justificaria, realmente, conforme art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.795, de 2008.

Tudo parece direcionar, seguindo essa linha de ideias, para a recomendação de que o momento de reembolso das parcelas pagas seja apurado de acordo com algumas circunstâncias fáticas.

Seguindo esse raciocínio, a Ministra Nancy Andrighi, em louvável voto-vista proferido por ocasião do julgamento mencionado acima, destacou que o posicionamento da Corte Superior vem sendo muito genérico, sem a consideração, de forma pormenorizada, das diversas situações que podem envolver este interesse na desistência pelo consorciado. Destacam-se as conclusões da ilustre julgadora:

Forte em tais razões, peço vênica para divergir do voto do i. Min. Relator, dando PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, para determinar que a restituição dos valores pagos por LUIZ CARLOS CASSIANO RODRIGUES seja feita: (i) assim que o grupo tiver em caixa disponibilidade de recursos, ausente circunstância de maior urgência ou relevo que justifique a sua utilização; (ii) havendo a cessão da cota para terceiro, assim que o novo consorciado recolher, a título de obrigações vencidas, valor

equivalente ao crédito a ser restituído; ou (iii) por ocasião do encerramento do grupo; aquilo que ocorrer primeiro. Em qualquer hipótese, o crédito a ser restituído equivalerá às parcelas pagas pelo recorrido, acrescida de atualização com base na remuneração conferida às aplicações financeiras dos recursos do grupo e descontadas as penalidades contratuais aplicáveis, despesas de transferência da cota, bem como indenização por outros eventuais prejuízos suportados pelo grupo em virtude do desligamento do recorrido. Decorrido mais de 30 dias do evento que justificar o reembolso do recorrido, o montante a ser restituído deverá ser acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, tudo a ser devidamente apurado em sede de liquidação de sentença (Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.119.300/RS. Segunda Seção. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Diário do Superior Tribunal de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 27 de agosto de 2010. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900133272&dt_publicacao=27/08/2010>. Último acesso em: 28 abr. 2016).

O voto-vista, contudo, não foi acompanhado pela maioria dos Ministros da Corte Superior, e o entendimento que sobreveio, o qual consagrou dispositivo legal que havia sido vetado exatamente por violar legislação infraconstitucional, é de que os consorciados excluídos receberão seu reembolso apenas após o encerramento do grupo, independentemente da existência de patrimônio para pagamento imediato ou breve.

Chama-se atenção, entretanto, que o entendimento majoritário não contou com nenhum tipo de modulação de efeitos a algum caso concreto.

Ademais, em nenhum momento houve a efetiva análise, pelos Ministros, dos institutos vinculados ao consórcio financeiro e das consequências de seu enquadramento como sociedade de fato.

Se houvesse exame nesse sentido, vislumbrar-se-ia a relação entre o consorciado desistente, tratado pela própria lei como consorciado excluído, e a possibilidade de exclusão do sócio remisso, conforme art. 1.058 do Código Civil¹⁵.

Ainda que se justifique o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sob uma ótica de proteção ao sistema de consórcio, uma vez que torna deveras

15 “Art. 1.058. Não integralizada a quota de sócio remisso, os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas” (BRASIL, 2002).

onerosa a opção pela desistência e, com isso, aumenta a confiabilidade na duração dos investimentos direcionados ao sistema, o nível de profundidade com que a Corte Superior tratou o tema merece crítica. Exceção deve ser feita ao consciencioso voto da Ministra Nancy Andri ghi, que parece mais adequado à complexidade da questão, por analisar a possibilidade de alienação da quota do consorciado desistente, assim como a possibilidade de quitação dos valores a ele devidos diante de eventual existência de dinheiro em caixa suficiente para a sua recomposição, sem prejuízo aos demais consorciados, em consonância com os dispositivos legais aplicáveis à exclusão do sócio remisso.

Conclusão

Por todo o exposto, verificou-se que o sistema de consórcio financeiro é um instituto substancialmente mais complexo do que aparenta ser de acordo com o senso comum (constituição de vínculo associativo entre pessoas com o objetivo de adquirir bens ou serviços), que permite interações de diversas naturezas jurídicas entre os agentes do sistema, inclusive de natureza societária entre os consorciados.

Acontece que, muito embora tenha sido reconhecida a natureza societária do vínculo entre os consorciados, o tratamento da possibilidade de desistência do consorciado não é equiparado ao direito de retirada dos sócios.

Apesar de a hipótese de exclusão do consorciado se encontrar prevista na regulamentação do Banco Central do Brasil, seus efeitos não se encontram previstos ainda na legislação ou pelas normas que regem o sistema.

Sendo assim, coube ao Superior Tribunal de Justiça interpretar a omissão legislativa, mas o que se verificou foi a interpretação a partir da aplicação de dispositivos que haviam sido vetados, exatamente em razão de suposta abusividade. O entendimento que prevaleceu foi de que, independentemente de quaisquer circunstâncias, o consorciado excluído receberia seu reembolso apenas após o encerramento do grupo.

Tal conclusão não aparenta ser a que melhor resolve a questão, especialmente por não considerar circunstâncias fáticas, com a possibilidade de imposição de ônus desproporcional aos consorciados.

Assim, o ideal seria a regulação, pelo Banco Central do Brasil, das hipóteses de exclusão dos consorciados e dos critérios para apuração do reembolso e de pagamento para o excluído, de forma a incentivar, a partir da redução dos custos de transação, o aporte de recursos no sistema.

Referências

ABRÃO, Carlos Henrique. **Do Consórcio**. Rio de Janeiro: GZ. Ed. 2010.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Circular nº 2.766**. Dispõe sobre a constituição e o funcionamento de grupos de consórcio. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/45567/Circ_2766_v1_O.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. **Circular nº 3.432**. Dispõe sobre a constituição e o funcionamento de grupos de consórcio. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47690/Circ_3432_v1_O.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971**. Dispõe sobre distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, estabelece normas de proteção à poupança popular e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 de dezembro de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5768.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder

Executivo, Brasília, DF, 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. _____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. _____. **Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.** Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. _____. **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.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11795.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. **Resolução nº 67, de 21 de setembro de 1967.** Disponível em <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1967/pdf/res_0067_v1_O.pdf> Último acesso em: 28 abr. 2016.

_____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. Presidência da República. **Decreto nº 70.951, de 9 de agosto de 1972.** Regulamenta a Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971, que dispõe sobre a distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, e estabelece normas de proteção à poupança popular. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 de agosto de 1972. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D70951.htm> Último acesso em 28 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.119.300/RS**. Segunda Seção. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Diário do Superior Tribunal de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 27 de agosto de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900133272&dt_publicacao=27/08/2010>. Último acesso em: 28 abr. 2016.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. v. 4: tomo II, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade em comum**: disciplina jurídica e institutos afins. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Fabiano Lopes. **Consórcio e Direito**: Teoria e Prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: volume 1: parte geral. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. **Consórcio financeiro**: o sistema e o pedido de restituição do consorciado na falência da administradora. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2007.

_____. **Consórcio financeiro**: o consórcio de bens de consumo como atividade financeira típica. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, ano 11, n. 40, abr-jun/2008, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. O sistema de consórcio financeiro na Lei 11.795/2008. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, ano 13, n. 47, jan-mar/2010, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**: Teoria Geral e Direito Societário. v. 1, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WALD, Arnaldo. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. XIV: livro II, do direito de empresa; coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

A Defesa de Agentes Públicos pelos Órgãos da Advocacia-Geral da União: função típica de advocacia de Estado

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho*

Introdução. 1 A falsa polêmica “Advocacia de Estado” versus “Advocacia de Governo” quando se trata da defesa de agentes públicos pelos órgãos da Advocacia Pública. 2 Atribuição típica de advogado público, devidamente regulamentada, prevista em lei e na Constituição da República. 3 Hipóteses de cabimento da representação judicial de agentes públicos por advogados públicos. 4 Notas sobre a experiência prática e o índice de êxito da PGBC em processos dessa natureza. 5 Quem deve arcar com as despesas processuais: o agente público ou a Administração Pública? Conclusão.

Resumo

O objetivo deste artigo é demonstrar que a defesa de agentes públicos pelos órgãos da Advocacia-Geral da União (AGU) é função típica de advocacia de Estado. O tema é momentoso e alcançou o mais elevado grau de polêmica na defesa da Presidente da República, Dilma Vana Roussef, pelo Advogado-Geral da União, José Eduardo Martins Cardozo, no processo de *impeachment* contra ela instaurado, ora em discussão no Poder Legislativo. O debate sobre o assunto, porém, não é novo, sendo controvertido até mesmo entre os próprios advogados públicos, muitos precursores ou adeptos da opinião de que essa atividade seria o

* Subprocurador-Geral do Banco Central, titular da Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília. Especialista MBA em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getulio Vargas (FGV) – Brasília. Aperfeiçoamento em *Tradizione Civilistica e Armonizzazione*. *Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Uniroma*, Itália. O presente artigo é a opinião técnica do autor e não representa necessariamente o posicionamento do órgão no qual atua.

que denominam “Advocacia de Governo”, quando o papel da Advocacia Pública seria exclusivamente exercer a “Advocacia de Estado”. O assunto é tratado no plano da hermenêutica constitucional, legal e infralegal, com referência aos regulamentos e às orientações sobre a matéria em vigor tanto no âmbito da AGU quanto especificamente no da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) – não apenas teoricamente, mas também com alguma alusão à experiência prática e aos resultados alcançados pela PGBC nessa atividade. A conclusão a que se chega é no sentido de ser atribuição inerente à Advocacia Pública defender o agente do Estado quando processado por atos por ele praticados no exercício da função pública, colimando o interesse público, cabendo aos próprios órgãos da AGU analisar caso a caso para verificar a presença dos requisitos autorizadores do exercício dessa relevante atividade advocatícia estatal. Conclui-se, também, que essa defesa patrocinada pelo Estado tem finalidade dúplice: defender o próprio Estado, porquanto o ato ou a política pública, no caso de condenação do agente público, seria consequentemente nulificado pelo Judiciário; e prover os agentes públicos da segurança jurídica necessária ao desempenho de suas funções constitucionais, legais e regulamentares.

Palavras-chave: Advogados públicos. Representação judicial. Agentes públicos. Função típica da advocacia de Estado.

Legal defense of public officials by the Advocacy-General of the Union: typical function of the State’s lawyers

Abstract

This article aims at demonstrating that the legal defense of public officials by the branches of the Advocacy-General of the Union is a typical function of the State’s lawyers. This issue has gained public attention due to the recent events involving the defense of the President of the Republic, Dilma Vana Rousseff, by the General Counsel of the Union, José Eduardo Martins Cardozo, in the proceedings regarding her impeachment before the National Congress. The debate on the issue has been around for some time, with some public lawyers defending that such a defense should not be done, as it is associated with the concept of “Government” lawyering, and

not with that of “State” lawyering, which should be the exclusive concern of public lawyers. In this article, the matter is dealt with by recourse to the Constitution, as well as to acts, bylaws and orientations in force in the Advocacy-General of the Union and in the General Counsel’s Office of the Central Bank of Brazil, not only theoretically, but also with reference to the practice and to the results achieved by the latter in such proceedings. I conclude that the defense of public officials is an attribute inherent to the roles of a public lawyer as long as the acts of the officials under scrutiny have been performed in the exercise of their duties. If so, there would be public interest in the defense of the official. I also conclude that such a defense has two aims: (i) to defend the State itself, in the sense that the very piece of legislation or public policy would be nullified if the official were held liable for her acts; and (ii) to provide public officials with legal certainty, so that they can safely perform their functions in accordance with the Constitution, the law and the bylaws.

Keywords: *Public lawyers. Legal defense. Public officials. Typical function of State lawyering.*

Introdução

É no mínimo desconfortante, para qualquer advogado público que exerça semelhante atribuição, saber, primeiramente por matéria publicada em revista jurídica eletrônica especializada¹, depois repercutida em página de grande jornal na internet², que o Advogado-Geral da União foi representado perante a Comissão de Ética Pública da Presidência da República pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal (OAB/DF), que pede a demissão de Sua Excelência por exercer a defesa da Presidente da República no processo de *impeachment* ora em discussão no Parlamento. A polêmica sobre a matéria grassa não só no meio jurídico, mas se espalha pela sociedade brasileira em geral.

1 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-24/oab-df-faz-representacao-cardozo-presidencia>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

2 Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1755823-defesa-de-presidente-pela-agu-provoca-polemica-no-meio-juridico.shtml>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

Sou Advogado Público Federal, Subprocurador-Geral do Banco Central, titular da Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal, tendo ingressado no início da carreira de Procurador do Banco Central por concurso público há 23 anos, sempre atuando na área judicial. A atribuição constitucional, legal e regulamentar da função pública que exerço é, por óbvio, sobretudo representar judicialmente o Banco Central, e assim o tenho feito juntamente com uma denodada e combativa equipe de procuradoras e procuradores, com índice de êxito judicial que varia em torno de 90%. Temos obtido sucesso em juízo representando não apenas a Autarquia, mas também seus dirigentes e servidores, e com muita honra, além do mesmo denodo e da mesma combatividade.

Já se disse no passado que o Estado seria uma ficção jurídica, definição que não reputo das melhores porque a presença do Estado para a sociedade é muito palpável: nada pode ser mais real, por exemplo, do que os impostos que ele cobra de todos nós cidadãos. Não obstante, pelo menos para explicar que o Estado inexistente sem as pessoas que lhe dão vida, tal definição serve a esse propósito. Não há Estado sem governantes, sem administradores, muito menos sem servidores públicos. Não é possível defender o Estado sem se defender quem o governa, quem o administra, tampouco quem serve ao público.

Além de representar o Banco Central em juízo, de defender o patrimônio público, nós advogados públicos temos também a incumbência de assegurar a exequibilidade das políticas públicas legítima e democraticamente definidas pelos Poderes Executivo e Legislativo. E não se podem defender tais políticas públicas sem se defenderem – com mais intensidade até – os que as planejam, formulam, executam, enfim, aquelas pessoas que as definem e põem em prática. Em suma, se os *policy makers* não pudessem ser defendidos pelos advogados do Estado, o próprio Estado e suas políticas ficariam indefesos, ou sua defesa, presumivelmente, ficaria a depender da capacidade financeira desses agentes ou até mesmo de relações pessoais com advogados dispostos a atuar *pro bono*. Os agentes públicos suportariam, assim, além de outros prejuízos materiais e morais que a própria ação judicial representa, o injusto ônus financeiro de arcar com os honorários advocatícios a serem pagos a advogados privados – em regra, menos especializados em assuntos relacionados ao Estado, que não conhecem tão bem a Administração Pública pelo “lado de dentro”, que podem ignorar fatos cotidianos relevantes para o deslinde da controvérsia, inerentes à gênese dos atos administrativos ou das

políticas públicas judicialmente questionadas. Políticas e atos que, na mais das vezes, estão previamente lastreados em subsídios técnicos de servidores públicos e em pareceres jurídicos de advogados públicos da área consultiva.

Nem de longe quero, com isso, desqualificar o grande número de juristas que atuam na iniciativa privada e são altamente expertos em Direito Constitucional, Administrativo e outros vários e modernos ramos do Direito relacionados à atividade administrativa, como o da Regulação. Apenas trago à reflexão o fato inegável de que a Advocacia Pública está cada vez mais especializada, pelas suas próprias atribuições, em tais matérias. E seus membros, naturalmente, tendem a ser mais vocacionados no exercício dessa atividade, por adquirirem, ao longo da carreira profissional, conhecimentos teóricos e experiência prática capazes de lhes propiciar maior aptidão para lidar com questões dessa natureza, além de terem maior facilidade de acesso e até mesmo o poder legal de requisitar subsídios técnicos e documentos que informam os atos judicialmente impugnados³.

A defesa privada e onerosa do agente público, em vez da exercida e patrocinada gratuitamente pela Advocacia Pública, seria, nessa perspectiva, no mínimo menos ampla (art. 5º, LV) e, supostamente, menos eficiente (art. 37, *caput*) do que a preconizada pela Constituição da República. Eis porque a Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, em seu art. 22, dispõe que “A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República [...]”, além de outros agentes públicos que relaciona não exaustivamente.

Se não é só uma ficção, não há dúvida de que o Estado não é pessoa natural. Não tem corpo físico, não possui consciência, não sofre, não se emociona, não possui honra subjetiva, nem sentimentos, família tampouco. Só as pessoas naturais têm carne, osso, sangue, alma. As jurídicas não. Ao representar em juízo as pessoas físicas dos dirigentes e dos servidores do Banco Central, temos cuidado redobrado porque sabemos que estamos lidando em prol de seres humanos.

Tenho defendido, desde 1993, quando tomei posse e entrei em exercício do cargo de Procurador do Banco Central, de modo republicano, independente de colorações políticas, partidárias ou ideológicas, agentes que servem ao governo atual e que serviram a governos anteriores, desde os governos Collor, Itamar e FHC, até

3 *Vide*, por exemplo, a previsão contida na Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, art. 4º, que determina aos órgãos e agentes públicos que forneçam elementos de fato e de direitos necessários à atuação dos membros da advocacia pública.

os governos Lula e Dilma. Não citarei nomes para não os expor, porquanto todo processo judicial dessa natureza representa – não obstante a presunção constitucional de inocência – uma diminuição, por menor que seja, no *status dignitatis* da pessoa humana que a ele responde perante a sociedade. Quero dizer, porém, que, além de pessoas renomadas – atacadas em juízo muitas vezes de modo tão leviano que caracterizaria litigância de má-fé –, são todas, apesar de suas diferenças, sem exceção, nos casos em que atuamos, pessoas injustamente processadas em ações civis públicas, ações de improbidade administrativa, ações populares etc., e que merecem o mais sagrado, mais amplo, menos oneroso, mais eficiente possível direito de defesa.

Enfim, o Advogado-Geral da União, José Eduardo Martins Cardozo, nada mais faz, no rumoroso processo de *impeachment* ora em testilha, ao meu entender, do que cumprir o seu dever profissional, constitucional, legal e regulamentar de exercer a advocacia pública. Se ele estivesse a cometer alguma irregularidade pelo simples fato de defender a Presidente da República, em razão de atos por ela praticados no exercício da função, como a assinatura de decretos de suplementação orçamentária previamente apreciados e fulcrados em pronunciamentos técnicos de analistas orçamentários da Secretaria de Orçamento Federal e pareceres jurídicos da Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), órgão de execução da AGU, bem como em manifestações legais da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, eu e os demais colegas que atuam em feitos desse jaez – em que se questionam em juízo atos praticados por agentes do Banco Central no exercício da função, igualmente respaldados em análises técnicas dos Departamentos competentes da Autarquia e em prévios pareceres jurídicos da própria PGBC – também estaríamos a incorrer em irregularidades da espécie diuturnamente.

Eis o motivo do sobredito desconforto⁴. Não se trata aqui de avaliar o modo pelo qual o Advogado-Geral da União está exercendo a defesa da Presidente da República, muito menos a procedência ou não do pedido de *impeachment*. O presente trabalho tem, tão somente, a finalidade de apresentar à sociedade,

4 No curso da redação deste artigo, sobreveio decisão da Comissão de Ética Pública da Presidência da República (CEP), que, por unanimidade, rejeitou e arquivou a aludida representação da OAB/DF contra o AGU. Segundo a decisão da CEP: “A defesa dos atos da presidente da República, nos moldes apresentados na denúncia, enquadra-se no âmbito da competência da Advocacia-Geral da União e, por conseguinte, de seu ministro-chefe. É que os atos representados dizem respeito a práticas desenvolvidas pela presidente da República, no exercício de sua função de chefe de Estado e de Governo, na condição de ordenadora de despesas”. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/400579>. Acesso em: 27 abr. 2016.

à comunidade jurídica, aos advogados públicos e especialmente aos colegas procuradores e às colegas procuradoras do Banco Central, bem como aos dirigentes e servidores da Autarquia, um panorama jurídico sobre o tema da representação judicial dos agentes públicos pelos órgãos da AGU; os fundamentos constitucionais, legais, regulamentares e as orientações para o exercício dessa nossa atribuição; alguma experiência profissional prática acumulada nesse tipo de trabalho; e, sobretudo, a tranquilidade necessária para desempenharmos com presteza essa nossa atividade advocatícia, essencial para o cumprimento e a concretização dos deveres e das promessas da Constituição e do Estado. Por fim, demonstrar ainda que, assim procedendo, estaremos provendo os agentes do Estado da segurança jurídica necessária ao exercício de suas atribuições.

1 A falsa polêmica “Advocacia de Estado” versus “Advocacia de Governo” quando se trata da defesa de agentes públicos pelos órgãos da Advocacia Pública

Falsas polêmicas geralmente ocorrem em razão de mal entendidos a respeito de ideias controvertidas. É preciso, assim, para dirimi-las, conceituar ou pelo menos convencionar entre os polemistas as ideias objeto da controvérsia.

Palavras como “Estado”, “Governo”, “Administração Pública” e as referentes às pessoas que a elas correspondem – “governante”, “administrador público”, “servidor público” – estão no seio desse debate e possuem diversos campos semânticos: o sentido comum ou leigo, além do filosófico, político e jurídico. Sobre esses conceitos, jorraram-se cataratas de ideias com as mais variadas concepções, cuja exposição não se faz necessária neste breve artigo, razão por que buscaremos adotar, restritos à seara jurídica, terminologia mais atual e condizente com o objetivo específico deste trabalho, encontrada na doutrina da Teoria do Estado, do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.

Já de partida, em seu festejado livro *Teoria do Estado e da Constituição*, Miranda (2003, p. 1), ao desvelar “O fenômeno político do Estado”, evidencia a concepção atual de “Estado”, que integra as pessoas dos governantes e dos governados, *in verbis*:

Nos nossos dias, toda esta problemática [do fenômeno político] surge posta, directa ou indirectamente, a respeito do Estado. É no Estado – **organização de governantes e de governados ou comunidade dos cidadãos** – que se patenteia a mais clara luz, pois o Estado constitui a **sociedade política característica dos últimos séculos e, decerto, a mais complexa, a mais sólida e a mais expansiva da história.**

Conhecem-se também as duas perspectivas primárias das quais o Estado pode ser encarado: como Estado-comunidade e como Estado-poder; como sociedade, de que fazemos parte e em que se exerce um poder para a realização de fins comuns, e como poder político manifestado através de **órgãos, serviços e relações de autoridade.** Mas estas perspectivas não devem cindir-se, sob pena de se perder a unidade de que depende a subsistência do político; e essa unidade é, para o que aqui interessa, **uma unidade jurídica, resulta de normas jurídicas** (grifos nossos).

Ora, sendo o Estado, nessa concepção do renomado jurista português, **organização entre governantes e governados**, que pode ser encarado, em sua perspectiva de Estado-poder, como **poder político que se manifesta mediante “órgãos, serviços e relações de autoridade”**, não há como negar que a manifestação do poder do Estado é realizada por meio de pessoas humanas. Governantes e administradores públicos (“órgãos” e “relações de autoridade”), servidores públicos (“serviços”), a comunidade de cidadãos, enfim, todos **integram** a organização estatal.

Os cidadãos e a sociedade organizada já não participam do Estado apenas passivamente, como destinatários das políticas públicas que visam ao bem comum, mas dele participam, sobretudo ativamente, seja pelo exercício de seus direitos políticos, direta ou indirectamente na manifestação de suas liberdades democráticas, seja pelo exercício de fundamentais direitos de ordem processual, que lhes assegura o Estado constitucionalmente organizado: o de exigir a apreciação do Poder Judiciário sobre qualquer lesão ou ameaça a Direito (Constituição da República, art. 5º, XXXV).

Assim como a definição de Estado remete à de Governo, a recíproca também é verdadeira. Levi (1998, p. 553) assim define “Governo”:

Numa primeira aproximação e com base num dos significados que o termo tem na linguagem política corrente, **pode-se definir Governo como**

o conjunto de pessoas que exercem o poder político e que determinam a orientação política de uma determinada sociedade. É preciso, porém, acrescentar que o poder do Governo, sendo habitualmente institucionalizado, sobretudo na sociedade moderna, está normalmente associado à noção de Estado. Por consequência, pela expressão “governantes” se entende o conjunto de pessoas que governam o Estado e pela de “governados”, o grupo de pessoas que estão sujeitas ao poder do Governo na esfera estatal (grifos nossos).

Enfim, não se negam as várias distinções filosóficas, políticas, sociológicas e jurídicas dos termos “Estado” e “Governo”. Ao contrário, o que se pretende é buscar justamente a semelhança e a reciprocidade existente entre essas categorias jurídicas em determinado campo semântico, sobretudo perante a controvérsia existente entre tais ideias no âmbito de uma questão muito prática: **a atribuição constitucional e legal da Advocacia Pública de defender o Estado e o Governo, pois, a meu ver, a defesa de um implica a defesa do outro e vice-versa.**

Portanto, já no plano da Ciência Política, os conceitos acima expostos demonstram que a diferenciação entre Estado e Governo não seria razão suficiente para negar o dever atribuído à Advocacia Pública de representar um e outro. No plano eminentemente constitucional, legal e regulamentar, as razões são ainda mais contundentes para justificar essa atividade. Avancemos, pois, sobre essa justificação.

É escusado evidenciar em termos quantitativos o fenômeno da crescente “judicialização” no Brasil. Fala-se mesmo em “ativismo judicial”, tida como decorrência da máxima popular de que inexistente vácuo de poder. A hipertrofia do Poder Judiciário seria, desse modo, seqüela da omissão ou da morosidade do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

No atual cenário da mais ampla democracia participativa e até do que chamam de “judicialização da política”, cidadãos exercem cada vez mais o seu legítimo direito constitucional à Proteção Judiciária contra o Estado e seus agentes mediante ações populares (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que “regula a ação popular”); mandados de segurança (Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, atualizada, aperfeiçoada e ab-rogada pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009); ações civis públicas (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que instrumentalizou o Ministério Público com poderosa ferramenta processual para o exercício do

controle jurisdicional da atividade administrativa); e incontáveis outras espécies de medidas judiciais. Evidencia-se, portanto, que o agente público, hoje, é muito mais vulnerável a processos judiciais do que outrora.

Percebam que, no parágrafo anterior, fiz referência apenas a instrumentos processuais preexistentes à Constituição de 1988. O mandado de segurança surgiu em 1951, sob a vigência da Constituição Democrática de 1946. A Lei da Ação Popular entrou em vigor logo após o Golpe Militar de 1964, e a ação civil pública sobreveio ainda sob a égide da Constituição de 1967, embora no início do chamado período da “Nova República”. Vale dizer: mesmo antes da Constituição de 1988, marco histórico que refundou a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, já dispunham os cidadãos e o Ministério Público de instrumentos processuais para se protegerem contra abusos de autoridade e para exercerem o chamado controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Evidente, contudo, que, antes de 1988, tais instrumentos não eram empregados com tanta desenvoltura, em face da repressão do autoritarismo estatal, cuja simples ameaça já intimidava.

Depois de outubro de 1988, porém, o uso de tais instrumentos, e de tantos outros até mais eficazes que surgiram, como, por exemplo, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a chamada Lei de Improbidade Administrativa, potencializou sobremaneira o ataque pela via judicial sobre os atos da Administração Pública e sobre seus agentes. Agora, não apenas pelos cidadãos individualmente considerados e pelo Ministério Público, mas também pela chamada sociedade civil organizada: associações, sindicatos, entidades de classe, organizações não governamentais, todas legitimadas a propor o chamado *judicial review*.

A mudança constitucional mais relevante ocorrida em 1988, pelo menos para o âmbito do objeto deste estudo, repousa, contudo, na radical alteração do papel institucional do Ministério Público Federal e na criação da AGU.

Antes de 1988, o Ministério Público Federal acumulava as funções que hoje desempenha, de defesa da sociedade, de titular da ação penal etc., com a defesa da União. A Constituição de 1988 resolveu desmembrar tais atribuições, criando duas instituições que exercem, no contexto da “Organização dos Poderes”, em pé de igualdade, embora com distintas atribuições, “Funções Essenciais à Justiça”: de um lado, o “Ministério Público”, que já não desempenha o papel de defensor da União; do outro, a “AGU”, cuja atribuição constitucional é:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Com essa relevante mudança constitucional, foi criada a AGU, que assumiu a atribuição de defesa do Estado e da Administração Pública e seus agentes; antes acumulada, de modo contraditório e até tergiversante, pelo Ministério Público Federal, a quem cabia tanto acusar quanto defender o Governo.

Interpretação literal e aligeirada do dispositivo constitucional *ut supra* (art. 131) poderia levar à ilação de que a AGU seria representante judicial e extrajudicial, tão somente, da pessoa jurídica da União. Essa interpretação, porém, é equivocada, pois não há como defender a União sem se defenderem os órgãos e as entidades que a integram, muito menos sem se defender quem de fato exerce as atribuições constitucionais e legais que lhes competem.

Enfim, com o grande aumento do controle jurisdicional sobre a Administração Pública, sobre os Administradores e sobre os Servidores Públicos, deixá-los “entregues à própria sorte” seria uma reprovável injustiça, além de uma limitação exagerada sobre a atividade estatal, pois os agentes públicos passariam a exercer timidamente suas atribuições, sem o denodo necessário para enfrentar conflitos de interesse e forças contrárias às políticas públicas que o próprio Estado, democraticamente, elegeu. Enfim, desprovidos da segurança jurídica indispensável ao exercício de suas atribuições.

Eis a razão pela qual adveio a Lei nº 9.028, de 1995, cujo art. 22 apenas explicitou o que implicitamente o art. 131 da Lei Maior já previa: autorizou que a defesa dos agentes públicos fosse realizada pelos órgãos da AGU. Conforme a chamada Teoria dos Poderes Implícitos, quando a Constituição exige os fins, ela dá os meios.

No Brasil, falsas polêmicas parecem surgir com mais frequência e intensidade do que alhures. A título de exemplo, trago à colação o que dispõe o art. 44 do Decreto nº 1.611, de 3 de janeiro de 1933 (disposição legal vigente e aplicada sem questionamentos há 83 anos), que trata da tradicional *Avvocatura dello Stato*, instituição italiana fundada em 1876, que muito inspirou o Constituinte brasileiro de 1987/1988 na concepção da AGU. E vejam que, na Itália, a expressão

é inequívoca, trata-se de “Advocacia do Estado”, não da “União”, como no Brasil, tampouco do “Governo”. Na Itália, assim como aqui, os advogados do Estado, em nível federal, aqui chamados de Advogados Públicos Federais (cujas carreiras, são quatro: Advogado da União, Procurador Federal, Procurador da Fazenda Nacional e Procurador do Banco Central), têm o dever legal de representar os agentes públicos quando judicialmente processados em razão de atos praticados no exercício da função:

Art. 44 – L'Avvocatura dello Stato assume la rappresentanza e la difesa degli impegati e agenti delle Amministrazioni dello Stato o delle amministrazioni o degli enti di cui all'art. 43 nei giudizi civili e penali che interessano per fatti e cause di servizio, qualora le amministrazioni o gli enti facciano richiesta, e l'Avvocato generale dello Stato ne riconosca la opportunità.

Como esclarece Silva (2012, p. 303), citando interpretação de Rommel Macedo sobre a referida disposição legal italiana:

Segundo Rommel Macedo essa representação se dá por duas razões: impedir que a condenação judicial de tais agentes venha a prejudicar a defesa do Estado e para dar aos referidos agentes a segurança necessária para o exercício de suas atribuições.

Enfim, forte no conceito de Miranda e na comparação com a instituição análoga italiana, pode-se concluir que nem mesmo se afigura pertinente a distinção muito menos a polêmica entre “Advocacia de Estado” e “Advocacia de Governo”. Em verdade, tem-se a atribuição de defender ambos: sobretudo porque o Estado, por definição, é uma organização entre governantes e governados ou comunidade de cidadãos; e à Advocacia de Estado, de secular origem italiana, cabe-lhe a representação judicial de seus agentes, para, em última análise, defender-se a si próprio e a seus atos e políticas públicas; e para prover os administradores e servidores públicos da segurança jurídica necessária ao exercício desenvolvimento de suas atribuições.

2 Atribuição típica de advogado público, devidamente regulamentada, prevista em lei e na Constituição da República

Como já referido, ao repartir as atribuições de defesa da sociedade e de defesa da União, respectivamente, entre o Ministério Público Federal e a novel instituição da AGU, avançou bem a Constituição de 1988, pois se tratam de Funções Essenciais à Justiça incompatíveis e até antagônicas, embora ambas com a mesma relevância constitucional.

O próprio art. 131 da Constituição, anteriormente transcrito, embora aludindo apenas à representação judicial e extrajudicial da União, não poderia ser interpretado tão restritivamente, porquanto abrange tanto as entidades e os órgãos vinculados à União, quanto seus agentes.

Por essa razão é que a representação judicial e extrajudicial da União não poderia ter sido limitada à defesa apenas das pessoas jurídicas de direito público, e, assim, sobreveio a citada Lei nº 9.028, de 1995, cujo art. 22 autorizou a representação judicial dos titulares de quaisquer dos Poderes da República, até do mais modesto dos ocupantes de cargo público.

No exercício da competência que lhe delegou o § 2º do mencionado art. 22, o Advogado-Geral da União editou a Portaria nº 408, de 23 de março de 2009, que “Disciplina os procedimentos relativos à representação judicial dos agentes públicos de que trata o art. 22 da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, pela Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral Federal”⁵, diploma, embora diretamente destinado aos órgãos integrantes da estrutura da própria AGU e à Procuradoria-Geral Federal (PGF), aplicável subsidiariamente à PGBC.

Não obstante, no âmbito do Banco Central, a matéria está também devida e especificamente regulamentada, estando previstos, no VOTO 88/2012-BCB, de 2 de maio de 2012, os “procedimentos para requerimento e obtenção, por dirigentes e demais servidores do Banco Central do Brasil, de representação judicial, pela Procuradoria-Geral, quanto a ações relacionadas a atos praticados no exercício de atribuições funcionais e no interesse público, na forma do art. 22 da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995”.

5 Disponível em: <<http://www.lb.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/188243>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

Voltando a tratar da AGU, cumpre informar que, por intermédio da Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, foi editada uma cartilha intitulada “Representação de Agentes Públicos pela Advocacia-Geral da União”⁶, fonte de consulta prática provida de uma seção de “perguntas e respostas frequentes”, que bem orienta os advogados públicos no exercício cotidiano dessa relevante atribuição institucional.

Enfim, a atividade de defesa judicial dos agentes públicos pela AGU e seus órgãos vinculados está plena e detalhadamente regulamentada, fazendo parte da rotina da Advocacia Pública Federal, sendo oportuno registrar que a “AGU defendeu FHC, Lula e Dilma em quase 300 ações”⁷, conforme o noticiado no sítio da AGU na internet, o que mais uma vez mostra tratar-se de atividade que integra o cotidiano da Advocacia Pública, de cunho republicano e respeitante ao princípio da impessoalidade, que não faz distinção entre partidos políticos ou governos, por isso que se pode considerá-la, sem resquício de dúvida, Advocacia de Estado, não apenas de Governo, conquanto desimportante tal distinção no contexto dessa atividade, como demonstrado.

Não faltam, pois, normas jurídicas constitucionais, legais, regulamentares tampouco orientações para que os advogados públicos possam desempenhar essa relevante atribuição.

3 Hipóteses de cabimento da representação judicial de agentes públicos por advogados públicos

A representação judicial dos agentes do Estado pela Advocacia Pública deve atender os requisitos previstos expressamente na Lei nº 9.028, de 1995, art. 22, e referir-se aos atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais,

6 BRASIL. Advocacia-Geral da União. “Representação Judicial de Agentes Públicos / Procuradoria-Geral da União”. Brasília: AGU, 2014, 44p.

7 “A Advocacia-Geral da União (AGU) defende até hoje os ex-presidentes Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva por atos realizados enquanto ocupavam o cargo. Ao todo, os dois foram representados judicial e extrajudicialmente pela instituição em quase 200 ações: 108 de FHC e 90 de Lula. Os processos envolvem ações populares e civis por suposta improbidade administrativa, além de representações e liminares por conta de atos praticados durante os oito anos de mandatos dos dois ex-presidentes. A presidenta Dilma Rousseff também é defendida em 99 ações, a maioria delas ajuizada recentemente para questionar a nomeação do ex-presidente Lula para a chefia da Casa Civil [...]”. Disponível em: <http://www.lb.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/395183>. Acesso em: 13 abr. 2016.

legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das instituições mencionadas.

Não se trata, como visto, de nenhum privilégio, mas sim de um atributo do cargo ou da função pública, que se destina, em última *ratio*, a legitimar os atos praticados pelos agentes públicos i) no exercício de suas funções e ii) com foco no interesse público.

O primeiro requisito é de mais fácil verificação: basta observar a compatibilidade do ato com as atribuições do agente previstas na Constituição, nas leis e nos regulamentos. O segundo, o chamado “interesse público”, no entanto, é mais fugidio, não prescinde da análise sobre o caso concreto, inclusive para verificar se a finalidade pública foi apenas aparentemente almejada ou não, isto é, se teria ocorrido desvio de finalidade: a prática de um ato conforme a competência legal, mas com um propósito discrepante do interesse público, diferente do previsto em lei.

A presença de ambos os requisitos basta para o deferimento da representação judicial pelos órgãos da AGU. Eventual erro cometido de boa-fé pelo agente no desempenho de sua função, desde que comprovadamente tenha sido o ato motivado pelo interesse público, não é escusa suficiente para que lhe seja indeferida tal representação.

A verificação da presença concomitante desses dois requisitos (itens “i” e “ii” acima), para fins de deferimento ou indeferimento da representação judicial do agente pela Advocacia Pública, há de ser feita pelos órgãos da própria Advocacia Pública, de preferência colegiados⁸.

A ausência de qualquer um ou de ambos os requisitos acima mencionados implica o indeferimento da representação judicial e a possibilidade, prevista em lei, de a pessoa jurídica de direito público ingressar no polo ativo da ação judicial, contra o agente público, em defesa do patrimônio público ou de outro interesse público ofendido pelo ato questionado em juízo, considerado ilegítimo ou ilegal pela própria Administração Pública (Lei nº 4.717, de 1965, art. 6º, § 3º, e Lei nº 8.429, de 1992, art. 17, § 3º).

⁸ *De lege ferenda*, seria adequado propor também, a meu ver, que essa atribuição seja cometida ao Conselho Superior da Advocacia-Geral da União (CSAGU), no caso de governantes de mais elevado nível hierárquico, e a outros órgãos colegiados da AGU, no tocante aos demais dirigentes e servidores públicos. Tal medida acentuaria ainda mais o caráter impessoal e republicano da atividade.

Obviamente, o agente público pode preferir ser defendido por advogado privado, razão por que a Advocacia Pública não pode agir de ofício em sua defesa, mas somente a requerimento do interessado. No entanto, é possível a adoção de medidas judiciais consideradas urgentes, mesmo antes de deferido o requerimento e *ad referendum* do órgão incumbido de apreciá-lo, quando tal medida se fizer necessária para evitar o perecimento do direito do agente público.

4 Notas sobre a experiência prática e o índice de êxito da PGBC em processos dessa natureza

No tocante ao Banco Central, importante ressaltar que sua Procuradoria-Geral dispõe, em sua estrutura, de um órgão incumbido, entre outras atribuições, especificamente, de atuar em “ações civis públicas, ações populares e ações de improbidade administrativa propostas contra dirigentes ou ex-dirigentes do Banco Central do Brasil”. Trata-se da Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes (Cojud), organizada pela Portaria nº 65.835, de 20 de junho de 2011, expedida pelo Procurador-Geral do Banco Central. A existência de um órgão especializado no exercício dessa atribuição revela mais uma vez o caráter republicano, institucional, atemporal e impessoal da atividade.

Em pelo menos uma das defesas patrocinadas pela PGBC, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua Terceira Turma, em acórdão da lavra do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, referente a julgamento noticiado no sítio do STJ na internet⁹, manifestou a legitimidade da atuação da AGU e, especificamente, da PGBC, como representante judicial do agente público, sendo oportuno transcrever o seguinte excerto do voto do Relator, a respeito da alegação de falta de capacidade postulatória dos procuradores do Banco Central para atuarem no feito:

(i) Da alegada ausência de capacidade postulatória

De início, cumpre afastar a alegação de ausência de capacidade postulatória formulada nas contrarrazões ao recurso especial.

Segundo a recorrida, em se tratando de ação pessoal, e não em função do cargo

9 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/Notícias/Notícias/Henrique-Meirrelles-ainda-responde-a-ação-por-não-ter-feito-palestra-quando-era-presidente-do-BC>. Acesso em: 19 abr. 2016.

de Presidente do Banco Central, não poderia o recorrente ser representado em juízo por procuradores daquela autarquia federal (e-STJ fls. 605-612).

Não é o que se depreende dos autos.

Na própria petição inicial da ação indenizatória, proposta em 15/3/2004, a autora ressalta o caráter personalíssimo da obrigação de fazer em comento – palestrar sobre o tema “Os Rumos da Economia” –, com destaque “às circunstâncias do réu ser pessoa extremamente capacitada e renomada, mormente por, atualmente, ocupar o cargo de Presidente do Banco Central” (e-STJ fl. 6 – grifou-se).

Essa referência, aliada ao fato de que o não comparecimento ao evento deveu-se à alegada superveniência de compromisso indeclinável decorrente do exercício do cargo ocupado (que perdurou de 1º/1/2003 a 1º/1/2011), é suficiente para evidenciar que os atos imputados ao réu foram praticados no exercício de suas atribuições.

E para tal incumbência, há previsão expressa na Lei nº 9.028/1995 de assistência jurídica da Advocacia-Geral da União, que é integrada pela Procuradoria-Geral do Banco Central.

Confira-se: [o Ministro Relator transcreve a íntegra do *caput* do referido art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995]

Logo, não há espaço para falar em deficiência da representação judicial do ora recorrente.

Essa decisão sobre um caso concreto, fruto colhido da experiência da PGBC, bem exemplifica que o Poder Judiciário tem considerado regular a atuação dos órgãos da Advocacia Pública em feitos da espécie.

Sobre os resultados alcançados pela PGBC, segundo os dados estatísticos disponíveis na Gerência de Registros Jurídicos e Controles Financeiros (Gecon)¹⁰, é próximo de 100% o índice de êxito desse órgão de execução da AGU nos processos da espécie. Nos processos em curso contra dirigentes ou ex-dirigentes com decisão de mérito, 95% das decisões são pela improcedência dos pedidos. Nas ações de improbidade administrativa transitadas em julgado, a PGBC sagrou-se vitoriosa em 100% delas. Nas ações populares também encerradas, em 97%. Vejam os gráficos apresentados pela PGBC/Gecon:

10 As informações disponíveis referem-se a todas as ações em curso contra dirigentes e ex-dirigentes do BC, bem como às ações de improbidade administrativa e populares encerradas, essas abrangendo, além daquelas autoridades, também servidores e ex-servidores da Autarquia, sendo que o registro mais antigo refere-se a uma ação popular transitada em julgado em 3 de maio de 2004. Fonte: Procuradoria-Geral do Banco Central. Gerência de Registros Jurídicos e Controles Financeiros (Gecon). Sistemas BCJUR1 e BCJUR2.

Gráfico 1 – Processos em curso contra dirigentes e ex-dirigentes do Banco Central, com decisão de mérito

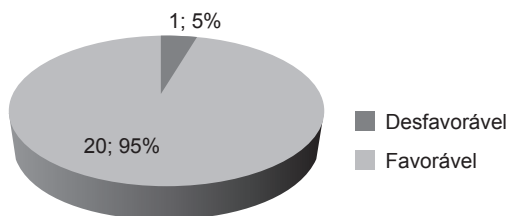


Gráfico 2 – Ações de improbidade administrativa transitadas em julgado

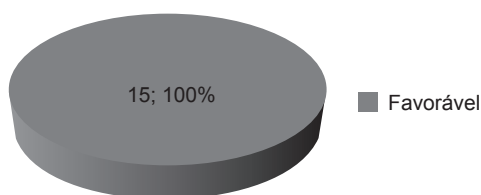
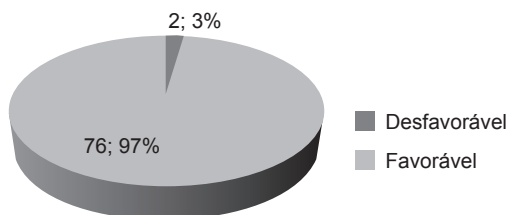


Gráfico 3 – Ações populares transitadas em julgado



5 Quem deve arcar com as despesas processuais: o agente público ou a Administração Pública?

Para tratar da questão referente ao ônus do pagamento das despesas processuais para a defesa judicial do agente público, quando representado em juízo pelos órgãos da AGU, trago à discussão trecho da já referida cartilha “Representação Judicial de Agentes Públicos”, segundo a qual “as prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública, como a isenção e o diferimento do

pagamento de custas e despesas processuais, não se estendem ao agente público, que deverá arcar com o respectivo estipêndio”.

A questão a ser enfrentada não é saber se a Fazenda Pública está ou não isenta do pagamento de despesas processuais nos processos em que a Advocacia Pública defende seus agentes. Tampouco se os próprios agentes públicos seriam contemplados pela isenção de que goza a Fazenda Pública em juízo. É fora de dúvida que não ocorre tal isenção. Cumpre decidir, no entanto, quem deve suportar o ônus dessas despesas processuais, se o servidor público ou a Administração Pública, ou seja, se a Fazenda Pública pode arcar com o custo financeiro que recai sobre o servidor público referente às despesas processuais nos casos da espécie.

O referido art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995, de fato é omissivo sobre quem deve suportar essas despesas processuais.

O Advogado-Geral da União, por sua vez, ao regulamentar a matéria no âmbito da própria AGU e da PGF, no exercício da atribuição que lhe foi delegada pelo citado § 2º do art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995, por meio da referida Portaria nº 408, de 2009, deixou de suprir a omissão legislativa, o que poderia ter sido feito em nível infralegal, e também não esclareceu sobre a extensão da representação judicial do agente público, ou seja, se essa representação cinge-se a disponibilizar para o agente um advogado público para patrocinar a sua defesa, ou se esse patrocínio abrangeria todas as despesas inerentes a essa atividade advocatícia pública, tais como as despesas administrativas para a execução do serviço pela Advocacia Pública, bem como as despesas processuais aplicáveis ao caso. Tampouco o citado Voto 88/2012-BCB, de 2 de maio de 2012, que regulamentou o assunto no âmbito do Banco Central, foi expresso sobre a questão.

Entretanto, a PGF, com base no Parecer nº 78 de 2010, expediu a Orientação nº 01, de 2012, do Departamento de Contencioso/PGF, que “Dispõe sobre o pagamento de custas da Justiça Federal pelos agentes públicos representados judicialmente pela PGF nos termos da Portaria AGU nº 408/2008”, no mesmo sentido proposto pela cartilha já referida.

Não há, contudo, na citada Portaria AGU nº 408, de 2009, disposição alguma que atribua ao agente público o ônus de suportar as despesas processuais nos casos vertentes. Tal afirmativa se encontra, como visto, no aludido manual da AGU, bem como na orientação da PGF.

É preciso conhecer os argumentos que estão postos na orientação da PGF. Assim, segundo tal orientação, se a Fazenda Pública suportasse o ônus das custas e despesas processuais devidas pelo agente público, estaria lhe concedendo espécie de isenção tributária não autorizada em lei. Enfim, a isenção é da Fazenda Pública, não do agente.

Com todas as vênias dos pronunciamentos em contrário, sustento que cabe à Administração Pública prover todos os recursos materiais e financeiros necessários para que o servidor público possa desempenhar suas atribuições constitucionais, legais e regulamentares. Assim como, *a priori*, o servidor não pode ser onerado com despesas para a prática de atos administrativos que está obrigado a praticar; assim, também, *a posteriori*, não poderia esse mesmo servidor ser obrigado a suportar despesas para manter a higidez do ato que praticou em nome da Administração Pública e em prol do interesse público.

Seria um contrassenso o Estado cobrar custas e despesas processuais do agente público, ao mesmo tempo em que patrocina, por intermédio da Advocacia Pública, a sua defesa judicial, exatamente porque entendeu o próprio Estado que o ato administrativo praticado pelo agente público no exercício de suas atribuições mirou o interesse público.

Vejam quão impossíveis seriam as hipóteses: i) o agente público praticou um ato que a própria Administração Pública reputa de interesse público e que estava obrigado a praticá-lo porquanto no exercício de suas atribuições; ii) mas essa mesma Administração, apesar de lhe disponibilizar a representação judicial por advogado público, impõe a esse seu agente o ônus das despesas e custas processuais para defender-se em juízo e, assim, sustentar a validade do ato. Nada mais discrepante, *data venia*.

Cumpre reiterar que a defesa judicial do agente público pela Advocacia do Estado tem dupla finalidade, ambas de interesse da própria Administração Pública: i) manter a validade e a eficácia do ato administrativo ou da política pública sob impugnação judicial, uma vez que, se eventualmente fosse julgada procedente a ação judicial movida contra o servidor, o ato por ele praticado seria nulificado por arrastamento; e ii) prover o agente público da segurança jurídica necessária para o exercício de suas atribuições e de seus deveres constitucionais, legais e regulamentares.

Ora, ao onerar o agente público que praticou ato administrativo motivado pelo interesse público e no pleno exercício de sua função pública, estaria a Administração Pública locupletando-se, impondo ao servidor custos financeiros para manter a validade do ato praticado no interesse do próprio Estado, e por dever de ofício.

Ademais, se, conforme art. 117, XVI, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, “[a]o servidor é proibido: [...] utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares”, em contrapartida, à Administração Pública é também proibido utilizar recursos materiais do servidor público em serviços ou atividades públicas. Como já referido, seria um enriquecimento sem causa para o erário impor ao servidor o ônus das despesas e custas processuais para a defesa de atos praticados no exercício da função em prol do interesse público.

Por fim, aduzo que eventual definição de que as despesas processuais seriam arcadas pelos servidores públicos tenderia a produzir sinalização negativa quanto à estabilidade financeira do País. O sistema financeiro brasileiro, aí incluído o Banco Central, é recorrentemente avaliado por auditores do Fundo Monetário Internacional (FMI) quanto à sua compatibilidade com as recomendações formuladas pelo Comitê de Supervisão Bancária de Basileia¹¹. Dentre essas recomendações, destaca-se, para fins do assunto tratado neste estudo, a de que os servidores do Banco Central sejam legalmente isentos de responsabilidade por danos causados no exercício de suas atribuições.

Embora a legislação pátria não admita tamanha isenção de responsabilidade, o Banco Central tem tido relativo sucesso em demonstrar que essa recomendação estaria atendida pelo fato de sua Procuradoria-Geral assegurar a defesa integral dos servidores eventualmente demandados por seus atos, aí incluídas as despesas com o processo judicial. Dessa forma, eventual retrocesso quanto à integralidade da defesa promovida pela PGBC enfraqueceria a argumentação apresentada ao FMI e tenderia a deteriorar a nota atribuída pelo Fundo à higidez da supervisão realizada pela Autarquia, com consequências imprevisíveis sobre a percepção de risco dos agentes econômicos a respeito da estabilidade do sistema financeiro nacional.

11 O documento de maior expressão, para os fins da supervisão do sistema financeiro, é intitulado *Core Principles for Effective Banking Supervision*. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf>>. Acesso em 14 mar. 2016.

Assim, com base no art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995, que atribui à AGU o dever de representar em juízo os agentes públicos processados em razão de atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais e regulamentares, no interesse público, pode-se deduzir que essa representação judicial há de ter a maior amplitude possível. Afinal, trata-se do direito de defesa do agente público, e, segundo a Constituição da República, art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ora, se o Estado assegura ao servidor público, na hipótese de o ato ter sido praticado no exercício da função e motivado pelo interesse público, o direito de ser defendido por Advogado Público, esse direito de defesa, de índole constitucional, há de ser o mais sagrado, o mais amplo (art. 5º, LV), o mais eficiente (art. 37) e o menos oneroso possível para o servidor, uma vez que a sua defesa e a defesa do ato por ele praticado, sobre ser do interesse do servidor, interessam à própria Administração Pública.

Afigura-se bastante recomendável, em nossa opinião, ante as opiniões divergentes encontradas nas sobreditas manifestações da PGF e no referido manual da própria AGU, que o assunto seja alçado à superior consideração do Advogado-Geral da União, com a sugestão de que, no exercício da competência que lhe foi delegada pelo referido § 2º do art. 22 da Lei nº 9.028, de 1995, esclareça, por meio de portaria que acrescente dispositivo à vigente Portaria AGU nº 408, de 2009, que as custas e despesas processuais imputadas ao agente público serão suportadas ou ressarcidas pela União, ou por suas Autarquias e Fundações, nos feitos judiciais da espécie.

Conclusão

Representar em juízo os agentes públicos, quando processados por atos praticados no exercício da função e visando ao interesse público, é uma das mais típicas, necessárias e honrosas atribuições da advocacia pública. Cuida-se de atividade inerente à advocacia estatal, uma vez que o Estado se manifesta por meio das pessoas físicas que o representam, e defendê-las, quando legítimos os

atos por elas expedidos, é defender o próprio Estado, o ato administrativo, a política pública impugnada, enfim, o interesse público subjacente à atividade estatal submetida ao controle jurisdicional.

A representação judicial do agente público requer, pois, dedicação especial do advogado público, porquanto não se está a defender apenas uma pessoa jurídica, um ente estatal inanimado, mas sim uma pessoa humana, como se diz, “de carne e osso”, e eu acrescentaria: com consciência, sentimentos, honra subjetiva e outros bens materiais e imateriais pelos quais o advogado público deve também zelar no exercício dessa função, seja do mais graduado agente público, seja do mais humilde servidor. Peço licença para revelar um sentimento sobre minha experiência profissional nessa seara: sinto-me mais advogado público do que nunca quando defendo os agentes do Banco Central, com quem procuro conversar não só para melhor compreender nuances da controvérsia judicial, mas também para exercer o papel de bom ouvinte que todos os que prestam serviços advocatícios a pessoas humanas sabem o quão necessário é exercê-lo.

Defender o nome e a honra dos gestores e servidores do Banco Central, no nosso caso específico, é defender a própria instituição, porque o bom conceito desta é construído pela força de trabalho, pela inteligência e pelo coração de mulheres e homens que lhe dão corpo e alma. Como poderiam essas pessoas desempenhar com tranquilidade suas atribuições sem a segurança jurídica que lhes proporciona a PGBC? Quanto mais rigoroso o controle jurisdicional sobre a atividade administrativa, e é bom para a sociedade que assim seja, mais vulnerável está o agente público, o que justifica plenamente que sua defesa seja patrocinada pela própria instituição a que serve.

Posto isso, as seguintes conclusões são consequências lógicas das premissas lançadas neste trabalho: a) é atribuição inerente à Advocacia Pública a representação judicial do agente do Estado quando processado por atos por ele praticados no exercício da função pública, colimando o interesse público, tratando-se de função típica da Advocacia de Estado; b) essa atribuição do advogado público está exaustivamente normatizada, prevista implicitamente na Constituição (art. 131), expressamente na Lei nº 9.028, de 1995, art. 22, e regulamentada no âmbito da AGU e da PGBC; c) a presença dos requisitos para a concessão da representação judicial ao agente público deve ser apreciada e decidida pelos próprios órgãos da Advocacia Pública; d) as despesas

processuais, uma vez que o ato foi praticado visando ao interesse público, devem ser suportadas pela Fazenda Pública; e e) a defesa judicial do agente público patrocinada pelo Estado tem finalidade dúplice: defender o próprio Estado, porquanto o ato ou a política pública, no caso de condenação do agente público, sofreria a consequente nulificação pelo Judiciário; e prover os agentes públicos da segurança jurídica necessária ao desempenho de suas atribuições, constitucionais, legais e regulamentares.

Referências

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. **Core Principles for Effective Banking Supervision**. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Representação Judicial de Agentes Públicos / Procuradoria-Geral da União**. Brasília: AGU, 2014, 44p.

LEVI, Lucio. Governo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Unb, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Vlândia Pompeu. A Advocacia-Geral da União e *L'Avvocatura dello Stato*: comparativo Brasil x Itália. **Publicação da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee**, Brasília, ano IV, n. 21, v. 1, p. 297-316, set. 2012.

“AGU defendeu FHC, Lula e Dilma em quase 300 ações”. **Advocacia-Geral da União**. Disponível em: <http://www.lb.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/395183>. Acesso em: 13 abr. 2016.

“Comissão de Ética Pública diz que atuação da AGU em defesa de Dilma é legítima”. **Sítio da Advocacia-Geral da União na internet**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/400579>. Acesso em: 27 abr. 2016.

“Defesa de presidente pela AGU provoca polêmica no meio jurídico”. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1755823-defesa-de-presidente-pela-agu-provoca-polemica-no-meio-juridico.shtml>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

“Henrique Meirelles ainda responde a ação por não ter feito palestra quando era presidente do BC”. **Notícias do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/Notícias/Notícias/Henrique-Meirelles-ainda-responde-a-ação-por-não-ter-feito-palestra-quando-era-presidente-do-BC>. Acesso em: 19 abr. 2016.

“OAB-DF faz representação contra Cardozo na Presidência”. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-24/oab-df-faz-representacao-cardozo-presidencia>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

Sistema de Informações de Crédito do Banco Central do Brasil: comparação com os cadastros de inadimplentes e análise da aplicabilidade do art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor

Camila Neves Willhelm*

Orientador: Ladimir Gomes da Rocha**

Introdução. 1 As diferenças entre o Sistema de Informações de Crédito do Banco Central do Brasil e os cadastros restritivos de crédito. 1.1 As finalidades do SCR. 1.2 O funcionamento do SCR e dos cadastros restritivos de crédito. 2 O SCR e a aplicabilidade do art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Conclusão.

Resumo

Este estudo demonstra as diferenças existentes entre o Sistema de Informações de Crédito (SCR) do Banco Central (BC) e os cadastros de proteção ao crédito, e verifica a aplicabilidade do art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) no âmbito da comunicação dos registros incluídos no SCR. Nesse intuito, analisa-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema. Consta-se que o SCR distingue-se dos cadastros de inadimplentes, principalmente em razão do seu fim público. Percebe-se, ainda, que a comunicação dos registros incluídos no SCR, na forma como estatuída pelo art. 8º, inciso II, da Resolução BCB nº 3.658, de 17 de dezembro de 2008, é a via mais compatível com a natureza

* Procuradora do Banco Central do Brasil em Porto Alegre. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); pós-graduada em Direito Público pelo Verbo Jurídico e em Mercado Financeiro pela Universidade São Judas Tadeu.

** Procurador do Banco Central do Brasil em Porto Alegre. Mestre e Doutorando em Direito na UFRGS.

dessa importante ferramenta de supervisão bancária, e que o citado dispositivo regulamentar não conflita, mas, sim, complementa o disposto no art. 43, § 2º, do CDC.

Palavras-chave: Operações de crédito. Risco. Sistema de Informações de Crédito do Banco Central do Brasil. Cadastros de proteção ao crédito.

***Credit Information System Central Bank of Brazil (SCR):
comparison with Credit Protection Records and analyzes of the applicability
of art.43, § 2º of the CDC***

Abstract

This study demonstrates the differences between the Credit Information System of the Central Bank (SCR) and the credit protection registers, as well as verifies the applicability of Art.43, paragraph 2 of the Consumer Protection Code(CDC) in communication records included in that system. To that end, it analyzes the doctrinal and jurisprudential understanding of the subject. It appears that the SCR differs from the default of entries, mainly because of their public purpose. It is clear, moreover, that the communication of records included in the SCR, in the way established by art.8, item II of Resolution n° 3658, 2008 is the way more compatible with nature of this important banking supervision tool, and the said regulatory system does not conflict, but rather complements the provisions of art. 43, paragraph 2 of the CDC.

Keywords: Credit operations. Risk. Credit Information System of the Central Bank of Brazil. Credit Protection Records.

Introdução

O Sistema de Informações de Crédito do Banco Central (SCR) trata-se de um instrumento de registro e consulta de informações sobre operações de crédito, avais e fianças prestados e limites de crédito concedidos por instituições financeiras a pessoas físicas e jurídicas no país. Gestado pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), atualmente é regulamentado pela Resolução BCB nº 3.658, de 17 de dezembro de 2008, e é administrado pelo Banco Central do Brasil (BCB), o qual tem a função de armazenar as informações encaminhadas pelas instituições financeiras bem como disciplinar o processo de correção e atualização da base de dados.¹

O SCR recebe dos bancos e congêneres informações sobre as operações de crédito concedidas a clientes, em valor igual ou superior a R\$1.000,00 (um mil reais), independentemente da ocorrência de inadimplemento.

Com mais de 451 milhões de operações de crédito registradas², esse sistema constitui o principal instrumento de supervisão do Banco Central do Brasil para acompanhar as carteiras de crédito das instituições financeiras e prevenir crises bancárias. Além disso, propicia o intercâmbio de informações entre as entidades bancárias, sobre o montante de débito e de responsabilidades de clientes em operações de crédito, de modo que elas possam gerenciar seu próprio risco de crédito.

Em virtude de propiciar esse intercâmbio de informações financeiras, o SCR vem sendo equiparado a cadastros de proteção ao crédito, como SPC e Serasa,

1 Sistemas como este existem em todo o mundo. Conforme consta no *site* do Banco Central do Brasil, "(a) primeira experiência de Central de Risco de Crédito foi implantada pela Alemanha em 1934, seguida pela França em 1946, Turquia em 1951, México em 1964, Itália e Espanha em 1962 e pela Bélgica em 1967". No Brasil, os estudos para a criação de uma central de risco de crédito iniciaram-se a partir da década de 90, momento em que "o Banco Central do Brasil iniciou uma revisão em seu processo de supervisão e identificou a necessidade de ampliação das informações recebidas das entidades que supervisiona. [...] Em 1997, o Conselho Monetário Nacional, por meio da Resolução nº 2.390, substituída em 2000 pela Resolução nº 2.724, determinou o envio ao Banco Central do Brasil, pelas instituições financeiras, de informações sobre o montante dos débitos e responsabilidades por garantias de seus clientes, objetivando a implementação do sistema Central de Risco de Crédito. [...] Em 2000, percebendo-se a necessidade de se evoluir ainda mais esse sistema, iniciaram-se os estudos que culminaram na construção do Sistema de Informações de Crédito do Banco Central - SCR, sucessor da Central de Risco de Crédito. [...] A Resolução nº 3.658, de 17/12/2008 veio alterar e consolidar a regulamentação relativa ao fornecimento, ao Banco Central do Brasil, de informações sobre operações de crédito" (BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Site Institucional*. SCR - Sistema de Informações de Crédito do Banco Central. Histórico. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?scr>>. Acesso em: 10 out. 2015).

2 Em abril de 2015, havia 451.058.315 operações de crédito registradas no SCR (BANCO CENTRAL DO BRASIL. Departamento de Monitoramento do Sistema Financeiro (Desig). RES: Quantidade de registros no SCR [mensagem pessoal]. Mensagem eletrônica recebida pela autora, em 22 de junho de 2015).

em acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse sentido, menciona-se o Recurso Especial nº 1.117.319/SC, no qual a Terceira Turma entendeu que aquele sistema de informações, no âmbito das instituições financeiras, age da mesma forma que os demais órgãos restritivos de crédito:

como uma central de risco, cuja finalidade é avaliar o ‘risco de crédito’, com vistas à idoneidade financeira dos consumidores, ou seja, avaliar a probabilidade de que o valor emprestado ao consumidor de serviços bancários seja recebido de volta pelo banco mutuante.³

Tendo por base essa equiparação, a tendência das decisões judiciais é considerar que entendimentos já pacificados na seara dos cadastros de proteção ao crédito possam ser aplicados às questões concernentes ao âmbito do SCR.

Uma das orientações consagradas em relação aos cadastros de inadimplentes é a de que cabe ao órgão mantenedor desses bancos de dados, antes de efetuar a inscrição, enviar previamente uma carta ao consumidor com o intuito de informá-lo acerca do registro, sob pena de responder por danos morais, em virtude da ausência dessa notificação⁴. Esse entendimento baseia-se na aplicação do art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁵ – que determina a comunicação por escrito ao consumidor da abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo, quando não solicitada por ele – combinado com a diretriz interpretativa da Súmula nº 359 do STJ⁶ – que indica ser o órgão mantenedor do cadastro o responsável por essa comunicação.

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1117319/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/2/2011, DJe 02/03/2011. Nesse mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 652.943/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 30/9/2015; REsp 1.542.891-RS, Ministro Moura Ribeiro, julgado em 6/8/2015; DJe 18/8/2015; REsp 1365284/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/9/2014, DJe 21/10/2014. Em sentido contrário, distinguindo o SCR dos cadastros restritivos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1346050/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/11/2012, DJe 6/12/2012.

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1083291/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 9/9/2009, DJe 20/10/2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1061134/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 10/12/2008, DJe 1º/4/2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1062336/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 10/12/2008, DJe 12/5/2009.

5 “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. [...] 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele” (BRASIL, 1990).

6 Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 359, Segunda Seção, julgado em 13/8/2008, DJe 8/9/2008).

Com efeito, equiparando o SCR a cadastros restritivos e firmando-se na citada orientação, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 955.996/RS, já reconheceu a legitimidade do Banco Central do Brasil para figurar no polo passivo de ação indenizatória, em razão da falta de comunicação prévia acerca da inclusão do nome da parte autora no SCR⁷. Tal acórdão, a propósito, foi apontado por Cláudia Lima Marques (2010, p. 851) como referência para aplicação do art. 43, § 2º, do CDC e da Súmula nº 359 do STJ, no âmbito daquele sistema.

Diante disso, e considerando que o SCR em nada se assemelha aos cadastros restritivos de crédito, este estudo propõe-se a demonstrar as diferenças existentes entre esses dois institutos, bem como a analisar a aplicabilidade do art. 43, § 2º, do CDC, combinado com a orientação interpretativa da Súmula nº 359 do STJ, na seara daquela ferramenta prudencial de supervisão bancária.

1 As diferenças entre o Sistema de Informações de Crédito do Banco Central do Brasil e os cadastros restritivos de crédito

No intuito de diferenciar o SCR dos cadastros de inadimplentes, será, inicialmente, feita uma abordagem acerca das finalidades características que o permeiam, e, posteriormente, comparado seu funcionamento com o dos bancos de dados.

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 955.996/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/11/2009, DJe 3/12/2009. Por outro lado, importante observar a existência de decisão monocrática na qual foi considerada a ilegitimidade do Banco Central para figurar no polo passivo de ação indenizatória semelhante à citada (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.452.965/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, julgado em 27/06/2014, DJe 4/8/2014). Frisa-se, ainda, que até a data da elaboração desse artigo (20 de novembro de 2015), estava concluso para julgamento o REsp 1.470.529/SP, que tratará do mérito desse assunto, isto é, da aplicação do art. 43, § 2º, do CDC e da Súmula 359 do STJ, no âmbito do SCR (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.470.529/SP, Rel. Ministro Sérgio Luiz Kukina, Primeira Turma, consulta processual disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2015).

1.1 As finalidades do SCR

Por meio do SCR, o Banco Central, com amparo no art. 37 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964⁸, e no art. 4º da Resolução nº 3.658, de 2008⁹, requisita das instituições financeiras informações sobre os montantes das responsabilidades em crédito (dívidas e garantias) dos clientes bancários. O acesso a esses dados permite à autarquia exercer sua missão institucional de controlar o crédito, sob todas as suas formas, e de fiscalizar as instituições financeiras (art. 10, incisos VI e IX, da Lei nº 4.595, de 1964¹⁰). Dessa forma, consultando os registros contidos no SCR, o Banco Central é capaz de detectar e impedir operações financeiras arriscadas, causadoras de risco bancário sistêmico, protegendo, assim, os recursos depositados pelos cidadãos.

Portanto, a finalidade primordial do SCR, expressa no art. 2º, I, da Resolução nº 3.658, de 2008¹¹, é prover ao Banco Central informações para fins de supervisão do risco de crédito a que estão expostas as entidades bancárias. Risco de crédito, nas palavras de Farhat (*apud* HAGSTRÖM, 2009, p. 40), pode ser conceituado como o perigo que resulta para o banco prestador da possibilidade de inadimplência de seu cliente devedor.

A crucial necessidade desse gerenciamento estatal foi bem demonstrada na recente crise de 2008, conforme retrataram Roman e Oliveira (2010, p. 327), procuradores do Banco Central:

8 “Art. 37. As instituições financeiras, entidades e pessoas referidas nos artigos 17 e 18 desta lei, bem como os corretores de fundos públicos, ficam, obrigados a fornecer ao Banco Central da República do Brasil, na forma por ele determinada, os dados ou informes julgados necessários para o fiel desempenho de suas atribuições” (BRASIL, 1964).

9 “Art. 4º As seguintes instituições **devem** remeter ao Banco Central do Brasil informações relativas às operações de crédito: I – as agências de fomento; II – as associações de poupança e empréstimo; III – os bancos comerciais; IV – os bancos de câmbio; V – os bancos de desenvolvimento; VI – os bancos de investimento; VII – os bancos múltiplos; VIII – as caixas econômicas; IX – as cooperativas de crédito; XI – as sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários; XII – as sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários; XIII – as sociedades de arrendamento mercantil; XIV – as sociedades de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte; XV – as sociedades de crédito, financiamento e investimento; XVI – as sociedades de crédito imobiliário; XVII – o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica às instituições em liquidação extrajudicial, sob intervenção ou em regime de administração especial temporária” (BRASIL, 2008, grifo nosso).

10 “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: [...] VI – Exercer o controle do crédito sob todas as suas formas; [...] IX – Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas; [...]” (BRASIL, 1964)

11 “Art. 2º O Sistema de Informações de Créditos (SCR), instituído em substituição ao sistema Central de Risco de Crédito (CRC) de que trata a Resolução nº 2.724, de 31 de maio de 2000, e nº 2.798, de 30 de novembro de 2000, com as informações adicionais remetidas ao Banco Central do Brasil, na forma da regulamentação por ele baixada, tem por finalidades: I – prover informações ao Banco Central do Brasil para fins de supervisão do risco de crédito a que estão expostas as instituições mencionadas no art. 4º” (BRASIL, 2008).

O crédito inconsequente, concedido sem o efetivo conhecimento das garantias de quitação [...] foi a causa da “bolha financeira” que, se, durante muito tempo, entorpeceu a sociedade norte-americana com a euforia de uma expansão irresponsável do crédito para os clientes de instituições financeiras, alimentando a ganância imediatista e incauta de ambos, às custas de uma descontrolada exposição do sistema financeiro daquele país ao risco sistêmico. A bomba relógio formada pelo crescimento de riscos de crédito ocultos, finalmente, cobrou sua fatura em termos de intenso sofrimento social para os que perderam empregos, moradia etc., por causa, em última análise, do descontrole estatal sobre os riscos de crédito das instituições financeiras.

A propósito, durante essa crise internacional, consoante Roman e Oliveira (2010, p. 334), o acesso às informações contidas no SCR propiciou ao BC condições de avaliar tempestivamente a carteira de crédito das instituições financeiras, adotando, assim, as medidas necessárias à manutenção da normalidade no funcionamento do sistema financeiro e da estabilidade financeira no país.

No que concerne ao momento atual, em que a relação crédito/PIB cresceu mais de vinte pontos percentuais (p.p.) no espaço de dez anos (em 2005, a relação era de 31,2%¹² e, em 2015, a relação foi de 54,6%¹³), a preocupação do BC, segundo os referidos advogados públicos, é que elevados índices de inadimplemento contaminem todo o sistema financeiro nacional, causando graves prejuízos à sociedade, em razão da possibilidade de os valores captados pelos clientes, tais como depósitos bancários, não serem honrados pelas instituições financeiras quando demandados. Isso torna, portanto, cada vez mais necessária a supervisão estatal do risco de crédito bancário.

Com efeito, é notória a finalidade pública do SCR, ao possibilitar à autoridade monetária o exercício de seu mister institucional de supervisionar o risco de crédito a que estão expostas as instituições financeiras, prevenindo, assim, crises bancárias, cujos efeitos são refletidos em toda a sociedade.

No que se refere aos cadastros restritivos de crédito, por outro lado, o objetivo que os impulsiona é puramente econômico, comercial, direcionado a diminuir o

12 BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório da Economia Bancária e Crédito, 2005. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/Pec/spread/port/rel_econ_ban_cred.pdf>. Acesso em: 6 out. 2015.

13 Dados de setembro de 2015 (cf BANCO CENTRAL DO BRASIL. Política Monetária e Operações de Crédito do Sistema Financeiro. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?ECOIMPOM>>. Acesso em: 10 out. 2015).

risco assumido por seus associados ou clientes em negócios e empreendimentos comerciais. Outrossim, enquanto os empresários podem abrir e fechar suas portas livremente, porque operam com recursos próprios, o sistema financeiro opera de forma sistêmica, com entidades bancárias trabalhando com economia amealhada à população.

A segunda finalidade do SCR, exposta no art. 2º, II, da Resolução nº 3.658, de 2008¹⁴, é a de propiciar o intercâmbio de informações, entre as instituições financeiras, sobre o montante de débitos e de responsabilidades de clientes em operações de crédito. Isso possibilita que os bancos e congêneres gerenciem previamente seu próprio risco de crédito, assim garantindo sua saúde financeira e assegurando recursos suficientes para honrar os depósitos a eles confiados.

Conforme disposto no art. 1º, § 3º, inciso I, da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, essa troca de informações não constitui violação ao dever de sigilo bancário:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

Comentando esse dispositivo, Hagström (2009, p. 239) observa que, mesmo quando não era uma exceção legal, esse intercâmbio de informações poderia ser considerado um limite natural ao sigilo bancário, porque é realizado no interesse dos clientes:

o intercâmbio de informações cadastrais, objetivando a realização de operações de crédito, é prática vetusta entre os bancos. Tal prática jamais foi considerada como violadora do dever de discricção, até porque realizada

14 “Art. 2º O Sistema de Informações de Créditos (SCR), instituído em substituição ao sistema Central de Risco de Crédito (CRC) de que trata a Resoluções nº 2.724, de 31 de maio de 2000, e nº 2.798, de 30 de novembro de 2000, com as informações adicionais remetidas ao Banco Central do Brasil, na forma da regulamentação por ele baixada, tem por finalidades: [...] II – propiciar o intercâmbio de informações, entre as instituições mencionadas no art. 4º, sobre o montante de débitos e de responsabilidades de clientes em operações de crédito” (BRASIL, 2008).

no interesse dos clientes e contando, quase sempre, com o consentimento destes, ainda que tácito, a partir da exigência de indicação de fontes de referência.

Hagström (2009, p. 245), ademais, cita seis relevantes justificativas para a existência dessa exceção ao sigilo bancário:

- 1 – a divulgação de informações está restrita, no caso, ao âmbito dos próprios bancos e dos entes de supervisão, todos obrigados ao dever de segredo;
- 2 – as informações que circulam entre os bancos e as centrais de risco são limitadas, isto é, referem-se apenas a montantes de créditos concedidos, sem revelar particularidades de cada operação;
- 3 – os bancos formam, hoje, um sistema de enorme importância para o funcionamento da economia em geral. A correta avaliação dos riscos de cada operação contribui para o adequado funcionamento do sistema e seu fortalecimento, fato que é de interesse geral;
- 4 – o intercâmbio de informações e a sua centralização contribuem para a adequada distribuição do crédito, fato também de interesse geral;
- 5 – o funcionamento das centrais de crédito não acarreta prejuízos, podendo afetar apenas os clientes faltosos, como os maus pagadores;
- 6 – as centrais de risco reforçam o controle das autoridades de supervisão bancária e são, por isso, benéficas ao sistema financeiro e aos próprios poupadores e investidores.

Atentando-se às duas primeiras justificativas, cabe observar que, distintamente do que ocorre com os cadastros restritivos, nos quais a consulta pode ser feita por qualquer pessoa que se dispuser a pagar pelo serviço, no SCR a consulta é restrita, podendo acessar os dados apenas i) o BCB, na sua atividade de supervisão; ii) o cliente bancário, em relação a seus próprios registros; e iii) a instituição financeira, apenas quando for devida e previamente autorizada pela pessoa cujos dados serão consultados. Ademais, diferentemente do nível de acesso conferido à autoridade monetária e ao cliente bancário, as informações acessadas pelas entidades bancárias são limitadas, referindo-se apenas a registros consolidados das operações, não sendo reveladas particularidades. Tal assunto, a propósito, será abordado com mais detalhes no próximo capítulo.

Importante frisar, ainda, que essa troca de informações por intermédio do SCR contribui para a diminuição do problema de seleção adversa, decorrente do reduzido conhecimento que as instituições financeiras têm de seus clientes. Conforme ensina Vieira (2013), quando a instituição financeira não consegue diferenciar previamente os bons dos maus pagadores (problema de assimetria de informação¹⁵), estabelece uma taxa uniforme para todos os demandantes de crédito de determinado segmento. Esse fato inibe os bons pagadores e estimula os agentes de maior risco a tomar crédito; é o chamado problema de “seleção adversa”¹⁶.

Com efeito, o SCR, propiciando maior conhecimento da instituição financeira acerca do tomador de crédito (redução do problema de assimetria de informação), possibilita a estipulação de taxas de juros diferenciadas, estimulando, então, que bons pagadores passem a realizar mais contratações (diminuição do problema de seleção adversa), o que, além de diminuir o risco das instituições financeiras, implica uma melhor distribuição do crédito.

Nesse sentido, e acentuando a relação entre o acesso ao SCR e a diminuição do *spread* bancário (diferença entre a taxa de aplicação e a taxa de captação dos bancos), consta no *site* do BC a contribuição desse sistema para a concessão de crédito a taxas mais justas e compatíveis:

A taxa de juros incidente nas operações de crédito concedidas pelos intermediários financeiros reflete a taxa de captação, os custos operacionais da instituição, os tributos e taxas pagos, acrescidos de uma margem de lucro. A inadimplência é um custo implícito no preço do crédito e, quanto menor a certeza de pagamento, maior a taxa cobrada ao tomador final. Ao conhecer melhor o risco do potencial contratante do crédito, as instituições financeiras podem oferecer taxas menores àqueles tomadores

15 Nas palavras de Vieira (2013), informação assimétrica é a informação que “não é distribuída de maneira uniforme, uma vez que o agente que demanda o empréstimo sabe de fato das suas reais condições de pagamento, podendo encobrir uma série de informações que seriam relevantes para a aprovação ou recusa de seu cadastro”.

16 Ensina Mishkin (2000, p. 124) que seleção adversa é um problema prévio à contratação: “tomadores com risco de crédito elevado são os que mais ativamente buscam empréstimos. Portanto, as partes contratantes que mais provavelmente produzirão um resultado indesejável são também as que mais provavelmente se engajarão na transação”. Um interessante exemplo sobre a uniformidade da taxa de juros é trazido por Silva (2004, p. 77), mencionando BEGG, et. al: “Os tomadores de empréstimos sabem se eles são bons ou maus pagadores, mas é difícil que os credores possam descobri-lo. Suponha que um banco devesse cobrar de devedores que certamente quitarão seus empréstimos uma taxa de juros de 5%, mas, de devedores com risco de se tornarem inadimplentes, teria de cobrar uma taxa de 15%. Um contador ou um estatístico talvez aconselhasse o banco a cobrar algo como 10%. Um economista sabe que isso atrairá apenas os tomadores de empréstimos arriscados. Os bons pagadores ficam irritados com o fato de que não conseguem um empréstimo a juros razoáveis. Desta forma, a seleção adversa impede um mercado para tomadores de empréstimos que são bons pagadores”.

com bom histórico de pagamento. Nesse sentido, o SCR funciona como um *bureau* de crédito e registra informações úteis para a distinção entre bons e maus pagadores, contribuindo para a redução do *spread* bancário. Os *bureaus* de crédito têm o importante papel de reduzir os custos de obtenção de dados que tornem possível avaliar melhor os clientes. Ao obter dados fidedignos sobre os potenciais devedores, reduz-se a assimetria de informações, permitindo que as expectativas de risco do credor e do potencial devedor se aproximem, possibilitando, em um ambiente competitivo, a concessão de crédito a taxas mais justas e compatíveis.¹⁷

Dessa forma, nota-se, claramente, que as duas finalidades do SCR – prover ao BC informações para fins de supervisão do risco de crédito a que estão as instituições financeiras, bem como propiciar o intercâmbio de parcela dessas informações entre as entidades bancárias a fim de que gerenciem seu próprio risco de crédito – estão ligadas à manutenção da estabilidade do sistema bancário, à proteção dos recursos depositados pelos cidadãos e a uma melhor distribuição do crédito, promovendo, assim, o desenvolvimento equilibrado do país e servindo aos interesses da coletividade, na forma preconizada pelo art. 192 da Constituição Federal de 1988¹⁸. Portanto, apenas considerando esses relevantes desígnios, percebe-se que o SCR apresenta diferenças substanciais em comparação aos cadastros restritivos de crédito, que possuem finalidade puramente econômica, sem significativas implicações sociais.

1.2 O funcionamento do SCR e dos cadastros restritivos de crédito

Antes de analisar detalhadamente o funcionamento do SCR e dos cadastros de inadimplentes, cabe destacar a base normativa de cada um desses sistemas.

17 BANCO CENTRAL DO BRASIL. Site Institucional. SCR – Sistema de Informações de Crédito do Banco Central. Importância. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?scr>>. Acesso em: 10 out. 2015. Cita-se, ainda, interessante estudo de Schechtman (2006) acerca da utilidade das informações constantes na Central de Risco de Crédito para a redução da taxa de inadimplência.

18 “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” (BRASIL, 1988).

A regulamentação do SCR firma-se em dispositivos da legislação federal que disciplinam o campo econômico, cabendo citar principalmente o art. 3º, V e VI, e o art. 4º, VI e VIII, da Lei Federal nº 4.595, de 1964¹⁹, que – expondo de forma sucinta – estabelecem a competência do CMN para fiscalizar a solvência das instituições financeiras e disciplinar o crédito, sob todas as suas formas, bem como o já referido art. 1º, § 3º, I, da Lei Complementar nº 105, de 2001, que estabelece como exceção ao sigilo bancário a troca de informações entre as entidades bancárias, por intermédio das centrais de risco, observadas as normas do CMN e do BCB. Nesse contexto, a indigitada Resolução CMN nº 3.658, de 2008, disciplina o funcionamento do SCR.

Os cadastros restritivos de crédito, por seu turno, não apresentam normas que os regulem especificamente. São disciplinados, de forma geral, pelo art. 43 do Código de Defesa do Consumidor²⁰, que trata dos bancos de dados e cadastros de consumidores, na linha interpretativa conferida especialmente pelas orientações sumulares do Superior Tribunal de Justiça²¹.

Passando à análise comparativa do funcionamento desses institutos, observa-se primeiramente que, enquanto nos cadastros restritivos de crédito é facultado ao credor insatisfeito proceder à inscrição do devedor, no âmbito do SCR é obrigatório

19 “Art. 3º A política do Conselho Monetário Nacional objetivará: [...] V – Propiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros, com vistas à maior eficiência do sistema de pagamentos e de mobilização de recursos; VI – Zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras [...] Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: [...] VI – Disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras; [...] VIII – Regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas [...]” (BRASIL, 1964).

20 “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. § 6º Todas as informações de que trata o *caput* deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor” (BRASIL, 1990).

21 Exemplos: “Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 359, Segunda Seção, julgado em 13/8/2008, DJe 8/9/2008); “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 385, Segunda Seção, julgado em 27/5/2009, DJe 8/6/2009); e “É dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negatificação de seu nome em bancos de dados e cadastros” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 404, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 24/11/2009).

aos bancos e congêneres²² remeter, mensalmente, informações relativas às operações de crédito concedidas²³ a seus clientes no valor igual ou superior a R\$1.000,00²⁴. Em outras palavras, se, por um lado, o comerciante pode preferir, ao invés de realizar a inscrição, cobrar pessoalmente a dívida, não cobrá-la, ou até mesmo perdoá-la, por outro, as instituições financeiras devem prestar à autoridade monetária, sob pena de multa e outras sanções administrativas, informações que permitam a avaliação do nível de risco a que estão expostas.

Percebe-se que essa remessa compulsória deve-se, precipuamente, à função básica do SCR de fornecer dados que subsidiem a supervisão bancária do Banco Central. Em virtude disso, as informações remetidas a esse sistema não contêm um juízo de valor acerca do cliente bancário, podendo ser consideradas mais como registros contábeis, econômicos, ou, na classificação da Procuradoria do Banco Central, “dados patrimoniais objetivos” acerca do ativo das instituições financeiras supervisionadas pela autoridade monetária (VASCONCELOS; ANDRADE, 2011, p. 316, e ROMAN; OLIVEIRA, 2010, p. 323).

Conforme consta no *site* do BCB:

[...] o registro no SCR não revela necessariamente informação que permita construir juízo de valor negativo de um devedor. [...]

22 “Art. 4º As seguintes instituições devem remeter ao Banco Central do Brasil informações relativas às operações de crédito: I – as agências de fomento; II – as associações de poupança e empréstimo; III – os bancos comerciais; IV – os bancos de câmbio; V – os bancos de desenvolvimento; VI – os bancos de investimento; VII – os bancos múltiplos; VIII – as caixas econômicas; IX – as cooperativas de crédito; XI – as sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários; XII – as sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários; XIII – as sociedades de arrendamento mercantil; XIV – as sociedades de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte; XV – as sociedades de crédito, financiamento e investimento; XVI – as sociedades de crédito imobiliário; XVII – o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica às instituições em liquidação extrajudicial, sob intervenção ou em regime de administração especial temporária” (BRASIL, 2008).

23 “Art. 3º São considerados operações de crédito, para fins de registro no SCR, os seguintes débitos e responsabilidades: I – empréstimos e financiamentos; II – adiantamentos; III – operações de arrendamento mercantil; IV – coobrigações e garantias prestadas; V – compromissos de crédito não canceláveis incondicional e unilateralmente pelas instituições mencionadas no art. 4º; VI – operações baixadas como prejuízo e créditos contratados com recursos a liberar; VII – demais operações que impliquem risco de crédito, inclusive aquelas que tenham sido objeto de negociação com retenção substancial de riscos e de benefícios ou de controle, de acordo com a Resolução nº 3.533, de 31 de janeiro de 2008” (BRASIL, 2008).

24 Conforme consta no *site* do Banco Central, inicialmente “determinou-se que as instituições enviassem informações sobre o total das operações dos clientes com responsabilidade total igual ou superior a R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). Paulatinamente, esse valor foi sendo diminuído, inicialmente para o patamar de R\$20.000,00 (vinte mil reais), depois para R\$5.000,00 (cinco mil reais), e atualmente, são armazenadas no banco de dados do SCR as operações dos clientes com responsabilidade total igual ou superior a R\$1.000,00 (mil reais) a vencer e vencidas, e os valores referentes às fianças e aos avais prestados pelas instituições financeiras a seus clientes, além de créditos a liberar contabilizados nos balancetes mensais” (BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Site Institucional*. SCR – Sistema de Informações de Crédito do Banco Central. O que é o SCR. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?scr>>. Acesso em: 10 out. 2015). O valor de mil reais está em vigor desde abril de 2012, conforme Circular BCB nº 3.567, de 12 de dezembro de 2011.

O SCR apenas apresenta o saldo devedor de clientes e sua adimplência ou inadimplência, cabendo a cada instituição avaliar as informações como positivas ou negativas. Deve-se ressaltar que a grande maioria dos clientes cadastrados no sistema é adimplente (cerca de 70% não tem registro desabonador), e a inadimplência, que pode ser temporária, não impede a contratação de novas operações de crédito.²⁵

Já o comerciante, ao enviar os dados de seu cliente aos cadastros restritivos, tem o intuito de, além de realizar a cobrança da dívida por meio da comunicação prévia ao registro, alertar o inadimplemento a terceiros; há, portanto, um juízo de valor claramente negativo nessa inclusão.

Quanto à natureza do SCR, Vasconcelos e Andrade (2011, p. 317), procuradores do Banco Central, defendendo que em nada se assemelha a cadastros restritivos, entendem que o sistema trata-se de um “registro objetivo de elementos patrimoniais” (operações de crédito), submetido a regime jurídico próprio e mantido em virtude de interesses públicos primários.

Segundo Vasconcelos e Andrade (2011, p. 317-318), o patrimônio de um sujeito de direito é composto por ativo (bens e direitos), passivo (deveres e obrigações) e patrimônio líquido (diferença entre os dois primeiros), de modo que as operações de crédito registradas no SCR constituem dados patrimoniais objetivos (direitos de crédito) acerca do ativo das instituições financeiras supervisionadas pelo Banco Central. Concluem, assim, que o sistema aproxima-se muito mais de algo como registro de imóveis e de veículos mantidos pelos departamentos estaduais de trânsito (Detrans), que de um cadastro de proteção ao crédito. Segundo constatam,

[...] o SCR está para um registro de veículos do Detran assim como um cadastro de inadimplentes, no qual se registram maus pagadores, estaria para um registro de penalidades de trânsito vinculados a carteira de motoristas, no qual se registram maus motoristas.

Outra peculiaridade do SCR é que as entidades bancárias são exclusivamente responsáveis pelas informações enviadas, inclusive no que diz respeito às

25 BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Site Institucional.** SCR – Sistema de Informações de Crédito do Banco Central. Diferença entre o SCR e outros cadastros. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?scr>>. Acesso em: 10 out. 2015.

inclusões, às exclusões e às retificações (art. 9º da Resolução nº 3.568, de 2008²⁶), sob pena de instauração de processo administrativo por eventuais irregularidades nos dados fornecidos ao sistema.

Em virtude dessa exclusiva responsabilidade, não cabe ao Banco Central excluir os dados registrados no SCR. Por essa razão, foi editado o Comunicado BCB nº 8.089, de 20 de dezembro de 2000²⁷, divulgando como os bancos e congêneres devem proceder para excluir registros contidos no SCR, em atendimento a medidas judiciais.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento dos *habeas data* nº 160²⁸ e nº 265, já reconheceu serem as instituições financeiras as únicas responsáveis pelas anotações constantes no SCR. Eis a ementa do último julgado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. HABEAS DATA. INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. SISTEMA DE INFORMAÇÕES DE CRÉDITO DO BANCO CENTRAL –SCR. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM NO QUE TANGE À INCLUSÃO OU MODIFICAÇÃO DE DADOS NO SISTEMA. RESOLUÇÃO CMN 3.658/2008. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES E DETALHES DAS ANOTAÇÕES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ.

1. Cuida-se de habeas data impetrado contra o Presidente do Banco Central no qual se postulam o fornecimento de informações constantes no Sistema de Informações de Crédito (SCR) bem como a retificação de anotações negativas ou, ainda, a menção de que parte delas não seria verossímil em razão de decisão judicial favorável ao cliente bancário.

2. A autoridade coatora, Presidente do Banco Central, não possui legitimidade passiva ad causam em parte do pleito, uma vez que a inclusão ou a retificação de informações no SCR, nos termos do art. 9º da Resolução CMN n. 3.658/2008, é de exclusiva competência das instituições listadas no art. 4º da referida norma regulamentar.

26 “Art. 9º As informações remetidas para fins de registro no SCR são de exclusiva responsabilidade das instituições de que trata o art. 4º, inclusive no que diz respeito às inclusões, às correções, às exclusões, às marcações *sub judice* e ao registro de medidas judiciais e de manifestações de discordância apresentadas pelos contratantes” (BRASIL, 2008).

27 Comunicado BCB nº 8.089, de 20 de dezembro de 2000. Divulga novo procedimento para atendimento de medidas judiciais quanto à substituição de informações no sistema Central de Risco de Crédito. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?numero=8089&tipo=Comunicado&data=20/12/2000>>. Acesso em: 21 out. 2015.

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HD 160/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 27/8/2008, DJe 22/9/2008.

3. Mesmo a retificação de informação negativa, cujo teor deva ser modificado em razão de decisão judicial transitada em julgada, deve ser feita no Sistema de Informações de Crédito pela entidade bancária envolvida e não pelo Presidente do Banco Central.

4. Na mesma linha, o precedente (HD 160/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJe 22.9.2008) fixa que é possível conceder parte da ordem pedida para que haja esclarecimentos e detalhes sobre as anotações existentes no SCR, uma vez que a autoridade indicada é depositária de informações, as quais possuem relevância ao impetrante. Ordem concedida em parte. Agravo regimental prejudicado.²⁹

Quanto à divulgação dos registros, existem diferenças significativas entre o SCR e os cadastros restritivos. Nestes a consulta pode ser feita por qualquer pessoa que se dispuser a pagar pelo serviço, já naquele o acesso às informações é limitado a três possibilidades.

Após a inclusão do registro no SCR, terão acesso à informação apenas i) o Banco Central do Brasil, no exercício de sua atribuição regulatória e de supervisão; ii) o titular da operação (cliente bancário), que pode consultar seus dados inclusive via internet³⁰; e iii) as instituições financeiras, desde que autorizadas previamente pelo cliente cujos registros serão consultados³¹. Outrossim, ainda que devidamente autorizada, a entidade bancária terá acesso apenas aos dados consolidados do SCR, não sendo reveladas as particularidades das operações entabuladas pelo cliente.

Nesse contexto, o *site* do Banco Central enfatiza o acesso condicionado dos bancos e congêneres aos registros contidos no SCR:

Em realidade, depende do tomador de crédito permitir ou não o compartilhamento de dados. Sem a autorização do cliente, nenhuma

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HD 265/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 12/3/2014, DJe 6/5/2014.

30 O acesso é feito pelo Registrato – Extrato do Registro de Informações do Banco Central (BANCO CENTRAL DO BRASIL. Site Institucional. Registrato. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pt-br/sfn/registrator/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 21 out. 2015).

31 Conforme o art. 8º, incisos I e IV, da Resolução CMN nº 3.568, de 2008, que dispõe: “Art. 8º Para efeito do disposto no inciso II do art. 2º, as instituições mencionadas no art. 4º devem: I – obter autorização específica do cliente, passível de comprovação, para consultar as informações constantes do SCR; [...] IV – manter a guarda do documento mencionado no inciso I pelo período de cinco anos, contados da data da última consulta, quando não realizada operação de crédito com o cliente V – manter a guarda dos documentos mencionados nos incisos I e II por um período de 5 (cinco) anos, contados da data da última informação fornecida ao Banco Central do Brasil, quando realizada operação de crédito com o cliente” (BRASIL, 2008).

instituição financeira pode acessar seus dados no sistema. O SCR preserva a privacidade do cliente, pois exige que a instituição financeira possua autorização expressa do cliente para consultar as informações que lhe dizem respeito.³²

Considerando essas diferenças na divulgação dos dados, o juiz Demócrito Reinaldo Filho (2005) bem observa que a simples inscrição nos cadastros restritivos já pressupõe dano a direito de personalidade (honra e privacidade), pois esse serviço revela-se de caráter extremamente invasivo, uma vez que reúne e disponibiliza ao público dados pessoais acerca do devedor. Segundo o magistrado, a mesma lógica não se aplica ao sistema do Banco Central, porque seus dados são prestados de forma compulsória pelas instituições financeiras, e a política de consulta é restrita, existindo diferentes níveis de acesso às informações. Diante disso, conclui que a simples inclusão de dados pessoais no sistema do Banco Central não resulta em presunção de prejuízo para o cliente bancário. De acordo com Reinaldo Filho (2005),

Nos cadastros de inadimplentes, a simples inclusão do nome de alguém já é suficiente para causar danos. Esses cadastros são espécie de “listas negras” do mercado de consumo e basta a simples presença do nome de determinado consumidor nelas para causar-lhe restrição ao crédito. São acessados de forma livre por associados e contratantes do serviço de informações prestado pelo operador da base de dados. Assim, é lógico presumir o dano como decorrente da simples inserção de informações pessoais em cadastros e bases de dados dessa natureza. O mesmo não se pode dizer das “centrais de risco de crédito” [*referência à versão inicial do SCR, chamada sistema Central de Risco de Crédito do Banco Central (CRC)*], pelas características diferenciadas na qualidade dos dados que integram sua base de informações e da restrita política de acesso. Nelas, os dados são armazenados para fins diversos, não se prestando à exclusiva finalidade de registrar os nomes de devedores inadimplentes. Além disso, a restrita política de acesso não permite que as informações se disseminem e cheguem a outras pessoas que não os auditores e operadores do sistema.

32 BANCO CENTRAL DO BRASIL. Site Institucional. SCR – Sistema de Informações de Crédito do Banco Central. SCR e o Sigilo bancário. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?scr>>. Acesso em: 10 out. 2015

Existem, ainda, diferenças no que se refere à comunicação sobre a inclusão da informação no SCR e nos cadastros restritivos. Enquanto nestes a inscrição é precedida por carta enviada pelo gestor do cadastro, por meio da qual o devedor é informado acerca da inscrição e da forma como proceder para regularizar sua situação, naquele o registro é precedido de comunicação ao cliente bancário, por parte da instituição financeira, só não havendo essa comunicação se a entidade bancária tiver sido previamente autorizada pelo titular da operação a efetuar o registro³³. Tal diferença será abordada com mais detalhe no próximo capítulo.

Pelo exposto, percebe-se que a finalidade pública que permeia o SCR é refletida no seu funcionamento característico, o que o torna notadamente distinto dos cadastros de inadimplentes, não sendo cabível, portanto, a equiparação que vem sendo dada pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, menciona-se a seguinte crítica feita por Hagström (2009, p. 248-249):

[...] o tema central de risco de crédito foi mal interpretado pelo Poder Judiciário, talvez pela falta de esclarecimentos adequados. Com efeito, inúmeras ações levaram o Poder Judiciário a ordenar ao Banco Central a não inclusão, ou a exclusão, dos nomes dos autores, pessoas físicas ou jurídicas, daquele 'cadastro', tido como 'negativo'. Ora, a central de riscos de crédito não é propriamente um 'cadastro', na acepção usual; muito menos um cadastro negativo ou restritivo. Como foi dito, trata-se de um banco de dados com informações consolidadas (negativas e positivas) sobre responsabilidades (obrigações e coobrigações) dos clientes das instituições financeiras. E, por outro lado, sua função básica, como demonstrado, é a proteção do sistema financeiro, objetivo de interesse geral, que se sobrepõe a possíveis interesses individuais.

33 Eis o disposto no art. 8º, inciso II, da Resolução nº 3.568, de 2008: "Para efeito do disposto no inciso II do art. 2º, as instituições mencionadas no art. 4º devem: [...] II – comunicar previamente ao cliente o registro dos seus dados no SCR, exceto se houver autorização dele para o registro; [...]" (BRASIL, 2008).

2 O SCR e a aplicabilidade do art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor

Considerando que o SCR distingue-se dos cadastros de proteção ao crédito, tanto no aspecto teleológico quanto no procedimental, passa-se a examinar se, embora existindo essas diferenças, seria possível aplicar àquele sistema o disposto no art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor³⁴ – que determina a comunicação por escrito ao consumidor da abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo, quando não solicitada por ele – combinado com a orientação interpretativa da Súmula nº 359 do STJ³⁵ – que indica o órgão mantenedor do cadastro como responsável por essa comunicação.

Em relação à incidência do art. 43 do CDC no âmbito do SCR, Hagström (2009, p. 246), analisando a versão inicial desse sistema, defende que esse artigo é aplicável no que for compatível às suas peculiaridades. Segundo o autor, a existência de autorização prévia ao registro excluiria a necessidade de comunicação ao cliente bancário. Eis suas palavras:

Caberia indagar, a essa altura, se são aplicáveis à Central de Risco de Crédito do BC as disposições estatuídas no art. 43 da Lei 8.078, de 1990 (o chamado “Código de Defesa do Consumidor”).

Sempre entendi que aquelas normas são aplicáveis à CRC, no que for, evidentemente, compatível com as naturezas e características daquele banco de dados. Assim, p.ex., penso que não é exigível, no caso, prévia comunicação ao cliente sobre a inclusão de dados referentes às suas operações naquele banco, até pela prévia autorização dele exigida, como visto anteriormente.

Reinaldo Filho (2005), por seu turno, também ao examinar o sistema CRC, considerou que este, por ter natureza de banco de dados múltiplo, não se sujeita aos parágrafos do art. 43 do CDC, que são destinados exclusivamente aos cadastros de inadimplentes. Segundo o magistrado, o direito de acesso,

34 “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. [...] 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele” (BRASIL, 1990).

35 Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 359, Segunda Seção, julgado em 13/8/2008, DJe 8/9/2008).

de comunicação e de retificação dos dados pessoais inseridos no CRC seria garantido não pela via da aplicação direta do art. 43 do CDC, mas mediante o recurso de outras fontes jurídicas, como a própria Constituição Federal, que assegura esses direitos nas disposições relativas à proteção de dados pessoais (art. 5º, incisos X, XII e LXXII³⁶).

Vasconcelos e Andrade (2011), considerando que o SCR trata-se de um “registro objetivo de elementos patrimoniais” e que as operações de crédito nele registradas constituem dados patrimoniais objetivos (direitos de crédito) acerca do ativo das instituições financeiras, posicionam-se pela inaplicabilidade integral do art. 43 do CDC ao SCR, uma vez que o *caput* desse artigo reporta-se apenas a cadastros, registros e dados “sobre um sujeito de direito”, que é o consumidor, mas não “sobre objetos de direito”, como financiamentos. De acordo com Vasconcelos e Andrade (2011, p. 319-320),

[...] o art. 43 do CDC foi claro nesse sentido ao restringir sua hipótese de incidência, *in verbis*, a “*informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele*”, o consumidor. É dizer: as regras do dispositivo em questão reportam-se a cadastros, registros e dados sobre um sujeito de direito, que é o consumidor, não sobre objetos de direito, como imóveis, veículos ou financiamentos, ainda que sua aquisição possa ter decorrido de uma relação de consumo com construtora, montadora ou instituição bancária.

[...] Por essa razão, o § 2º do mencionado art. 43 do CDC, conforme sedimentado na jurisprudência (*vide, e. g.*, EDcl no REsp 959.637/RS e REsp 703.588/SC), é aplicado a SPC e Serasa, que, como cadastros de proteção ao crédito ou de inadimplentes, contêm registros sobre o sujeito de direito consumidor, mas não aos registros de imóveis, de veículos ou ao SCR, como também pronunciado em precedentes jurisprudenciais (*e. g.*, SLS 1.214/SP, no STJ; AC 262497/RN, no TRF-5; e ACP 2002.33.00.028383-3, na 14ª VF de Salvador/BA), a despeito de que, como referido, imóveis,

36 “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: [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal [...] LXXII – conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; [...]” (BRASIL, 1988).

veículos ou financiamentos possam ter sido adquiridos por consumidores mediante relações de consumo travadas com construtoras, montadoras ou instituições bancárias (grifos dos autores).

Embora os autores citados defendam, semelhantemente, que ao SCR não se aplica o art. 43 do CDC, seja em sua integralidade, seja apenas na parte que trata da comunicação prévia ao consumidor, o § 2º desse artigo pode ser aplicado, porém não da forma como vem sendo interpretado para incidência nos cadastros restritivos – no sentido de que a comunicação prévia ao consumidor deve ser feita por correspondência³⁷ – mas, sim, de forma compatível com o funcionamento dessa ferramenta prudencial de supervisão bancária.

Nesse contexto, importante repetir o que determina o indigitado parágrafo legal: “a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”. Ora, conforme o art. 8º, II, da Resolução nº 3.658, de 2008³⁸, o registro incluído no SCR é precedido de comunicação ao cliente bancário, por parte da instituição financeira, só não havendo essa comunicação se a entidade bancária tiver sido previamente autorizada pelo titular da operação a efetuar o registro. Com efeito, não há como negar que o cliente bancário (consumidor) é informado, por escrito, da inclusão de seu nome no SCR, inclusive mediante a autorização prévia que fornece à instituição financeira. O § 2º do art. 43 do CDC, portanto, é aplicável ao SCR, desde que sua leitura seja feita de forma conjunta com o art. 8º, II, da Resolução nº 3.658, de 2008.

Quanto à possibilidade de se realizar esse diálogo das fontes³⁹, menciona-se o art. 7º, *caput*, do CDC⁴⁰, que expressamente dispõe que os direitos previstos

37 A jurisprudência sempre se posicionou pela necessidade do envio de uma carta. Houve discussão apenas se a correspondência deveria ser com aviso de recebimento. A Súmula 404, do STJ, veio a solucionar esse embate: “É dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negatificação de seu nome em bancos de dados e cadastros” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 404, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 24/11/2009).

38 Eis o disposto no art. 8º, inciso II, da Resolução nº 3.568, de 2008: “Para efeito do disposto no inciso II do art. 2º, as instituições mencionadas no art. 4º devem: II – comunicar previamente ao cliente o registro dos seus dados no SCR, exceto se houver autorização dele para o registro; [...]” (BRASIL, 2008).

39 A teoria do diálogo das fontes foi gestada na Alemanha, por Erik Jayme, e trazida para o Brasil por Cláudia Lima Marques. Segundo essa teoria, o direito deve ser interpretado como um todo de forma sistemática e coordenada. Assim, uma norma jurídica não excluiria a aplicação de outra, como acontece com a adoção dos critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico) para solução de conflito (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2009, p. 89-90).

40 “Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade” (BRASIL, 1990).

naquele código não excluem outros decorrentes de regulamentos expedidos por autoridades administrativas competentes, o que, portanto, inclui os direitos contidos na Resolução CMN nº 3.568, de 2008. Frisa-se, ademais, que esse dispositivo regulamentar não entra em conflito com o que é prescrito no CDC, mas apenas detalha o funcionamento do SCR, apresentando disposições condizentes às peculiaridades dessa ferramenta prudencial de supervisão bancária, conforme será demonstrado a seguir.

Incabível, porém, a aplicação exclusiva do art. 43 do CDC, sem atentar-se às disposições da referida resolução. Salienta-se que a importância de uma disciplina normativa específica para regular o SCR é reconhecida pela legislação federal, como no já referido art. 1º, § 3º, inciso I, da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, na parte em que prescreve a observância das normas do CMN e do BCB, na troca de informações entre as instituições financeiras, para fins cadastrais.

Além disso, o art. 1º, parágrafo único, da Lei Federal nº 12.414, de 9 de junho de 2014⁴¹, ao introduzir a lei dos chamados “cadastros positivos”, também reconhece que os bancos de dados instituídos ou mantidos por pessoas jurídicas de direito público interno serão regidos por legislação específica. Na exposição de motivos dessa lei, aliás, consta expressa menção ao SCR, quando esse artigo é comentado:

5. Quanto aos dispositivos desta medida provisória, deve-se destacar que o art. 1º define o escopo da medida e esclarece que os bancos de dados instituídos ou mantidos por pessoas jurídicas de direito público interno, como é o caso do Sistema de Informações de Crédito – SCR, do Banco Central do Brasil – BCB, serão regidos por legislação específica (BRASIL, 2010).

Dessa forma, é possível e legítima a leitura conjunta do art. 43, § 2º, do CDC, com o art. 8º, inciso II, da Resolução nº 3.568, de 2008, no âmbito do SCR, não havendo conflito, mas, sim, complementaridade entre esses dispositivos.

41 “Art. 1º Esta Lei disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Parágrafo único. Os bancos de dados instituídos ou mantidos por pessoas jurídicas de direito público interno serão regidos por legislação específica” (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Por outro lado, no que se refere à interpretação conferida ao § 2º do art. 43 do CDC, no sentido de que comunicação prévia ao consumidor deve ser feita por correspondência, frisa-se que foi gestada em razão das especificidades dos cadastros restritivos ao crédito.

A necessidade do envio de uma carta ao consumidor antes de ser inscrito nos cadastros de inadimplentes pressupõe a ampla divulgação desses registros, sendo a notificação por correspondência uma forma de possibilitar que o devedor quitasse a dívida antes de seu nome ser incluído nos bancos de dados restritivos. Nesse sentido, bem observou o Ministro do STJ, Aldir Passarinho, no Recurso Especial nº 1.061.134-RS, julgando casos repetitivos relativos a cadastros de inadimplentes,

o escopo do Código de Defesa do Consumidor, quando determinou essa obrigatoriedade da notificação, foi porque, como a inscrição tem uma repercussão pública maior, a notificação prévia permitiria, ao devedor, imediatamente, providenciar o pagamento.⁴²

Diferentemente, o acesso aos dados constantes no SCR é restrito, não há a ampla divulgação característica de um cadastro de inadimplentes. Só podem consultar o SCR a autoridade monetária, o próprio titular da operação e a instituição financeira, esta ainda condicionada à autorização prévia, por parte da pessoa cujos dados serão consultados. Além disso, seus registros não apresentam juízo de valor. As instituições financeiras são obrigadas a fazer a inclusão para que a autoridade monetária tenha condições de avaliar o risco de crédito a que estão expostas. Portanto, não são incluídos dados no SCR com a finalidade de alertar o público sobre eventual inadimplência, nem com o intuito de receber dívida.

Outrossim, caso a instituição financeira faça alguma inclusão que possa ser classificada como inadimplência, é possível que o débito esteja sendo renegociado, e que a credora não tenha a intenção de emitir juízo valorativo sobre o devedor. A propósito, se quisesse emitir algum juízo de valor negativo acerca do cliente e receber a quantia devida, encaminharia os dados para algum cadastro restritivo,

42 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.061.134/RS, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Segunda Seção, julgado em 10/12/2008, DJe 1º/4/2009.

que, por sua vez, enviaria uma carta ao cliente, informando-o acerca da inscrição e de como proceder para regularizar a situação. A instituição financeira jamais faria esse expediente por meio do SCR, uma vez que essa ferramenta prudencial de supervisão bancária não foi gestada para essa finalidade.

Com efeito, não há razão para sustentar que ao SCR é aplicável a mesma orientação interpretativa conferida ao art. 43, § 2º, do CDC, quando aplicado aos cadastros de inadimplentes, uma vez que a necessidade do envio de uma correspondência serve apenas a estes cadastros, que têm uma repercussão maior, e que incutem juízo de valor negativo em relação ao cadastrado, e a correspondência permite a reversão dessa situação antes de ser conferida ampla publicidade ao registro.

Ademais, tendo em vista a redação da Súmula nº 359 do STJ – cujos precedentes, a propósito, apenas se referem a cadastros de inadimplentes –, caso competisse ao Banco Central comunicar previamente, por correspondência, todos os registros constantes no SCR, essa tarefa seria extremamente onerosa aos cofres públicos.

Em razão da obrigatoriedade da remessa das informações de todas as operações de crédito iguais ou superiores a R\$1.000,00, atualmente existem mais de 451 milhões de operações financeiras registradas nesse sistema, sendo que, mensalmente, são incluídos mais de 45 milhões de dados⁴³. Ora, considerando o custo postal de uma carta AR (R\$3,60⁴⁴), para que todos esses registros fossem comunicados por escrito, o erário arcaria com mais de 1 bilhão e 600 milhões de reais⁴⁵, havendo ainda um gasto mensal de mais de 160 milhões de reais⁴⁶, isso sem considerar as despesas administrativas com a estrutura operacional necessária para o envio das correspondências. Nota-se, portanto, que só o gasto postal com a notificação de registros constantes no SCR causaria um rombo milionário aos cofres públicos, além de certamente impactar no custo operacional da autoridade monetária.

43 Total de operações individualizadas em abril de 2015: 451.058.315; Total de operações contratadas em abril de 2015: 45.807.566 (BANCO CENTRAL DO BRASIL. Departamento de Monitoramento do Sistema Financeiro (Desig). RES: Quantidade de registros no SCR [mensagem pessoal]. Mensagem eletrônica recebida pela autora, em 22 de junho de 2015).

44 CORREIOS. Disponível em: <<http://www.correios.com.br/para-voce/consultas-e-solicitacoes/precos-e-razoes/servicos-adicionais-nacionais>>. Acesso em: 3 jul. 2015.

45 Precisamente R\$1.623.809.934 (451.058.315 operações de crédito em abril de 2015; R\$3,60 custo da carta AR).

46 Precisamente R\$164.907.237,60 (45.807.566 de operações de crédito enviadas no mês de abril de 2015; R\$3,60 custo da carta AR).

Essa mesma constatação foi feita pelo Superior Tribunal de Justiça, na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.214 – SP⁴⁷. Nessa ocasião, o então presidente do STJ, Ministro César Asfor Rocha, deferiu, em favor da autoridade monetária, suspensão de tutela antecipada anteriormente concedida no bojo de ação cautelar, ressaltando o milionário impacto aos cofres públicos caso houvesse o cumprimento da determinação liminar então suspensa, no sentido de que o Banco Central enviasse correspondências antes de cada inclusão no SCR.

A propósito, nos memoriais apresentados pelo Banco Central por ocasião desse julgamento, foi destacado que, além do rombo orçamentário e do custo operacional, haveria um impacto na própria funcionalidade do sistema de supervisão bancária. Segundo alertaram Oliveira e Roman (2010, p. 333-334), caso não fossem localizados os clientes bancários para a comunicação formal, seus dados não seriam incluídos de forma fidedigna no SCR, o que resultaria na inconsistência das informações contidas nessa importante ferramenta prudencial. Transcrevendo nota técnica do Departamento de Monitoramento do Sistema Financeiro e de Gestão da Informação do Banco Central (Desig), Oliveira e Roman (2010, p. 333-334) demonstraram as gravosas consequências da falta ou da inconsistência de informações no SCR:

- a) provável deterioração de todo o mercado de crédito, ocasionado pela falta de compartilhamento das informações entre as instituições financeiras, determinante à tomada de decisão e à concessão de créditos com qualidade;
- b) possível elevação do spread bancário no Brasil, em função da percepção do aumento de risco de inadimplência nas operações por parte das entidades bancárias e repasse ao cliente dos custos de comunicação;
- c) impossibilidade de avaliação do histórico de crédito do cliente, que é feito, atualmente, por meio do acesso às informações contidas no SCR, prejudicando o processo de concessão de crédito;
- d) comprometimento da saúde financeira das entidades bancárias, tendo em vista que o SCR é uma ferramenta essencial para evitar abalos na situação econômica dessas entidades.

47 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SLS nº 1.214/SP, Min. César Asfor Rocha, julgado em 16/4/2010, DJe 19/4/2010.

Portanto, percebe-se que, além de desnecessária, é materialmente inviável a comunicação prévia por correspondência acerca de cada registro constante no SCR, sob pena de trazer graves prejuízos à atividade de supervisão exercida pelo Banco Central e à prevenção do risco de crédito, por parte das instituições financeiras, o que, em última análise, repercute na economia do país e na sociedade em geral. Em razão disso, considera-se que a interpretação que é conferida ao art. 43, § 2º, do CDC, no sentido de que a comunicação prévia dos registros deve ser feita por correspondência, bem como a diretriz contida na Súmula nº 359, no sentido de que cabe ao órgão mantenedor do cadastro proceder a essa comunicação, não são compatíveis com essa importante ferramenta prudencial de supervisão bancária.

Por outro lado, a forma como é realizada a comunicação dos registros constantes no SCR, além de não entrar em conflito com o disposto no § 2º do art. 43 do CDC, é a que melhor se amolda a esse sistema, pois, cumprindo com a finalidade normativa de devidamente informar o cliente bancário acerca da inclusão de seu dado no sistema, não implica um milionário custo orçamentário e operacional, nem inviabiliza essa importante ferramenta de supervisão bancária.

Por semelhante razão, a maneira como são comunicadas as inclusões nos bancos de dados com informações de adimplemento é muito parecida com a forma de comunicação dos registros contidos no SCR, sendo naqueles também necessária a autorização prévia do potencial cadastrado quando da abertura de cadastro (art. 4º da Lei nº 12.414, de 2014⁴⁸). No cadastro positivo, essa forma de comunicação foi prescrita considerando-se que eventual “exigência de autorização ou de comunicação para todas as anotações implicaria assunção de custos operacionais e de logística elevados por parte das empresas formadoras dos bancos de dados” (BRASIL, 2010), conforme justificado na exposição de motivos da respectiva lei.

Ressalta-se, nesse contexto, que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.346.050/SP⁴⁹, já reconheceu não ser abusiva a cláusula contratual que dispõe sobre a autorização do cliente bancário para

48 “Art. 4º A abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada. § 1º Após a abertura do cadastro, a anotação de informação em banco de dados independe de autorização e de comunicação ao cadastrado. § 2º Atendido o disposto no *caput*, as fontes ficam autorizadas, nas condições estabelecidas nesta Lei, a fornecer aos bancos de dados as informações necessárias à formação do histórico das pessoas cadastradas” (BRASIL, 2011).

49 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1346050/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/11/2012, DJe 6/12/2012.

divulgar informações à Central de Risco de Crédito (CRC) do Banco Central. No julgado, o Ministro relator Sidnei Beneti analisou a alegada abusividade à luz das resoluções do CMN que disciplinavam a CRC, concluindo que a referida cláusula “foi redigida em obediência ao previsto na legislação vigente sobre a matéria, não violando, portanto, o direito à intimidade, tampouco ao sigilo bancário”.

Conclusão

As duas finalidades que permeiam o SCR – prover ao Banco Central informações sobre operações de crédito concedidas pelas instituições financeiras para fins de supervisão do risco de crédito a que estão expostas, bem como propiciar o intercâmbio de parcela dessas informações entre as entidades bancárias a fim de que gerenciem seu próprio risco de crédito – estão umbilicalmente ligadas à manutenção da estabilidade do sistema bancário, à proteção dos recursos depositados pelos cidadãos e a uma melhor distribuição do crédito.

Apenas considerando esses relevantes desígnios, percebe-se que o SCR apresenta diferenças substanciais em comparação aos cadastros restritivos de crédito, que possuem uma finalidade puramente econômica, sem significativas implicações sociais. Essas diferenças refletem-se no funcionamento característico de cada um desses institutos.

A comunicação prévia dos registros incluídos no SCR, na forma como estatuída pelo art. 8º, inciso II, da Resolução nº 3.658, de 2008, é a via de comunicação mais compatível à natureza e às peculiaridades dessa essencial ferramenta de supervisão e de prevenção de risco de crédito a que estão expostas as instituições financeiras, além de não conflitar, mas, sim, complementar a redação do disposto no § 2º do art. 43 do CDC.

Referências

ARAÚJO E SILVA, Flávio Guindani. **Risco de Crédito Bancário e Informação Assimétrica: teoria e evidência**. Porto Alegre: UFRGS, 2004. 181 f. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Economia, Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/4648>>. Acesso em: 10 out. 2015.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Juros e Spread Bancário: com informações até março de 2014. Série perguntas mais frequentes**. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/pec/gci/port/focus/faq%201-juros%20e%20spread%20banc%C3%A1rio.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. **Política Monetária e Operações de Crédito do Sistema Financeiro – Nota para a imprensa em 23.9.2015**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?ECOIMPOM>>. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. **Relatório da Economia Bancária e Crédito, 2005**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/Pec/spread/port/rel_econ_ban_cred.pdf>. Acesso em 6 out. 2015.

_____. **Site Institucional.SCR – Sistema de Informações de Crédito do Banco Central**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?scr>>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Seção 1, pg. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Circular BCB nº 3.567, de 12 de dezembro de 2011**. Dispõe sobre o fornecimento de informações relativas a operações de crédito ao Sistema de Informações de Créditos (SCR), de que trata a Resolução nº 3.658, de 17 de dezembro de 2008. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 de dezembro de 2011. Seção 1. pg. 47. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2011/pdf/circ_3567_v1_O.pdf>. Acesso em: 21 out. 2015.

_____. **Comunicado BCB nº 8.089, de 20 de dezembro de 2000.** Divulga novo procedimento para atendimento de medidas judiciais quanto à substituição de informações no sistema Central de Risco de Crédito. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?numero=8089&tipo=Comunicado&data=20/12/2000>>. Acesso em: 21 out. 2015.

_____. **Resolução CMN nº 3.658, de 17 de dezembro de 2008.** Altera e consolida a regulamentação relativa ao fornecimento, ao Banco Central do Brasil, de informações sobre operações de crédito. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 dezembro 2008. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47738/Res_3658_v1_O.pdf>. Acesso em: 21 out. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. **Exposição de Motivos Interministerial nº 171, de 19 de novembro de 2010 – MF/MJ.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-171-MF-MJ-MPV-518-10.htm>. Acesso em: 5 out. 2015.

_____. **Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.** Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 janeiro 2001. Seção 1. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

_____. **Lei Federal nº 12.414, de 9 de junho de 2011.** Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplimento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 junho 2011. Seção 1. p. 2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

_____. **Lei Federal nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 janeiro 1965. Seção 1. p. 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

_____. **Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 setembro 1990. Edição suplementar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Site institucional.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HAGSTRÖM, Carlos Alberto. **Comentários à Lei de Sigilo Bancário.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____; _____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MISHKIN, Frederic S. **Moedas, Bancos e Mercados Financeiros.** 5ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2000.

REINALDO FILHO, Demócrito. A Central de Risco de Crédito do Banco. **Revista Jus Navigandi,** Teresina, ano 10, n. 663. Abril de 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6649/a-central-de-risco-de-credito-do-banco-central#ixzz3oUbzzbiU>>. Acesso em: 10 out. 2015.

ROMAN, Flávio José; OLIVEIRA, Fernando Sakayo de. Petição PGBC-2674/2010. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central,** Brasília, v. 4, n. 1, p. 313-336, jun. 2010.

SCHECHTMAN, Ricardo. A Central de Risco de Crédito no Brasil: uma análise de utilidade de informação. **Trabalhos para Discussão,** Brasília, n. 119, p. 1-34, out. 2006. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/wps119.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

VASCONCELOS, Rafael Bezerra Ximenes de; ANDRADE, Luiz Ribeiro de. Petição PGBC-4292/2011. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 5, n. 1, p. 306-325, jun. 2011.

VIEIRA, Samara Maria. **A Influência da SELIC nas Decisões Estratégicas das Instituições Financeiras**. Florianópolis: UFSC, 2013. 58 f. Monografia – Curso de Graduação em Ciências Econômicas, Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <<http://cnm.ufsc.br/files/2013/09/Monografia-da-Samara-Vieira.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

Parecer Jurídico 293/2014-BCB/PGBC

Parecer que analisa a questão jurídica acerca da possibilidade de contratação de operações de crédito por telefone.

Fernanda Quintas Vasconcelos
Procuradora do Banco Central

Eliane Coelho Mendonça
Procuradora-Chefe

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer
Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

Parecer Jurídico 293/2014-BCB/PGBC Brasília, 9 de setembro de 2014.
PE 59241

Ementa: Consultoria em Organização do Sistema Financeiro. Departamento de Supervisão de Condutas (Decon). Consulta sobre a possibilidade da contratação de operações de crédito por telefone. Revisão do entendimento do Parecer PGBC-476/2005. Título adequado representativo da dívida. Gravação telefônica. Meio apto a comprovar a realização do negócio jurídico. Necessidade de se garantir a identificação das partes e o conhecimento das cláusulas contratuais. Ausência de exigência de formalidade essencial para contratação de operação de crédito. Contrato não solene.

Senhora Procuradora-Chefe,

ASSUNTO

Trata-se de consulta (doc. 71) do Departamento de Supervisão de Conduta (Decon) sobre a possibilidade de contratação de operações de crédito por telefone, bem assim outras questões relacionadas.

2. O cerne da questão consiste na interpretação a ser conferida à norma contida na Resolução nº 1.559, de 22 de dezembro de 1988, do Conselho Monetário Nacional (CMN), com redação alterada pela Resolução nº 3.258, de 28 de janeiro de 2005, a qual determina que é vedado às instituições financeiras “conceder crédito ou adiantamento sem a constituição de um título adequado, representativo da dívida”. Mais especificamente, é questionado se a gravação de conversa telefônica, na qual haja a contratação de uma operação de crédito, pode ser considerada como título idôneo, para os fins do aludido preceito.

3. Registre-se a existência de consulta anterior formulada a esta Procuradoria-Geral, a respeito da possibilidade da contratação, por meio

telefônico, por parte de aposentados e pensionistas do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), de financiamentos com instituições financeiras, mediante autorização de consignação das parcelas devidas em folha de pagamento. Na ocasião, o Parecer PGBC-476/2005, de 26 de outubro de 2005¹, concluiu que “*a gravação de conversa telefônica (ou a sua de gravação, conversão a escrito) não constitui título adequado para os fins da Resolução 1.559, de 1988, com a redação que lhe foi dada pela Resolução 3.258, de 2005, por não se revestir das características próprias de documento escrito ou instrumento **assinado** que exterioriza o ato jurídico em todos os seus detalhes, sendo, ainda, produzida unilateralmente pela instituição financeira e passível de adulterações, colocando o mutuário em situação de flagrante desvantagem contratual*”.

4. Ocorre que, em janeiro de 2011, o Departamento de Supervisão Bancária (Desup) realizou um estudo sobre o assunto, através de questionários enviados a algumas instituições financeiras, selecionadas a partir da análise de seus perfis e tamanhos de suas carteiras de crédito. O estudo constatou a disseminação da prática de contratação de operações de crédito por telefone, uma vez que, dentre as 20 instituições financeiras questionadas, 16 informaram que ofereciam operações de crédito formalizadas exclusivamente por meio telefônico. Foram identificadas 121 modalidades de operações de crédito, 58% das quais contratadas exclusivamente por meio de contato telefônico.

5. Posteriormente, o assunto foi remetido ao Departamento de Regulação do Sistema Financeiro (Denor), visando a obter pronunciamento acerca da regularidade das instituições financeiras frente aos normativos vigentes sobre a matéria.

6. O Denor, por sua vez, na Nota 0063/2012-DENOR/COCIP, de 16 de novembro de 2012 (doc. 8), concluiu que, sob o aspecto normativo, não existiria espaço para alterar o entendimento anterior, examinado na Nota Denor 2005/00510, de 17 de maio de 2005, o qual considerou que o título adequado representativo da dívida deveria ser um documento escrito, constituído com a finalidade de comprovar a existência de direitos e deveres decorrentes de contratação de operações de crédito, o qual poderia ser produzido pelos meios tradicionais, com assinatura dos contratantes, ou através de comandos gerados

1 De Paul Medeiros Krause, com despachos de Nelson Alves de Aguiar Junior e Ailton César dos Santos.

pela aposição de senha em sistemas eletrônicos. O fundamento utilizado pelo Denor para manter o entendimento acima foi justamente o Parecer PGBC-476/2005. Além disso, entendeu a referida unidade técnica que a contratação de operações de crédito por telefone pode contribuir para a falta de transparência na relação do cliente com a instituição financeira. Por fim, assinalou ainda que “*é defeso às instituições financeiras contratar operações de crédito por telefone*”.

7. Sobre outros questionamentos apresentados pelo Desup, o Denor apresentou as seguintes conclusões:

a) examinadas as 121 modalidades relacionadas nos autos, todas as operações ali indicadas são passíveis de se exigir a constituição de título adequado;

b) as modificações de prazo, de valor, bem como as alterações do número de parcelas relativamente a operações de crédito já contratadas, em tese, implicam o encerramento da operação antiga e a contratação de nova operação de crédito, inclusive sendo objeto de nova tributação na hipótese de a alteração implicar mudança no prazo de pagamento;

c) no que se refere ao parcelamento de faturas de cartão de crédito, cujo prazo para pagamento é concedido em função da contratação de operação de crédito, trata-se de concessão de crédito ou adiantamento, devendo, portanto, ser constituído o título adequado representativo da operação;

d) a utilização de recursos nas operações de cheque especial, de crédito pessoal e de cartão de crédito deve ser alcançada pela exigência contida na Resolução 1.559/1998;

e) no que diz respeito especificamente ao fornecimento de cartão de crédito por parte das instituições, a exigência de formalização de título adequado, presente na Resolução 3.694/2009, deve ser atendida nas mesmas condições previstas na Resolução 1.559/1998, para concessão de crédito ou de adiantamento, ou seja, não pode haver fornecimento de cartão de crédito mediante contato exclusivamente telefônico;

f) a previsão contratual para a contratação de operação de crédito, a exemplo da utilizada nos contratos de cheque especial nos contratos de conta corrente, desde que efetuada de maneira clara, objetiva e adequada à natureza e à complexidade da operação, e que permita o entendimento

do conteúdo e a identificação de prazos, valores, encargos, multas, datas, locais e demais condições, nos termos previstos na citada Resolução 3.694/2009, pode ser considerada o título adequado para representar a dívida, documento exigido pela Resolução 1.559/1998.

g) não há vedação a que exista a oferta de produtos por meio de contato telefônico, com posterior formalização da contratação/renegociação por meio de assinatura de documentos pelo cliente. Ocorre que a contratação da operação somente deve ser considerada a partir da formalização, momento a partir do qual seria exigida a constituição do título adequado.

8. Após a resposta do Denor, o Decon expediu ofícios, datados de 29 de agosto de 2013 (docs. 10 a 37), para as instituições financeiras que informaram praticar a contratação de operações de crédito por telefone, exceto para o Banco Rural, devido à sua liquidação extrajudicial. Os ofícios determinaram a cessação da prática identificada e a adoção de procedimentos que garantam que todas as operações de crédito contratadas ou renegociadas através de telefone sejam formalizadas mediante título adequado.

9. As respostas das instituições financeiras foram precedidas de expediente encaminhado pela Federação Brasileira de Bancos (Febraban) (doc. 62), o qual defendeu que a cessação de contratação de operações de crédito por telefone pode acarretar severos impactos no mercado financeiro e que devem ser adotadas boas práticas aprovadas pelo sistema de autorregulação bancária. Houve ainda manifestação da Associação Brasileira das Empresas de Cartões de Crédito e Serviços (Abecs) (doc. 61), também pleiteando a autorregulação da questão.

10. A maioria das instituições financeiras apresentou, como resposta ao Banco Central do Brasil, justificativas para a prática da contratação de crédito por telefone. Não obstante, concluiu o Decon, na consulta ora analisada, que as instituições financeiras interpeladas não agregaram fatos novos que comprovassem que os procedimentos por elas adotados obedecem às normas desta Autarquia. Demonstrou ainda a área técnica preocupação com os riscos dessa modalidade de contratação, especialmente em razão da existência de ações judiciais favoráveis aos clientes nas situações em que as instituições financeiras não conseguem comprovar a existência dos contratos firmados.

11. Devido às questões jurídicas envolvidas, é agora consultada esta Procuradoria-Geral sobre a matéria, bem como a respeito das conclusões

elaboradas pelo Denor, na Nota 0663/2012-DENOR/COCIP (doc. 8), transcritas no item 7 da presente manifestação. Foi solicitada, ainda, avaliação sobre a pertinência de se reiterar a determinação de cessação da prática de contratação de operações de crédito em geral, exclusivamente por telefone.

12. Presente esse relato, passo a opinar sobre o assunto.

APRECIÇÃO

13. Voltando-se os olhos para consulta formulada, verifica-se que objeto principal é definir, sob o aspecto jurídico, o que pode ser entendido como “*título adequado, representativo da dívida*”, nos termos da Resolução nº 1.559, de 1988².

14. O Parecer PGBC-476/2005 tinha como objetivo analisar a possibilidade da contratação, por telefone, por aposentados e pensionistas do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), de financiamentos com instituições financeiras, mediante autorização de consignação das parcelas devidas em folha de pagamento. No seu desenvolvimento, o seu autor, a partir da definição do que deveria ser entendido como “*título adequado, representativo da dívida*”, acabou por analisar de forma ampla a possibilidade de contratação de operações de crédito por telefone.

15. De acordo com a referida manifestação jurídica, a Resolução nº 1.559, de 1988, com a redação que lhe foi dada pela Resolução nº 3.258, de 2005, não permite a contratação de operações de crédito por telefone, uma vez que a gravação de conversa telefônica (ou a sua degravação) não configura título adequado para os fins buscados na norma. O Parecer entendeu que seria necessário um documento escrito ou instrumento assinado, o que não exclui a possibilidade de utilização de documento eletrônico certificado ou a assinatura digital, mas apenas a contratação exclusivamente por telefone. Isso porque, na visão do parecerista, a gravação de conversa telefônica exigiria a autorização expressa do outro contratante, além de ser suscetível de adulterações e de colocar o mutuário em situação de desvantagem na relação contratual, porquanto produzida unilateralmente pela instituição financeira.

2 IX - É vedado às instituições financeiras: (...)

b) conceder crédito ou adiantamento sem a constituição de um título adequado, representativo da dívida. (Redação dada pela Resolução CMN 3.258, de 28.1.2005).

16. Não obstante a juridicidade do posicionamento adotado até então pela Procuradoria-Geral, torna-se necessário analisar a questão sob outra ótica, especialmente considerando as razões que ensejaram a mudança na redação da Resolução nº 1.559, de 1988, efetuada pela Resolução nº 3.258, de 2005, e os requisitos exigidos pela legislação civil para a contratação de operações de crédito.

17. No ponto, é interessante estudar a alteração de redação acima mencionada. O trecho da Resolução nº 1.559, de 1988, que traz as vedações às instituições financeiras, foi alterado pela Resolução 3.258, de 2005, inclusive a disposição ora interpretada, a qual determina que é vedado às instituições financeiras “*conceder crédito ou adiantamento sem a constituição de um título adequado, representativo da dívida*”. A previsão original trazia a seguinte redação para esta vedação: “*conceder crédito ou adiantamento sem a constituição de um título de crédito adequado, representativo da dívida*” (grifo nosso). Percebe-se que, antes da modificação normativa, era exigido um título de crédito. Agora, apenas um título.

18. Buscando as razões da edição da norma ora analisada e da sua alteração, verifica-se que o Voto BCB nº 8/2005, de 13 de janeiro de 2005, que fundamenta a edição da Resolução nº 3.258, de 2005, primeiramente, descreve que as vedações da Resolução nº 1.559, de 1988 – conhecidas como práticas da boa técnica bancária – foram estabelecidas com o objetivo primordial de criar condições para a observância de posturas de segurança e prudência por parte das instituições financeiras, na condução de suas operações administrativas e financeiras. Destaca o citado Voto que a Resolução nº 1.559, de 1988, que tem natureza restritiva, foi editada em uma conjuntura na qual a regulação do sistema financeiro era efetuada de forma pontual, mediante o estabelecimento de vedações ou da obrigatoriedade de adoção de determinadas práticas como estratégia de prevenção ou mitigação de riscos. Ainda para o Voto, no entanto, com o amadurecimento do sistema financeiro, as normas que norteiam o seu desenvolvimento passaram a basear-se em premissas que consideram a diversidade e complexidade das variáveis envolvidas nas operações do mercado financeiro, razão pela qual diversas vedações foram abolidas, sem significar, contudo, a dispensa da necessidade de adoção de procedimentos e avaliação e mitigação de riscos, mas apenas a flexibilização de tais procedimentos.

19. Especificamente no que se refere à alteração da vedação presente na alínea sob análise, o Voto condutor da Resolução nº 3.258, de 2005, discorre que o texto normativo passaria a se referir apenas à constituição de

título representativo da dívida, para a concessão de crédito ou adiantamento, objetivando proporcionar liberdade de escolha do instrumento de contratação mais adequado a cada tipo de operação.

20. Portanto, infere-se que ocorreu uma alteração de redação com o objetivo de adequar a normatização do sistema financeiro à evolução dos meios de contratação. Sobre a necessidade de atualização normativa, transcreve-se a seguinte posição doutrinária³:

Nesse contexto, percebe-se não apenas que as normas jurídicas são constantemente aperfeiçoadas e modificadas, adaptando-se a cada momento às mudanças sociais, mas também que o seu conteúdo e sentido somente surgem completos no momento da sua interpretação e aplicação, que são sempre influenciadas pelos valores sociais então dominantes.

21. No contexto atual, com o avanço nos meios de comunicação e na sua utilização, entendo que, na leitura da norma ora analisada, não há óbice jurídico para a contratação de operações de crédito por meio de telefone, desde que a regularidade da contratação esteja demonstrada por qualquer meio de prova em Direito admitido (estando, por conseguinte, lastreada em título idôneo para representar a dívida). Isso porque, do ponto de vista jurídico, deve ser considerado como “título adequado, representativo da dívida”, não apenas o contrato escrito, mas qualquer meio capaz de comprovar a ocorrência do negócio jurídico.

22. Desta feita, é interessante destacar que não há no ordenamento jurídico qualquer regra geral que exija que um contrato de operação de crédito seja efetuado por meio escrito⁴. De outra forma, é correto afirmar que o contrato de operação de crédito, para o Direito Civil, é um contrato não solene, aplicando-se a ele o art. 107 do Código Civil, abaixo transcrito:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

3 COVAS, Silvano. O Título de Crédito Eletrônico e a Cédula de Crédito Bancário; FONTES, Marcos Rolim Fernandes; WAISBERG, Ivo (Coord.). Contratos Bancários. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Página 460.

4 Ressalva-se aqui a norma específica que trata da contratação de empréstimo por consignação em folha de pagamento de aposentados e pensionistas do INSS, uma vez que a Instrução Normativa INSS/PRES nº 28, de 16 de maio de 2008 veda, para tal contratação, a autorização dada por telefone.

23. Escreve o seguinte a autora Maria Helena Diniz, sobre os contratos solenes⁵:

Os contratos solenes ou formais consistem naqueles para os quais a lei prescreve, para a sua celebração, forma especial que lhes dará existência, de tal sorte que, se o negócio for levado a efeito sem a observância da forma legal, não terá validade. Ser-lhes-á, portanto, insuficiente o simples encontro de duas ou mais vontades, pois será mister que a exteriorização do acordos se processe por meio de formas estabelecidas pela lei, por serem requisitos essenciais à sua validade. Desse modo, além dos elementos gerais do negócio jurídico, dependerão, para se ultimarem, de forma especial.

24. Por sua vez, escreve Carlos Roberto Gonçalves⁶ sobre os contratos não solenes, que podem ser realizados inclusive de forma verbal:

Contratos não solenes são os de forma livre. Basta o consentimento para a sua formação. Como a lei não reclama nenhuma formalidade para o seu aperfeiçoamento, podem ser celebrados por qualquer forma, ou seja, por escrito particular ou verbalmente. Em regra, os contratos têm forma livre, salvo expressas exceções.

25. Nesse sentido, coaduna-se com o princípio da autonomia da vontade a possibilidade de utilizar o telefone ou outros meios eletrônicos para a contratação de operações de crédito. Ainda para Maria Helena Diniz⁷, a liberdade contratual funda-se na autonomia da vontade, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

26. Além disso, o art. 225 do Código Civil⁸ expressamente permite a comprovação do negócio jurídico por meio de registros fonográficos, desde que a parte contra quem foram exibidos não lhes impugnar a exatidão.

5 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 3º Volume: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2008. Página 93.

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Volume III: Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2007. Página 85.

7 DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2009. Página 363.

8 Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

27. Ao falar dos documentos eletrônicos, a autora Patrícia Peck Pinheiro defende que⁹:

Uma das características próprias da sociedade digital é a crescente tendência de diminuição do uso de documentos físicos na realização de contratos, propostas e mesmo para a divulgação de obras, produtos e serviços, implicando a modificação de uma característica básica que se tornou comum em nosso modelo de obrigações: o uso do papel.

28. Conclui-se, assim, que a Resolução nº 1.559, de 1988, apenas impõe à instituição financeira a obrigação de constituir um título adequado para a concessão de crédito, seja por meio da gravação da conversa telefônica ou por outro meio eletrônico, mas não exclusivamente por contrato escrito. Nesse sentido, não há necessidade que o título que representa a dívida possua necessariamente a forma escrita, mas, ao revés disso, requer-se apenas que seja adequado para representar a contratação.

29. Assim, a meu ver, a gravação de ligação telefônica, na qual sejam tomadas as devidas precauções de segurança referentes à identificação da outra parte, ao conhecimento das cláusulas contratuais e ao seu aceite, é capaz de comprovar a formalização da operação de crédito e, por conseguinte, a constituição da dívida. **Destaque-se que a instituição financeira possui, em qualquer meio de contratação, a obrigação de adotar providências de segurança que permitam adequada identificação das partes e comprovação de que ambas conhecem as cláusulas contratuais; caso contrário, outras normas do Conselho Monetário Nacional também estarão sendo descumpridas.** Como exemplo, transcrevemos trecho da Resolução nº 3.694, de 26 de março de 2009:

Art. 1º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, na contratação de operações e na prestação de serviços, devem assegurar:

I - a adequação dos produtos e serviços ofertados ou recomendados às necessidades, interesses e objetivos dos clientes e usuários;

9 PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. São Paulo: Saraiva, 2009. Página 149.

II - a integridade, a confiabilidade, a segurança e o sigilo das transações realizadas, bem como a legitimidade das operações contratadas e dos serviços prestados;

III - a prestação das informações necessárias à livre escolha e à tomada de decisões por parte de clientes e usuários, explicitando, inclusive, direitos e deveres, responsabilidades, custos ou ônus, penalidades e eventuais riscos existentes na execução de operações e na prestação de serviços.

IV - o fornecimento tempestivo ao cliente ou usuário de contratos, recibos, extratos, comprovantes e outros documentos relativos a operações e a serviços;

V - a utilização de redação clara, objetiva e adequada à natureza e à complexidade da operação ou do serviço, em contratos, recibos, extratos, comprovantes e documentos destinados ao público, de forma a permitir o entendimento do conteúdo e a identificação de prazos, valores, encargos, multas, datas, locais e demais condições;

VI - a possibilidade de tempestivo cancelamento de contratos;

VII - a formalização de título adequado estipulando direitos e obrigações para abertura, utilização e manutenção de conta de pagamento pós-paga;

VIII - o encaminhamento de instrumento de pagamento ao domicílio do cliente ou usuário ou a sua habilitação somente em decorrência de sua expressa solicitação ou autorização; e

IX - a identificação dos usuários finais beneficiários de pagamento ou transferência em demonstrativos e faturas do pagador, inclusive nas situações em que o serviço de pagamento envolver instituições participantes de diferentes arranjos de pagamento.

Parágrafo único. Para fins do cumprimento do disposto no inciso III, no caso de abertura de conta de depósitos ou de conta de pagamento, deve ser fornecido também prospecto de informações essenciais, explicitando, no mínimo, as regras básicas, os riscos existentes, os procedimentos para contratação e para rescisão, as medidas de segurança, inclusive em caso de perda, furto ou roubo de credenciais, e a periodicidade e forma de atualização pelo cliente de seus dados cadastrais.

30. Cumpre ressaltar ainda, a título de reforço argumentativo, que, apesar de esta Autarquia não possuir competência para fiscalizar as instituições financeiras no que se refere ao cumprimento de normas de natureza consumerista, o próprio CDC não pretendeu vedar a contratação de produtos ou serviços por meio de telefone, visando a proteger o consumidor. Muito pelo contrário, a contratação por telefone

está expressamente prevista dos artigos 33 e 49 do CDC¹⁰. Além disso, o art. 52 do CDC¹¹, o qual trata especificamente sobre o fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, não traz nenhuma vedação para contratação por meio de telefone. Desta forma, não cabe ao Banco Central interpretar, restritivamente, uma norma com tal finalidade.

31. Por fim, ainda a título de reforço, é interessante ressaltar que o contrato de mútuo feneratício, principal exemplo de contrato de operação de crédito realizado por uma instituição financeira, é considerado pela doutrina pátria como um contrato **real**. Nesse sentido, neste tipo de contrato só há a constituição da obrigação com a entrega ou disponibilização do bem objeto da avença (ou seja, a quantia emprestada). Noutras palavras, ao contrário dos chamados contratos consensuais, a simples comunhão de vontades não aperfeiçoa o contrato real, o qual depende, para sua formação, da entrega efetiva da coisa. No caso sob análise, pois, só há falar na formação do contrato de mútuo feneratício com a disponibilização dos valores, pela instituição financeira, ao outro contratante.

32. Para Maria Helena Diniz¹²:

Contratos reais são aqueles que apenas se ultimam com a entrega da coisa feita por um contratante a outro, como, p. ex., o comodato, o mútuo, o depósito (RT, 531:266), as arras, o penhor e a anticrese. Antes da entrega efetiva da coisa, ter-se-á mera promessa de contratar e não um contrato perfeito e acabado.

10 Art. 33. Em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial.

Parágrafo único. É proibida a publicidade de bens e serviços por telefone, quando a chamada for onerosa ao consumidor que a origina. (...)

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

11 Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;

II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

III - acréscimos legalmente previstos;

IV - número e periodicidade das prestações;

V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

12 DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos. 1º Volume. São Paulo: Saraiva, 2002. Página 105.

33. Por oportuno, transcreve-se abaixo trecho do livro de Direito Bancário do autor Eduardo Salomão Neto¹³:

O mútuo é contrato de empréstimo de coisa fungível. Trata-se de contrato real, isto é, o contrato só se aperfeiçoa pela entrega pelo mutuante da coisa emprestada ao mutuário. Sem tal entrega não há que se falar na existência de contrato de mútuo. Assim, o mero acordo de vontades entre as partes sobre o empréstimo não é suficiente para a formação de um contrato de mútuo. Tal acordo é apenas promessa de mútuo, que recebe o nome de abertura de crédito na atividade bancária e tem o tratamento de contrato preliminar (artigos 462 a 466 do Código Civil de 2002).

Além de contrato real, o mútuo é também contrato unilateral, no sentido de não prever, ordinariamente, obrigação alguma ao mutuante. Frise-se que a entrega da coisa emprestada não é prestação contratual, isto é, cumprimento de obrigação do mutuante. Pelo contrário, a entrega da coisa faz parte da própria formação contratual.

34. Desta forma, na contratação de um mútuo, o contrato, sendo ele escrito ou não, não é o que vai constituir, em definitivo, a obrigação. Seguindo tal raciocínio, a ligação telefônica ou um contrato escrito, isolados, são atos preliminares ao mútuo, podendo ser ambos títulos adequados, constitutivos da dívida, com a utilidade de comprovar o aceite de um dos contratantes, ou seja, o acordo de vontades. Nada obstante, o contrato só estará constituído no momento da disponibilização efetiva do crédito ao cliente da instituição financeira. Desse modo, este é mais um motivo para concluir que a gravação da ligação telefônica pode ser considerada um título adequado constitutivo da dívida, já que, de toda forma, a instituição financeira, em uma eventual ação judicial, precisará comprovar o acordo de vontades, mediante contrato escrito ou qualquer outro meio hábil a comprovar o pactuado, sem olvidar da obrigação de comprovar a entrega do valor ao cliente, no caso de contratos reais (por exemplo, o mútuo).

35. Cumpre ressaltar, para não restar dúvida sobre o assunto, que a presente consulta se delimitou a definir, do ponto de vista jurídico, frente ao normativo então existente, o que pode ser considerado “*título adequado, representativo da dívida*”. Tal conclusão, todavia, não afasta a possibilidade de o CMN editar

13 SALOMÃO NETO, Eduardo. Direito Bancário. São Paulo: Atlas, 2007. Página 180.

outras normas sobre a matéria, estabelecendo uma forma para a contratação de operações de crédito envolvendo instituições financeiras, inclusive a exigência de um contrato escrito. Muito pelo contrário. Reconhece-se que o CMN possui competência para isso, com fundamento principal no art. 4º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, incisos VI e VIII¹⁴, caso se considere tal ação conveniente.

36. Finalmente, no que se refere às conclusões elaboradas pelo Denor, transcritas no parágrafo 7 do relatório do presente parecer, sobre as quais o Decon solicitou manifestação desta Procuradoria, considera-se que, devido ao entendimento jurídico ora adotado, todas restaram prejudicadas.

CONCLUSÃO

37. À vista de todo o exposto, pode-se concluir que, no contexto atual, a interpretação jurídica mais adequada para a norma pela qual se determina que é vedado às instituições financeiras “*conceder crédito ou adiantamento sem a constituição de um título adequado, representativo da dívida*”, é considerar título adequado representativo da dívida como qualquer meio capaz de comprovar a ocorrência do negócio jurídico.

38. Nesse contexto, verifica-se a possibilidade jurídica de a gravação realizada na contratação de operação de crédito por telefone ser considerada como título adequado, representativo da dívida, desde que a instituição financeira adote providências de segurança que permitam segura identificação das partes e a ciência das cláusulas contratuais.

39. Assim, resta prejudicada a análise das ponderações efetuadas pelo Denor, uma vez que partiram do pressuposto, firmado em precedente da PGBC, de não ser admitida a ligação telefônica como título adequado, representativo da dívida.

40. Por consequência do entendimento ora adotado, não é pertinente que seja reiterada às instituições financeiras a determinação de cessar a prática de contratação de operações de crédito por telefone, conforme consultou o Decon.

14 Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: (...)
VI - Disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras; (...)
VIII - Regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta Lei, bem como a aplicação das penalidades previstas.
(...).

41. Por fim, é necessário rever o entendimento do Parecer PGBC-476/2005, o qual concluiu que a Resolução 1.559, de 1988, com a redação que lhe foi dada pela Resolução 3.258, de 2005, não permitia a contratação de operações de crédito por telefone, uma vez que a gravação de conversa telefônica (ou a sua degravação) não configuraria título adequado para os fins buscados na norma.

À consideração de Vossa Senhoria.

FERNANDA QUINTAS VASCONCELOS

Procuradora do Banco Central

Coordenação-Geral de Consultoria em Organização do Sistema Financeiro (Coorf)

OAB/PE 26.783

(Seguem despachos.)

De acordo.

Ao Sr. Procurador-Geral Adjunto, ressaltando que, aprovada a presente manifestação, necessário o registro no Parecer PGBC-476/2005, haja vista alteração de entendimento.

ELIANE COELHO MENDONÇA

Procuradora-Chefe

Coordenação-Geral de Consultoria em Organização do Sistema Financeiro (Coorf)

OAB/MG 78.456

Aprovo.

2. Destaco que o vertente pronunciamento restringiu-se à análise da questão desde o ângulo das atribuições legais do Banco Central do Brasil, sem debruçar-se sobre as implicações da contratação por telefone sob a ótica da legislação de defesa do consumidor.

3. Reveja, na forma deste parecer, o entendimento firmado no Parecer PGBC-476, de 26 de outubro de 2005, devendo a Gerência de Registros Jurídicos e Controles Financeiros (GECON) efetuar as devidas anotações no banco de dados da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC).

Encaminhem-se cópias deste parecer aos Diretores de Fiscalização e de Regulação, para conhecimento. Na sequência, retornem os autos ao DECON, consoante a origem da consulta.

CRISTIANO DE OLIVEIRA LOPES COZER

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

OAB/DF 16.400

Parecer Jurídico 114/2016-BCB/PGBC

Parecer que consolida o entendimento da Procuradoria-Geral a respeito de questões relacionadas a incidência ou não do sigilo bancário, disciplinado pela Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, sobre as informações relativas a operações financeiras realizadas por entidade de direito público.

Humberto Cestaro Teixeira Mendes
Procurador do Banco Central

Igor Arruda Aragão
Procurador-Chefe

Eliane Coelho Mendonça
Procuradora-Chefe

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira
Subprocuradora-Geral do Banco Central

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer
Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

Isaac Sidney Menezes Ferreira
Procurador-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 114/2016-BCB/PGBC
S/ processo

Brasília, 10 de março de 2016.

Ementa: Câmara de Consultoria Geral (CC1PG). Não incidência do sigilo bancário, disciplinado pela Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, sobre as informações relativas às operações financeiras realizadas por entidade de direito público. Princípio da publicidade (art. 37, caput, da Constituição Federal). Possibilidade de restrição do acesso, por razões de segurança da sociedade e do Estado, nos termos do art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal e da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Revisão do entendimento fixado no Parecer PGBC-235, de 2002, no Parecer PGBC-222, de 2009, na Cota PGBC-8281, de 2003, na Nota Jurídica PGBC-2337, de 2010, na Nota Jurídica PGBC-3230, de 2010, na Nota Jurídica PGBC-1755, de 2011, e na Nota Jurídica PGBC-4801, de 2011.

Senhora Subprocuradora-Geral,

ASSUNTO

A análise da incidência do sigilo bancário sobre informações relacionadas a operações financeiras realizadas por pessoa jurídica de direito público é matéria rotineiramente submetida à apreciação desta Procuradoria-Geral, especialmente da Câmara de Consultoria Geral (CC1PG).

2. De modo a consolidar o entendimento sobre a matéria, no âmbito deste órgão jurídico, e a estabelecer orientações gerais a serem aplicadas nos processos encaminhados à Procuradoria-Geral, entendemos necessária a submissão do presente parecer à consideração do Procurador-Geral, na forma do art. 32, inciso VII, do Regimento Interno do Banco Central do Brasil, anexo à Portaria nº 84.287, de 27 de fevereiro de 2015.

3. É o necessário relatório. A seguir, o exame jurídico.

APRECIÇÃO

4. O desvendamento de transações contratadas com instituições financeiras revela o conteúdo de operações ativas ou passivas dessas instituições, o que, ao menos em um primeiro momento, encontra óbice na proteção conferida a tais dados, por força do disposto na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

5. No entanto, na hipótese de essas operações serem realizadas mediante o uso de recursos de natureza pública, há muito se sustenta nesta Procuradoria-Geral a tese de que não incidem as disposições da referida lei complementar. Trata-se do Parecer PGBC-474, de 2005¹, cuja conclusão transcreve-se a seguir:

150. Assim, as operações realizadas por instituições financeiras com recursos de origem pública, por constituírem atos administrativos, estarão sempre sujeitas aos princípios da publicidade e da moralidade, não se lhes aplicando, salvo nos casos de risco à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da CF), a proteção do sigilo bancário, como bem demonstrado na decisão do Supremo Tribunal Federal inúmeras vezes referida neste trabalho.

6. A opinião legal transcrita anteriormente foi aprovada pelo Procurador-Geral por meio do Despacho PGBC-6140, de 2005², nos seguintes termos:

2. Realça bem o parecer, assim como o despacho condutor, homenageando anteriores pronunciamentos lavrados sobre o assunto, que a proteção legal do sigilo bancário não socorre as operações realizadas mediante a utilização de recursos titulados, subsidiados ou repassados pela Administração Pública, cuja atuação é regida pelos princípios da publicidade e da moralidade, ambos de índole constitucional e, portanto, aptos a subjugar interesses secundários, nessa área de domínio, relativos à intimidade dos beneficiários, eis que voltados para a realidade subalterna de natureza privada.

1 De autoria da procuradora Tânia Nigri, aprovado pelo Procurador-Geral, Francisco José de Siqueira.

2 De autoria do Procurador-Geral, Francisco José de Siqueira.

3. Assim decantado o objeto da controvérsia sob o prisma da supremacia do interesse público, à luz dos princípios da publicidade e da moralidade, com abrigo em cláusula constitucional, tenho como imperiosa a conclusão de que as operações ativas e passivas realizadas por instituições financeiras, mediante a utilização de recursos públicos, em qualquer das esferas de poder estatal, não se encontram sujeitas à incidência da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, podendo a elas ter acesso, sem a necessidade de intervenção judicial, os órgãos constitucionalmente investidos de poderes de fiscalização e controle, nos limites de sua competência específica.

4. Cumpre assinalar, a propósito, que não se trata de restrição formal à disciplina instituída por essa lei complementar, porém de situação real de não-incidência do regramento nela estabelecido para o sigilo bancário, em razão do disposto no artigo 37 da Constituição da República, mais precisamente com relação aos princípios da publicidade e da moralidade – pilares do dever de transparência na Administração Pública –, cuja natureza não permite a subtração dos recursos públicos aos mecanismos de fiscalização e controle instituídos pela sociedade, por intermédio de seus órgãos próprios, a exemplo do Congresso Nacional, do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público.

(...).

7. Por força desse despacho, ficou pacificado, no âmbito desta Procuradoria-Geral, que o dever de sigilo estampado no art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 2001, não incide, *em relação a órgãos constitucionalmente investidos de poderes de fiscalização e controle*, sobre operações ativas ou passivas realizadas por instituições financeiras, *mediante a utilização de recursos titularizados, repassados ou subsidiados por órgãos e entes integrantes do setor público*.

8. Avançando no raciocínio jurídico sustentado pelos precedentes acima indicados, consolidou-se um entendimento adicional, no âmbito deste órgão jurídico, no sentido de que a divulgação de dados sobre operações financeiras é cabível somente nas hipóteses em que for inequívoca a utilização de recursos públicos, na respectiva transação. Nesse sentido, por exemplo, o Parecer PGBC-222, de 2009³, e a Nota Jurídica PGBC-4801, de 2011⁴, asseveraram que, ainda que determinada operação seja realizada por um ente público, seria imprescindível

3 De autoria do Procurador Alexandre Forte Maia e aprovado pela Coordenadora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira.

4 De autoria do Procurador Filogônio Moreira Junior e aprovado pela Coordenadora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira.

identificar a origem dos montantes envolvidos, para a concessão de acesso aos dados, de modo a não violar o dever de sigilo de que trata a Lei Complementar nº 105, de 2001.

9. Não obstante os abalizados argumentos que fundamentaram o Parecer PGBC-222, de 2009, e a Nota Jurídica PGBC-4801, de 2011, propõe-se, agora, reanalisar o assunto, progredindo no entendimento consolidado pelo Despacho PGBC-6140, de 2005, de forma distinta da adotada por aqueles dois precedentes, especialmente para atender o princípio da publicidade estabelecido no art. 37 da Constituição Federal. Ademais, diferentemente do Parecer PGBC-474, de 2005, e do Despacho PGBC-6140, de 2005, que tiveram enfoque na origem dos recursos utilizados nas operações das instituições financeiras, o presente exame concentra-se no sujeito que realiza a transação – nomeadamente, o Poder Público – de modo a constatar se há óbice à divulgação das operações financeiras, com base na Lei Complementar nº 105, de 2001.

10. Nessa via, observa-se, de acordo com firme posicionamento doutrinário e jurisprudencial, que, no direito de proteção à intimidade e vida privada, consagrado no art. 5º, inciso X, da CF, insere-se o dever de manutenção do sigilo das operações bancárias⁵.

5 Em que pesem as divergências suscitadas sobre o fundamento do sigilo bancário, nos votos proferidos no Mandado de Segurança nº 21.729-DF, em ocasiões posteriores, o próprio STF firmou o entendimento no sentido de que esta garantia tem base constitucional, senão vejamos:

EMENTA. Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Operações financeiras. Sigilo. 1. A Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 - TCU - 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº 54/97 - TCU - Plenário.

(Mandado de Segurança nº 22.801/DF, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJ de 14/03/2008 – grifos inautênticos) *EMENTA: Comissão Parlamentar de Inquérito. Quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico. Ausência de indicação de fatos concretos. Fundamentação genérica. Inadmissibilidade. Controle jurisdicional. Possibilidade. Conseqüente invalidação do ato de "disclosure". Inocorrência, em tal hipótese, de transgressão ao postulado da separação de poderes. Mandado de segurança deferido. A quebra de sigilo - que se apóia em fundamentos genéricos e que não indica fatos concretos e precisos referentes à pessoa sob investigação - constitui ato eivado de nulidade. - A quebra do sigilo inerente aos registros bancários, fiscais e telefônicos, por traduzir medida de caráter excepcional, revela-se incompatível com o ordenamento constitucional, quando fundada em deliberações emanadas de CPI cujo suporte decisório apóia-se em formulações genéricas, destituídas da necessária e específica indicação de causa provável, que se qualifica como pressuposto legitimador da ruptura, por parte do Estado, da esfera de intimidade a todos garantida pela Constituição da República. Precedentes. Doutrina. O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. - O Supremo Tribunal Federal, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, neutralizando, desse modo, abusos*

11. A todo direito esculpido no art. 5º da Lei Maior corresponde uma garantia, de forma a assegurar a efetividade da norma constitucional. De nada adiantaria a previsão de proteção a valores ligados à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, se o ordenamento não provesse mecanismos para torná-la eficiente. O sigilo bancário é, assim, a garantia outorgada ao titular do direito à privacidade, para resguardar essa prerrogativa.

12. Ao relatar a necessidade de proteção específica ao direito constitucional à privacidade, Celso Bastos⁶ salienta:

Não é possível atender-se tal proteção (intimidade) com a simultânea vigilância exercida sobre a conta bancária ou as despesas efetuadas com cartões de crédito pelo cidadão', pois 'a doação feita a um partido político ou a uma seita religiosa (...) poderia ser identificada pelos órgãos fazendários que estariam desvendando uma vontade secreta do benemérito' e continua sua exposição dizendo 'do atraso de pagamento da fatura de um cartão de crédito, ou de uma duplicata por dificuldades financeiras, ou da existência de saldo bancário desfavorável poderia ter ciência a União se houvesse a quebra do sigilo bancário e creditício, implicando, senão a comunicação a outros órgãos ou a adoção de medidas, ao menos o conhecimento de fatos relevantes e embaraçosos relativos à intimidade.

13. O autor Sérgio Carlos Covello⁷ reforça a ideia, assim dissertando:

Na intimidade, incluem-se tanto fatos de ordem espiritual como de ordem material, valendo ressaltar que o patrimônio e atividade negocial de uma pessoa constituem, indubitavelmente, projeção de sua personalidade, máxime numa sociedade capitalista como a ocidental, e é muito compreensível que as pessoas tenham interesse em preservar este aspecto da personalidade da indiscrição alheia. Nota-se, em quase todas as pessoas, certo pudor natural no que concerne à soma de seus bens, ao seu ordenado, a sua renda, a suas dívidas e a seu sucesso ou fracasso nas operações financeiras.

cometidos por Comissão Parlamentar de Inquérito, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, nesse contexto, porque vocacionado a fazer prevalecer a autoridade da Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Doutrina. Precedentes.

(Mandado de Segurança nº 25.668/ DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 23/03/2006 – grifos inautênticos)

6 BASTOS, Celso. *Estudos e Pareceres de Direito Público*. São Paulo: RT, 1993, p. 63

7 COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário*. São Paulo: LEUD Editora, 1991, p. 137.

14. Inegável a capacidade dos dados econômicos do indivíduo para influir em sua projeção social. Por meio dessas informações é possível tomar conhecimento sobre diversos outros fatores afetos à personalidade, como convicções políticas ou religiosas, que, por integrarem a esfera íntima da pessoa, devem estar protegidas do conhecimento público.

15. Mas é importante frisar que os direitos e garantias fundamentais foram erigidos como **proteção do indivíduo contra possíveis abusos por parte do Estado**, o que torna totalmente descabida a sua outorga aos poderes públicos, no exercício de suas funções. Nessa via, expõe Canotilho⁸:

a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

16. A partir dessas considerações pode-se perceber que, ao resguardar o direito à intimidade, a Constituição está tutelando prerrogativa detida pelas pessoas naturais e, na interpretação mais elástica, pelas pessoas jurídicas de direito privado. Portanto, revela-se juridicamente inadequada a extensão desse direito e de sua respectiva garantia a entes integrantes da Administração Pública detentores de personalidade jurídica de direito público interno, que devem pautar-se pela transparência de seus atos, como preconizado no art. 37, *caput*, da Carta Magna. A isso equivale dizer que, em regra, a atividade financeira desses entes públicos não se reveste do sigilo bancário, submetendo-se à impositiva prestação de contas de suas transações (arts. 70 a 75, da CF) e ao princípio da publicidade (art. 37, *caput*, da CF).

17. Essa conclusão sobre a abrangência do sigilo de que trata a Lei Complementar nº 105, de 2001, naturalmente, compreende apenas os entes integrantes da Administração Pública Direta, bem como autarquias e fundações públicas dotadas de personalidade jurídica de direito público, que, por sua vez,

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541.

compõem a Administração Pública Indireta. Assim, não se pretende estender o entendimento ora exposto às empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado que, por se submeterem ao regime jurídico próprio das pessoas privadas⁹, podem, a depender da atividade exercida, gozar do direito ao sigilo bancário.

18. O raciocínio acima exposto, atinente à ausência de sigilo sobre operações ativas e passivas de instituições financeiras contratadas com pessoas jurídicas de direito público interno, foi utilizado no Parecer PGBC-127, de 2014¹⁰, que, com fundamento em decisão do STF¹¹, concluiu pela não incidência do direito à intimidade nos atos e relacionamentos de pessoas jurídicas de direito público, permitindo o acesso a informações constantes de cadastros como o Cadastro Informativo de Créditos não quitados do Setor Público (CADIN), do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF) e do Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS).

19. A matéria já foi enfrentada também pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que proferiu a seguinte decisão no Habeas Corpus nº 308.493 (CE)¹²:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA RECEBIDA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ. CRIMES, EM TESE, PRATICADOS POR AGENTES PÚBLICOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO (QUADRILHA, LICITAÇÕES, E DECRETO LEIN. 201/1967). ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ENTE PÚBLICO. DESNECESSIDADE. PROTEÇÃO À INTIMIDADE/PRIVACIDADE. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA MORALIDADE PÚBLICA. REQUISICÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MOVIMENTAÇÃO DA CONTA-CORRENTE DO MUNICÍPIO DE POTENGI/CE. POSSIBILIDADE.

1. Encontra-se pacificada na doutrina pátria e na jurisprudência dos Tribunais Superiores que o sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade/privacidade, consagrado no art. 5º, X e XII, da Constituição Federal.

9 Art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição.

10 De autoria do procurador Leandro Eduardo da Silva, com despachos da procuradora-chefe Eliane Coelho Mendonça e da subprocuradora-geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira.

11 Suspensão de Liminar nº 623/DF, de 10 de julho de 2012.

12 Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJ de 26 de outubro de 2015 – grifos inautênticos.

2. No entanto, as contas públicas, ante os princípios da publicidade e da moralidade (art. 37 da CF), não possuem, em regra, proteção do direito à intimidade/privacidade, e, em consequência, não são protegidas pelo sigilo bancário. Na verdade, a intimidade e a vida privada de que trata a Lei Maior referem-se à pessoa humana, aos indivíduos que compõem a sociedade, e às pessoas jurídicas de Direito privado, inaplicáveis tais conceitos aos entes públicos.

3. Assim, conta-corrente de titularidade de Prefeitura Municipal não goza de proteção à intimidade/privacidade, tampouco do sigilo bancário, garantia constitucional das pessoas naturais e aos entes particulares.

4. Nessa linha de raciocínio, lícita a requisição pelo Ministério Público de informações bancárias (emissão de cheques e movimentação financeira) de titularidade da Prefeitura Municipal de Potengi/CE, com o fim de proteger o patrimônio público, não se podendo falar em quebra ilegal de sigilo bancário.

5. “Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal” (MS-33.340/STF, Relator Ministro LUIZ FUX, 1ª Turma, DJe de 3/8/2015).

6. *Habeas corpus* denegado.

20. Na mesma linha, a Controladoria-Geral da União (CGU)¹³, ao analisar pleito formulado por cidadão para ter acesso a operações de crédito por Antecipação de Receita Orçamentária (ARO) realizadas por Municípios, afastou a incidência do sigilo bancário em tais transações, com base no entendimento de que os entes públicos não são beneficiários da referida garantia.

21. Vale observar que, no precedente do STF que respaldou o entendimento do Parecer PGBC-474, de 2005, e do Despacho PGBC-6140, de 2005, examinou-se a origem das verbas envolvidas na operação, para averiguar a incidência ou não do sigilo bancário, pois os dados que se pretendia acessar eram referentes a **pessoas jurídicas de direito privado**, que gozam da garantia constitucional, o que não é o caso dos poderes públicos, como exposto acima.

22. Assim, constata-se a inadequação da invocação do sigilo bancário nas operações financeiras em que ente público figure em um dos polos negociais,

13 A decisão do Ouvidor-Geral da CGU foi proferida nos autos do processo nº 18600.001288/2015-21, consubstanciando-se no Parecer nº 4429, de 23 de dezembro de 2015.

devendo, em regra, ser fornecidos os dados referentes à transação, com base no princípio constitucional da publicidade, com a ressalva de que as informações eventualmente requisitadas estejam disponíveis no âmbito desta Autarquia¹⁴. Nesse ponto, é irrelevante e inadequado analisar se eventuais financiamentos ao ente da Administração foram concedidos somente com o uso de recursos públicos ou com recursos privados oriundos de captação da instituição financeira, porque a operação, inevitavelmente, afetará o patrimônio público, constituindo dívida da entidade receptora das verbas, que não deve estar, em regra, acobertada por confidencialidade.

23. Por fim, há de se ressaltar, contudo, a possibilidade de o acesso aos dados ser restringido pela incidência de sigilo legal de outra natureza, como a confidencialidade por razões de segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal), ou pela classificação da informação, nos termos do disposto nos art. 23 e seguintes da Lei nº 12.527, de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI).

24. Embora o princípio da publicidade reja, em regra, o trato das informações relativas às pessoas jurídicas de direito público interno, afastando a incidência do sigilo bancário, não se pode ignorar que o ordenamento jurídico prevê hipóteses excepcionais de não divulgação destes mesmos dados, o que deverá ser ponderado à luz das particularidades do caso concreto.

CONCLUSÃO

25. Por todo o exposto, conclui-se que
- a) o sigilo bancário disciplinado pela Lei Complementar nº 105, de 2001, não incide sobre as operações financeiras realizadas por órgãos e entidades de Direito Público interno, como contratantes ou clientes de instituições financeiras públicas ou privadas, incidindo, em regra, sobre tais transações, o princípio da publicidade, consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal;

¹⁴ As informações ou documentos que não estejam na posse do Banco Central devem ser solicitadas diretamente das partes envolvidas na operação financeira, uma vez que não compete a esta Autarquia buscar os dados em questão, somente para o atendimento de eventuais requerimentos de interessados.

b) nessas condições, é juridicamente possível o fornecimento de informações relativas às operações financeiras realizadas por órgãos e entidades de Direito Público interno, desde que disponíveis no âmbito desta Autarquia;

c) diante das circunstâncias de determinado caso concreto, é possível restringir o acesso aos dados relativos a tais operações financeiras, em razão da incidência de sigilo legal de outra natureza, como a confidencialidade por razões de segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal), ou pela classificação da informação, nos termos do disposto nos art. 23 e seguintes da Lei nº 12.527, de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI);

d) as entidades da Administração Pública com personalidade jurídica de Direito Privado submetem-se ao regime jurídico próprio das pessoas jurídicas privadas (art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição) e, assim, podem, a depender da atividade exercida, gozar do direito ao sigilo bancário; e

e) deve ser revisto, na parte de que trata o presente pronunciamento, o entendimento fixado no Parecer PGBC-235, de 2002, no Parecer PGBC-222, de 2009, na Cota PGBC-8281, de 2003, na Nota Jurídica PGBC-2337, de 2010, na Nota Jurídica PGBC-3230, de 2010, na Nota Jurídica PGBC-1755, de 2011, e na Nota Jurídica PGBC-4801, de 2011, com base nos fundamentos do presente parecer.

À consideração de Vossa Senhoria.

HUMBERTO CESTARO TEIXEIRA MENDES

Procurador do Banco Central

Coordenação-Geral de Consultoria em Organização do Sistema Financeiro

OAB/RJ 144.715

IGOR ARRUDA ARAGÃO

Procurador-Chefe

Coordenação-Geral de Consultoria Internacional, Monetária e em Regimes Especiais

OAB/CE 16.356

ELIANE COELHO MENDONÇA

Procuradora-Chefe

Coordenação-Geral de Consultoria em Organização do Sistema Financeiro

OAB/MG 78.456

De acordo.

Ao Procurador-Geral Adjunto.

WALKYRIA DE PAULA RIBEIRO DE OLIVEIRA

Subprocuradora-Geral do Banco Central

Câmara de Consultoria Geral

OAB/DF 10.000

Aprovo.

Ao Sr. Procurador-Geral.

CRISTIANO DE OLIVEIRA LOPES COZER

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

OAB/DF 16.400

(Segue despacho.)

Aprovo.

2. No exercício da competência prevista no art. 32, inciso VII, do Regimento Interno, adoto orientação normativa de caráter vinculante no âmbito da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC), no sentido de que o sigilo bancário disciplinado pela Lei Complementar nº 105, de 2001, não incide sobre as informações relativas às operações financeiras realizadas por órgãos e entidades de Direito Público interno.

3. Nesse contexto, ressalvadas hipóteses excepcionais de incidência, no caso concreto, de outras cláusulas de confidencialidade previstas no ordenamento jurídico, bem como a possibilidade de classificação da informação com base na Lei de Acesso à Informação, devem os dados em questão ser fornecidos a eventuais

interessados, em atendimento ao princípio da publicidade, consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

3. Em razão desse entendimento, revejo o entendimento adotado no Parecer PGBC-235, de 2002, no Parecer PGBC-222, de 2009, na Cota PGBC-8281, de 2003, na Nota Jurídica PGBC-2337, de 2010, na Nota Jurídica PGBC-3230, de 2010, na Nota Jurídica PGBC-1755, de 2011, e na Nota Jurídica PGBC-4801, de 2011.

Dirija-se o vertente pronunciamento à Gerência de Registros Jurídicos e Controles Financeiros (GECON), para efetuar as devidas anotações nos registros da PGBC, devendo-se de seu teor dar ciência ao conjunto dos Procuradores do Banco Central.

ISAAC SIDNEY MENEZES FERREIRA

Procurador-Geral do Banco Central

OAB/DF 14.533

Parecer Jurídico 163/2016-BCB/PGBC

Parecer que examina o Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 183, de 2015, que dispõe sobre os depósitos judiciais e administrativos no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Murilo Santos Ramos

Procurador do Banco Central

Diana Loureiro Maciel de Moura

Subprocuradora-Chefe

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Subprocuradora-Geral do Banco Central

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Procurador-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 163/2016-BCB/PGBC
PE 85043

Brasília, 29 de março de 2016.

Ementa: Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro. Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 183, de 2015, que dispõe sobre os depósitos judiciais e administrativos no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Matéria inserida no bojo do Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 37, de 2015, convertido na Lei Complementar nº 151, de 5 de agosto de 2015. Emenda Substitutiva ao PLS nº 183, de 2015, com vistas a alterar a Lei Complementar nº 151, de 2015. Ressalvas quanto aos aspectos materiais da proposta legislativa: i) ampliação do montante a ser transferido aos entes federados que gera insegurança jurídica a depositantes e depositários, com riscos reais ao regular funcionamento do sistema financeiro; ii) dissonância, com os postulados constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, da norma que fixa percentual a título de remuneração das instituições depositárias; iii) inadequação, ao ordenamento jurídico-constitucional, da norma segundo a qual incorrerá em crime de responsabilidade o presidente de instituição financeira que retardar ou tentar frustrar o disposto na Lei Complementar nº 151, de 2015; iv) impropriedade da norma que estende as penalidades da Lei nº 4.595, de 1964, aos casos de descumprimento da Lei Complementar nº 151, de 2015.

Senhora Subprocuradora-Chefe,

ASSUNTO

O Chefe Substituto da Assessoria Parlamentar (Aspar) encaminha a esta Procuradoria-Geral, para análise, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 183,

de 2015, de autoria do Senador José Serra, que visa a, entre outros pontos, estabelecer normas para regular o repasse de recursos referentes a depósitos judiciais e administrativos aos Tesouros dos entes federados, os quais poderão utilizar tais verbas para custeio de despesas de capital, pagamento de precatórios judiciais, recomposição dos fluxos de pagamento e do equilíbrio atuarial dos fundos de previdência do regime próprio e despesas relativas à dívida fundada. Além disso, o projeto propõe, como forma de garantia, a criação de um fundo de reserva equivalente a 30% (trinta por cento) do valor total dos depósitos judiciais e administrativos a que se refere.

2. No Senado, o conteúdo do PLS nº 183, de 2015, foi inserido no corpo do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 15, de 2015 (Projeto de Lei Complementar – PLP nº 37, de 2015, na Casa de origem). O PLC nº 15, de 2015, a seu turno, foi aprovado em ambas as Casas Legislativas, resultando na Lei Complementar nº 151, de 5 de agosto de 2015.

3. A sanção à Lei Complementar nº 151, de 2015, foi acompanhada de vetos ao art. 3º, § 4º – que permitia a destinação de até 10% (dez por cento) do fundo de reserva para a constituição de Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas ou de outros mecanismos de garantia previstos em lei; ao art. 5º, *caput* e §§ 2º e 3º – que previam prazo máximo para a transferência dos depósitos aos entes federados, bem como multa em caso de descumprimento de tais prazos; e ao art. 6º – que vedava quaisquer exigências além das estabelecidas na lei complementar.

4. Em seguida, o Senador Blairo Maggi apresentou emenda substitutiva ao PLS nº 183, de 2015, ao fundamento de que “os vetos retiraram parte da eficácia da medida”¹. Submetida a matéria à Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional (CEDN), houve a aprovação, em caráter terminativo, do Substitutivo do Senador Blairo Maggi, acrescido de emendas oferecidas por integrantes daquela comissão².

5. Em síntese, a proposta atual promove as seguintes alterações e complementações à Lei Complementar nº 151, de 2015:

- i) inclusão, entre os depósitos regidos pela lei complementar, daqueles vinculados a processos (judiciais ou administrativos, tributários ou não tributários) de que forem parte todos os

1 <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=185186&tp=1>> (acesso em 24/03/2015).

2 <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/189736.pdf>> (acesso em 24/03/2015).

- órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive autarquias, fundações, empresas estatais dependentes e empresas estatais não dependentes;
- ii) exclusão, do âmbito de incidência da lei complementar, dos depósitos judiciais trabalhistas e federais;
 - iii) inclusão, no montante a ser transferido aos entes federativos, de depósitos referentes a processos de que forem parte autarquias, fundações e empresas estatais dependentes;
 - iv) fixação do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, após a apresentação de termo de compromisso, para que a instituição financeira depositária promova a constituição do fundo de reserva, bem como a transferência dos depósitos judiciais e administrativos acumulados até a data de publicação da lei;
 - v) fixação do prazo de 10 (dez) dias, contados da data de cada depósito, para que a instituição financeira promova a transferência dos depósitos que vierem a ser realizados;
 - vi) em caso de descumprimento do prazo, estipulação de multa de 0,05% (cinco centésimos por cento) por dia, até o trigésimo dia de atraso, e 0,33% (trinta e três centésimos por cento) por dia, a partir do trigésimo primeiro dia;
 - vii) fixação, a título de remuneração das instituições financeiras depositárias, do percentual de 0,86% (oitenta e seis centésimos por cento) ao ano sobre o valor total dos depósitos vinculados a processos de que sejam parte os órgãos e entidades da administração direta e indireta;
 - viii) previsão de que os recursos dos depósitos judiciais transferidos aos entes federados poderão ser mensalmente repassados aos Tribunais para cumprimento da opção realizada no regime especial de pagamento de precatórios, previsto na Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009;
 - ix) previsão de que os depósitos vinculados a processos de que sejam parte empresas estatais não dependentes serão transferidos a uma conta específica e remunerados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic);

- x) previsão de que os valores transferidos aos Tribunais de Justiça para o pagamento de precatórios, enquanto não entregues aos precatórios, serão depositados na mesma conta específica e remunerados na mesma forma do item anterior;
- xi) previsão de crime de responsabilidade para as hipóteses em que presidente de tribunal ou de instituição financeira vierem a retardar ou frustrar, por ato comissivo ou omissivo, o disposto na lei complementar;
- xii) sujeição da instituição financeira e de seus responsáveis às penalidades estabelecidas no art. 44 da Lei nº 4.595, de 1964, no caso de descumprimento ao disposto na lei complementar.

6. A emenda substitutiva ao PLS nº 183, de 2015, foi examinada pelo Departamento de Supervisão Bancária (Desup), o qual concluiu que a proposta “aumenta os riscos das instituições financeiras de arcar com despesas dos Entes Federativos” (documento 17 do PE)³.

7. Conforme consulta realizada junto ao sítio eletrônico do Senado Federal⁴, atualmente, a proposta legislativa encontra-se na Secretaria Geral da Mesa (SGM), aguardando envio para a Câmara dos Deputados. O prazo para interposição de recurso para que o Projeto fosse apreciado pelo Plenário esgotou-se em 18.3.2016.

8. É o relato. Passa-se a opinar.

APRECIACÃO

9. Antes de iniciar a análise dos aspectos jurídicos que envolvem a proposta legislativa em apreço, cumpre observar que a maior parte dos vetos impostos pela Presidente da República à Lei Complementar nº 151, de 2015, não foram mantidos. Com efeito, o Congresso Nacional rejeitou⁵ os vetos referentes ao art. 5º, *caput* e §§ 2º e 3º, e ao art. 6º.

3 Observe-se que a análise da área técnica foi realizada antes da incorporação de emendas na Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional (CEDN).

4 <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120478> (consulta realizada em 21.3.2016).

5 Nos termos do art. 66, § 4º, da Constituição Federal, *verbis*:
“Art. 66. (...)

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar do seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos deputados e senadores”.

10. Assim, encontram-se em vigor: a norma que prevê prazo de 15 (quinze) dias para que as instituições financeiras constituam o fundo de reserva e transfiram a parcela dos depósitos acumulados até a data da publicação da Lei Complementar (art. 5º, *caput*); a norma que estabelece o prazo de 10 (dez) dias para a realização dos repasses subsequentes referentes a novos depósitos (art. 5º, § 2º); a norma que estipula multa de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) por dia de atraso nos repasses (art. 5º, § 3º) e, bem assim, a norma que veda quaisquer exigências além daquelas estabelecidas na Lei Complementar (art. 6º).

11. Dito isso, passa-se ao exame da compatibilidade da emenda substitutiva ao PLS nº 183, de 2015, com o ordenamento jurídico. Ressalte-se que tal análise já considerará as emendas incorporadas ao Substitutivo pela Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional (CEDN), isto é, a redação final aprovada no Senado Federal, que segue como anexo à presente manifestação.

12. Quanto à constitucionalidade formal, pode-se afirmar que a proposta encontra amparo na competência legislativa da União, bem como se insere no poder de iniciativa legislativa de membro do Senado Federal.

13. Em relação à competência legislativa, os dispositivos sob análise, que versam sobre a utilização de depósitos por entes da federação, dizem respeito a direito civil e direito processual, cuja competência para legislar é privativa da União, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal (CF)⁶.

14. No que diz respeito à iniciativa legislativa, a matéria de direito civil e direito processual não se insere nos casos de iniciativa privativa elencados na Constituição Federal, quais sejam, do Presidente da República (arts. 61, §1º, e 84), do Supremo Tribunal Federal (art. 93) e do Procurador-Geral da República (art. 128, §5º). Dessa forma, é regular sua proposição por membro do Senado Federal, nos termos do art. 61, *caput*, da CF⁷.

15. Poder-se-ia cogitar que as regras pretendidas pela emenda substitutiva ao PLS nº 183, de 2015, deveriam ser reguladas por lei complementar, e não lei ordinária, tendo em vista o disposto no art. 192 da CF⁸. Entretanto, a reserva

6 "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho".

7 "Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição".

8 "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".

de lei complementar estabelecida nesse preceito constitucional está restrita às hipóteses em que se visa a regular aspectos estruturais do Sistema Financeiro Nacional⁹, o que não é o caso do projeto em tela, que tem pertinência com direito civil e direito processual.

16. Nesse contexto, ressalte-se, outrossim, que não implica violação ao ordenamento jurídico o fato de o Substitutivo ao PLS nº 183, de 2015 (que se refere a um projeto de lei ordinária) pretender alterar uma lei complementar (Lei Complementar nº 151, de 2015). Isso porque, na realidade, a parte que se objetiva alterar da Lei Complementar nº 151, de 2015, concernente à utilização de depósitos por entes federados, não possui, materialmente, natureza complementar, na medida em que, repita-se, não se refere à estrutura do Sistema Financeiro Nacional.

17. É dizer: se o tema referente à utilização de depósitos judiciais e extrajudiciais por entes federados não se encontra sob reserva de lei complementar, razão não havia para que a matéria fosse regulada mediante legislação que exige quórum qualificado para aprovação – típico das leis complementares. Assim, pode-se afirmar que, embora formalmente complementar, do ponto de vista material, a Lei Complementar nº 151, de 2015, ao menos na parte em que dispõe sobre depósitos, possui *status* de lei ordinária. Confira-se, a propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF):

A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional n. 1/69 – e a Constituição atual não alterou esse sistema –, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a Constituição Federal expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária¹⁰.

9 É esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), conforme se extrai do seguinte precedente jurisprudencial: “EMENTA: (...) ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro”.

(ADI 2591, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-02 PP-00142 RTJ VOL-00199-02 PP-00481. Grifou-se).

10 ADC 1, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/1993, DJ 16-06-1995 PP-18213 EMENT VOL-01791-01 PP-00088. Destacou-se.

18. Feitas essas considerações a respeito da constitucionalidade formal do projeto, passa-se à análise dos aspectos substantivos pertinentes.

19. A proposta legislativa em análise sugere alteração ao art. 2º da Lei Complementar nº 151, de 2015, a fim de incluir, entre os depósitos judiciais e administrativos regidos por aquela lei, os referentes a processos (judiciais e administrativos, tributários ou não tributários) de que sejam parte “*todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta*”. Assim, os depósitos englobados pela Lei Complementar nº 151, de 2015, deixariam de se limitar àqueles relacionados aos processos de que sejam parte Estados, Distrito Federal e Municípios, para alcançar, também, aqueles de que sejam parte autarquias, fundações, empresas estatais dependentes e empresas estatais não dependentes. Confira-se:

Art. 2º Os depósitos judiciais e administrativos em dinheiro referentes a processos judiciais ou administrativos, tributários ou não tributários, nos quais os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios sejam parte, considerados todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta, deverão ser efetuados em instituição financeira oficial federal, estadual ou distrital.

§ 1º Incluem-se também no conceito de órgãos e entidades da administração direta e indireta referido no *caput*:

I – autarquias;

II – fundações;

III – empresas estatais dependentes; e

IV – empresas estatais não dependentes.

20. Ademais, o Substitutivo em estudo propõe alteração ao art. 3º da Lei Complementar nº 151, de 2015, de modo que a porcentagem a ser transferida aos entes federados leve em consideração os depósitos vinculados a processos de que sejam parte a administração pública indireta (art. 3º, *caput*), com exceção das empresas estatais não dependentes (art. 3º, § 1º). Veja-se:

Art. 3º A instituição financeira oficial transferirá para a conta única do Tesouro do Estado, do Distrito Federal ou do Município 70% (setenta por cento) do valor atualizado dos depósitos referentes aos processos judiciais e administrativos de que trata o art. 2º, inclusive os respectivos acessórios.

§ 1º Excluem-se do disposto no *caput* os depósitos referentes a processos em que sejam parte as entidades a que se refere o inciso IV do § 1º do art. 2º.

21. Nota-se, pois, que a proposta amplia o montante a ser transferido pelas instituições depositárias à conta única do Tesouro dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, porquanto inclui depósitos referentes a processos judiciais e administrativos de que sejam parte autarquias, fundações e empresas estatais dependentes.

22. Tal cenário legislativo, se confirmado, resultaria em grave insegurança jurídica para os depositantes e para as instituições financeiras depositárias, na medida em que, além de aumentar o volume de depósitos a serem repassados aos entes federados, autorizaria o remanejamento de depósitos vinculados a entes da administração pública indireta para o custeio de dispêndios fiscais de entes da administração direta.

23. Nesse contexto, a proposta legislativa traz incertezas quanto à capacidade de se assegurar o recebimento imediato, pelos depositantes, do montante a que tenham direito, fato que caminha na contramão do instituto dos depósitos judiciais, que tem por característica intrínseca a garantia, conferida ao depositante, de dispor, imediatamente, do valor depositado, desde que autorizado pelo Juízo competente para o processamento e julgamento da respectiva demanda¹¹; por outro lado, é dever do depositário disponibilizar, sem qualquer obstáculo, os valores a ele confiados.

24. O ambiente de insegurança jurídica resultante de preceitos legais semelhantes aos que ora se propõe já foi objeto de análise por esta Procuradoria-Geral. Assentou-se que a transferência de vultosos recursos, vinculados a depósitos, para entes federativos, de modo a viabilizar o pagamento de despesas diversas, traz riscos quanto à impossibilidade de restituição tempestiva dos valores aos depositantes. Confira-se o que restou consignado no Parecer Jurídico 4/2016-BCB/PGBC¹², que analisou os reflexos sobre as estruturas de gerenciamento de capital e de risco das instituições financeiras das transferências de recursos relativos a depósitos judiciais a entes federativos:

11 Nos termos do artigo 1.219 do Código de Processo Civil, “em todos os casos em que houver recolhimento de importância em dinheiro, esta será depositada em nome da parte ou do interessado, em conta especial movimentada por ordem do juiz.”

12 Da lavra do Procurador Humberto Cestaro Teixeira Mendes, aprovado pela Titular da Câmara de Consultoria Geral, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, pelo Procurador-Geral Adjunto do Banco Central, Cristiano de Oliveira Lopes Cozer, e pelo Procurador-Geral do Banco Central, Isaac Sidney Menezes Ferreira.

14. Não se trata de um risco remoto, se consideramos, por exemplo, que o montante mínimo a ser mantido nos fundos de reserva, segundo a determinação legal, pode não ser adequado e suficiente para suportar as restituições aos depositantes, quando determinado pela autoridade judicial. É notória a grande variação dos valores dos depósitos judiciais, de acordo com o objeto de cada processo, e o resultado de uma determinada ação judicial, que envolva recursos vultosos, pode impactar sensivelmente o fundo, inviabilizando o recebimento imediato, pelos depositantes, do montante a que tenham direito.

25. No mesmo sentido, o Banco Central figura como *amicus curiae* em diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que questionam leis estaduais sobre depósitos¹³. Em todas essas ações, a autarquia ressalta os riscos oriundos de legislações díspares e que não garantem a necessária segurança jurídica para depositantes e depositários, tudo com reflexos sobre a missão do Banco Central de manter a estabilidade macroeconômica e a solidez das instituições financeiras.

26. Nessa ordem de ideias, esta Procuradoria-Geral tem destacado que legislações como a que ora se propõe sujeitam as entidades depositárias a riscos de diversas ordens: de liquidez¹⁴, legal¹⁵, de imagem¹⁶ (inclusive em relação ao papel de fiel depositário dos recursos de terceiros) e, no limite, a depender da dimensão, até mesmo de insolvência¹⁷.

27. Tais riscos são agravados pelo fato de a Lei Complementar nº 151, de 2015, não trazer regra clara no sentido de que a responsabilidade da instituição financeira depositária deverá limitar-se à disponibilidade de recursos no fundo de reserva. Deveras, inexistente norma específica que exima os bancos depositários de responsabilidade em caso de insuficiência de recursos do fundo e não reposição desses recursos pelo ente federado. Nesse diapasão, asseverou o Parecer Jurídico 4/2016-BCB/PGBC:

13 Trata-se dos seguintes feitos, todos em trâmite no Supremo Tribunal Federal: ADI 5353/MG; ADI 5099/PR; ADI 5080/RS; ADI 5072/RJ; ADI 5365/PB; ADI 4114/SE; ADI 5375/SE; ADI 5376/SE; ADI 5409/BA; ADI 5413/CE; ADI 5414/CE; ADI 5392/PI; ADI 5397/PI; ADI 5455/AL; ADI 5456/RS; ADI 5457/AM; ADI 5458/GO; ADI 5459/MS.

14 Observado nas hipóteses em que o montante de recursos efetivamente disponíveis ou de ativos facilmente alienáveis fica abaixo do patamar compatível com os desembolsos previstos e potenciais no horizonte relevante.

15 Proveniente de potenciais contenciosos legais.

16 Decorrente da percepção desfavorável da imagem do banco por seus clientes, contrapartes, acionistas ou órgãos reguladores.

17 Observado nas hipóteses em que o banco coloca em risco o seu patrimônio a ponto de comprometer a sua capacidade de honrar compromissos presentes e futuros.

12. Por outro lado, não se pode desprezar o fato de que os diplomas legais em apreço não veiculam regra que disponha expressamente sobre a inexistência de responsabilidade das instituições financeiras, no que concerne à restituição tempestiva dos recursos aos depositantes. Não há, no corpo das leis federais e estaduais, qualquer comando que limite a demanda por resgates, no âmbito da instituição financeira, à parcela nela mantida e aos montantes existentes no fundo de reserva.

13. Indubitavelmente, esta lacuna legal permite que o Poder Judiciário, ao ser provocado por demandas instauradas pelos depositantes, estabeleça a responsabilização das entidades depositárias pela restituição dos valores auferidos pelos entes federativos, no caso de inércia ou de incapacidade de pagamento por estes últimos.

28. O Substitutivo em exame potencializa todos esses riscos, pois amplia o montante a ser repassado aos entes federados. Ora, quanto maior o volume de depósitos a ser transferido a Estados, Distrito Federal e Municípios, sem um correspondente fundo de reserva adequado, maior será o risco de não se conseguir restituir ao particular vitorioso em processo administrativo ou judicial, em tempo e modo adequados, o recurso que lhe é devido.

29. Ademais, cumpre notar que esses riscos influenciam no dever legal desta autarquia de atuar à luz da regulação prudencial¹⁸, impondo-se requerimentos adicionais, como a elevação da disponibilidade de ativos líquidos, a constituição de provisões para contingências e o aumento do capital regulatório. Por outro lado, tais exigências prudenciais trazem efeitos reflexos aos bancos regulados, como a diminuição da alocação de ativos em empréstimos, financiamentos e outras aplicações, além da redução do patrimônio da instituição regulada.

30. Dessa forma, conclui-se que a ampliação do montante de depósitos a ser transferido aos entes da administração pública direta (Estados, Distrito Federal e Municípios), com a inclusão de depósitos referentes a processos de que são partes pessoas jurídicas distintas, integrantes da administração indireta (autarquias, fundações e empresas estatais dependentes), implica riscos relevantes ao regular funcionamento do sistema financeiro pátrio.

18 Os riscos supracitados estão disciplinados pela regulação prudencial aplicável às instituições integrantes do sistema financeiro pátrio, a exemplo da Resolução n° 3.380, de 29 de junho de 2006 (dispõe sobre a implementação de estrutura de gerenciamento do risco operacional), da Resolução n° 3.988, de 30 de junho de 2011 (dispõe sobre a implementação de estrutura de gerenciamento de capital), da Resolução n° 4.090, de 24 de maio de 2012 (dispõe sobre a estrutura de gerenciamento do risco de liquidez); da Circular n° 3.547, de 7 de julho de 2011 (estabelece procedimentos e parâmetros relativos ao Processo Interno de Avaliação da Adequação de Capital - Icaap), entre outras.

31. De outra banda, o projeto *sub examine* também propõe que a remuneração das instituições financeiras depositárias será fixada em 0,86% (oitenta e seis centésimos por cento) ao ano sobre o valor total dos depósitos vinculados a processos de que sejam parte os órgãos e entidades da administração direta e indireta. Observe-se a redação sugerida ao art. 3º, § 11, da Lei Complementar n.º 151, de 2015:

Art. 3º (...)

§ 11. O chefe do Poder Executivo deverá firmar, sem qualquer interveniência, contrato com as instituições financeiras depositárias, que deverão prever remuneração total de 0,86% a.a. (oitenta e seis centésimos por cento ao ano) sobre o valor total dos depósitos em que o Estado, Distrito Federal ou Município seja parte, considerando todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta, conforme disposto no art. 2º desta Lei.

32. Nesse particular, a proposta não parece estar em consonância com os postulados constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que devem nortear a ordem econômica, nos termos do art. 170, *caput* e inciso IV, da CF¹⁹.

33. Isso porque a fixação de um percentual a título de remuneração pelos serviços prestados pela instituição depositária implica um controle indevido de preços, em detrimento da liberdade de mercado, de modo que norma legal desse jaez não se compatibiliza com a ordem econômica desejada pelo legislador constituinte.

34. Além disso, obtempere-se que a sistemática implementada pela Lei Complementar n.º 151, de 2015, exige das instituições financeiras depositárias a prestação de vários serviços, como identificação dos depósitos regidos pela lei; tratamento segregado e individualizado dos depósitos; cálculo dos valores que deverão ser repassados aos entes federados e ao fundo de reserva; pagamento dos depósitos ao seu beneficiário final; monitoramento do valor mínimo do fundo de reserva, entre outros. Ora, os custos desses serviços não podem ser pré-estabelecidos legalmente, pois deverão ser calculados por cada instituição financeira, conforme o volume de depósitos e os valores envolvidos.

19 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência”.

35. Outro ponto que merece análise na proposta legislativa diz respeito à sugestão de acrescentar à Lei Complementar nº 151, de 2015, dispositivo segundo o qual “incorrerá em crime de responsabilidade o presidente de tribunal ou de instituição financeira que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar o disposto nesta Lei Complementar” (art. 6º-A).

36. Crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas praticadas por ocupantes de determinados cargos públicos. Trata-se, portanto, de crimes de natureza política, que têm como sanções a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de função pública.

37. A Constituição Federal dispõe sobre as autoridades que poderão praticar crimes de responsabilidade. São elas: Presidente e Vice-Presidente da República (art. 52, inciso I); Ministros de Estado (art. 52, inciso I); Comandantes das Forças Armadas (art. 52, inciso I); Ministros do STF (art. 52, inciso II); Membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 52, inciso II); Procurador-Geral da República (art. 52, inciso II); Advogado-Geral da União (art. 52, inciso II); Deputados Federais e Senadores (art. 55, § 2º); Membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, inciso I, “c”); Desembargadores e Membros de Tribunais de Contas Estaduais (art. 105, inciso I, “a”); Juízes e Membros do Ministério Público (art. 108, inciso I, “a” c/c art. 96, inciso III); Procuradores-Gerais de Justiça (art. 128, § 4º) e Deputados Estaduais (art. 27, § 3º). Além dessas autoridades, também podem cometer crimes de responsabilidade Governadores e Secretários de Estado (Lei nº 1.079, de 1950), bem como Prefeitos e Vereadores (Decreto-Lei nº 201, de 1967).

38. Constata-se, assim, que os crimes de responsabilidade são cometidos no exercício de uma função estritamente pública, desempenhada por agentes políticos, titulares de cargos que compõem a estrutura fundamental do Estado²⁰.

20 Essa é a orientação seguida pelo STF, consoante se observa do seguinte precedente jurisprudencial:

“(…) os titulares de autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista tampouco entram ou cabem na classe dos agentes políticos, sujeitos ativos do crime de responsabilidade.

Aos segundos identifica-os, com certa propriedade, a doutrina:

‘Caracterizam-se por terem funções de direção ou orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, [...]. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores). Alguns autores dão sentido mais amplo a essa categoria, incluindo Magistrados,

39. Destarte, não se afigura adequada, do ponto de vista jurídico-constitucional, a norma – pretendida pelo Substitutivo ao PLS nº 183, de 2015 – que inclui os presidentes de instituições financeiras como sujeitos ativos de crimes de responsabilidade, para o caso de retardarem ou tentarem frustrar o disposto na Lei Complementar nº 151, de 2015.

40. Cumpre examinar, ainda, o art. 7º da proposta legislativa, o qual estabelece que, em caso de descumprimento do disposto na Lei Complementar nº 151, de 2015, “a instituição financeira e seus responsáveis ficam sujeitos às penalidades estabelecidas no art. 44 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964”.

41. O objeto da Lei nº 4.595, de 1964, não deve ser confundido com o da Lei Complementar nº 151, de 2015. Enquanto a primeira traz normas para estruturação e regulação do sistema financeiro, a segunda dispõe sobre o uso de depósitos judiciais e administrativos por Estados, Distrito Federal e Municípios. Dessa maneira, ainda que a Lei nº 4.595, de 1964, disponha acerca de penalidades, estas estão relacionadas a infrações ao regular funcionamento do sistema financeiro e subordinadas a procedimento administrativo próprio, conduzido pelo agente regulador.

42. Por isso, a extensão das penalidades da Lei nº 4.595, de 1964, aos casos de descumprimento das normas que regem a transferência de depósitos a entes federados, não se mostra apropriada, além de não atender à melhor técnica legislativa²¹.

43. Ademais, a própria Lei Complementar nº 151, de 2015, já prevê, em seu art. 5º, § 3º (art. 3º, § 10, pela proposta do Substitutivo), multa às instituições depositárias para o caso de descumprimento dos prazos nela estabelecidos, o que já se mostra suficiente para resguardar a efetividade da Lei Complementar.

44. Registre-se, ainda, que a proposta legislativa não especifica quem seria responsável por monitorar o cumprimento à Lei Complementar nº 151, de 2015, limitando-se a prever que o não cumprimento ensejará a aplicação das penalidades da Lei nº 4.595, de 1964. Nesse aspecto, cumpre destacar a observação feita pelo

membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas’ (FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de direito administrativo. 11ª edição: Editora Lúmen Iuris, TJ, 2004, p. 484)”

(ADI 3279, Relator: Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 14-02-2012 PUBLIC 15-02-2012 RT v. 101, n. 920, 2012, p. 615-623).

21 Ressalte-se que, nos termos do inciso II do art. 7º da Lei Complementar n.º 95, de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, “a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”.

Desup (documento 17 do PE), segundo o qual, acaso se entenda que referida previsão legal implicará atribuição de competência da Supervisão Bancária para verificar o cumprimento das normas que disciplinam a transferência de depósitos aos entes públicos, “será necessário conhecer com detalhes o funcionamento dessas transferências e as particularidades de cada convênio, que certamente demandará esforços adicionais da Diretoria de Fiscalização para atender essa tarefa”.

CONCLUSÃO

45. À luz do exposto, conclui-se que a proposta legislativa não apresenta vícios formais. No que diz respeito ao aspecto material, contudo, devem ser consignadas as seguintes ressalvas:

- i) o aumento do montante a ser transferido aos entes federados – resultante da inclusão de depósitos vinculados a processos de que sejam parte autarquias, fundações e empresas estatais dependentes (arts. 2º e 3º) – aumenta a insegurança jurídica a depositantes e depositários, com riscos reais ao regular funcionamento do sistema financeiro;
- ii) a fixação do percentual de 0,86% (oitenta e seis centésimos por cento) ao ano sobre o valor total dos depósitos referentes a processos de que sejam parte as administrações públicas direta e indireta, a título de remuneração das instituições financeiras depositárias (art. 3º, § 11), não está em consonância com os postulados constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência;
- iii) a criação de dispositivo segundo o qual incorrerá em crime de responsabilidade o presidente de instituição financeira que retardar ou tentar frustrar o disposto na Lei Complementar nº 151, de 2015 (art. 6º-A) não se afeiçoa ao ordenamento jurídico-constitucional, na medida em que os sujeitos ativos do crime de responsabilidade devem corresponder a agentes políticos, titulares de cargos que compõem a estrutura fundamental do Estado;
- iv) a determinação de que, em caso de descumprimento do disposto na Lei Complementar nº 151, de 2015, a instituição financeira e

seus responsáveis ficarão sujeitos às penalidades estabelecidas no art. 44 da Lei nº 4.595, de 1964, mostra-se inadequada e não condiz com a melhor técnica legislativa.

À sua consideração.

MURILO SANTOS RAMOS

Procurador do Banco Central

Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (CONOR)

OAB/DF 45.763

(Seguem despachos.)

De acordo com o bem fundamentado Parecer do Dr. Murilo Santos Ramos que aponta com precisão a elevação dos riscos aos quais estarão sujeitas as instituições financeiras, acaso o PLS nº 183, de 2015, venha a ser aprovado, na linha do quanto vem sendo defendido pela PGBC, tanto na área consultiva, quanto no contencioso judicial.

2. Chamo atenção, especialmente, para a questão apontada no item 44, acima, pois a mera remissão às penalidades previstas no art. 44 da Lei nº 4.595, de 1964, não atrai de maneira automática a competência para fiscalização do cumprimento das regras dispostas na Lei Complementar nº 151, de 2015, para o BCB. Como é cediço, a atribuição de competências não se presume. Tendo isso em vista, é possível, acaso a proposta seja aprovada com sua redação atual, que as penalidades previstas sejam inócuas, pela ausência de previsão expressa quanto ao órgão regulador responsável por sua aplicação.

À Sra. Subprocuradora-Geral titular da CC1PG, em razão da matéria.

DIANA LOUREIRO MACIEL DE MOURA

Subprocuradora-Chefe

Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (Conor)

OAB/AL 8.074

De acordo.

Ao Procurador-Geral Adjunto, em função do quanto previsto no § 1º do art. 9º da Ordem de Serviço nº 4.747, de 19 de abril de 2012.

WALKYRIA DE PAULA RIBEIRO DE OLIVEIRA

Subprocuradora-Geral do Banco Central

Câmara de Consultoria Geral (CC1PG)

OAB/DF 10.000

Aprovo.

Ao Procurador-Geral.

CRISTIANO DE OLIVEIRA LOPES COZER
Procurador-Geral Adjunto do Banco Central
OAB/DF 16.400

(Segue despacho.)

Julgo apropriada a manifestação jurídica elaborada pela CC1PG, que bem examina os aspectos de constitucionalidade e de interesse específico do Banco Central relativamente ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 183, de 2015, concluindo pela existência de elementos que apontam a incompatibilidade material da proposição com princípios insertos no texto da Constituição Federal.

2. A orientação esposada bem se coaduna com a linha argumentativa sustentada por esta Procuradoria-Geral perante o Poder Judiciário, notadamente Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de evidenciar os indesejáveis impactos da medida sobre o funcionamento do sistema financeiro e a segurança jurídica das operações nele cursadas.

Dirija-se o vertente pronunciamento à Assessoria Parlamentar, para adoção das providências de sua alçada.

ISAAC SIDNEY MENEZES FERREIRA
Procurador-Geral do Banco Central
OAB/DF 14.533

Anexo: PLS nº 183, de 2015, na forma do substitutivo aprovado no Senado Federal.



SENADO FEDERAL

TEXTO FINAL

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 183, DE 2015

Altera a Lei Complementar nº 151, de 5 de agosto de 2015, para dispor sobre os depósitos judiciais e administrativos no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e revoga o art. 5º da mesma Lei Complementar.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os arts. 2º a 4º e 7º a 10 da Lei Complementar nº 151, de 5 de agosto de 2015, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º Os depósitos judiciais e administrativos em dinheiro referentes a processos judiciais ou administrativos, tributários ou não tributários, nos quais os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios sejam parte, considerados todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta, deverão ser efetuados em instituição financeira oficial federal, estadual ou distrital.

§ 1º Incluem-se também no conceito de órgãos e entidades da administração direta e indireta referido no *caput*:

- I – autarquias;
- II – fundações;
- III – empresas estatais dependentes; e
- IV – empresas estatais não dependentes.

§ 2º O disposto no *caput* não se aplica aos depósitos judiciais trabalhistas e federais.” (NR)

“Art. 3º A instituição financeira oficial transferirá para a conta única do Tesouro do Estado, do Distrito Federal ou do Município 70% (setenta por cento) do valor atualizado dos depósitos referentes aos processos



judiciais e administrativos de que trata o art. 2º, inclusive os respectivos acessórios.

§ 1º Excluem-se do disposto no *caput* os depósitos referentes a processos em que sejam parte as entidades a que se refere o inciso IV do § 1º do art. 2º.

§ 2º Para implantação do disposto no *caput*, deverá ser instituído fundo de reserva destinado a garantir a restituição da parcela transferida ao Tesouro, observados os demais termos desta Lei Complementar.

§ 3º A instituição financeira oficial tratará de forma segregada os depósitos judiciais e os depósitos administrativos.

§ 5º Os valores dos depósitos judiciais e administrativos não repassados ao Tesouro na forma do *caput* deste artigo constituirão o fundo de reserva de que trata o § 2º, cujo saldo não poderá ser inferior a 30% (trinta por cento) do montante referido no *caput* do art. 2º relativo aos depósitos das instituições citadas nos incisos I a III do § 1º do art. 2º desta Lei Complementar, acrescidos da remuneração que lhes foi originalmente atribuída.

§ 6º Os valores recolhidos ao fundo de reserva de que trata este artigo terão remuneração equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais.

§ 7º Compete à instituição financeira gestora do fundo de reserva de que trata este artigo manter escrituração individualizada para cada depósito efetuado na forma do art. 2º, discriminando:

I – o valor total do depósito, acrescido da remuneração que lhe foi originalmente atribuída; e

II – o valor da parcela do depósito mantido na instituição financeira, nos termos do § 5º deste artigo, a remuneração que lhe foi originalmente atribuída e os rendimentos decorrentes do disposto no § 6º deste artigo.

§ 8º Sem prejuízo do disposto no § 5º, os depósitos judiciais e administrativos referentes a processos nos quais sejam parte as empresas referidas no inciso IV do § 1º do art. 2º serão transferidos a uma conta específica e serão remunerados à taxa referencial do Selic para títulos federais.

§ 9º Os repasses de que trata o *caput* deste artigo serão efetuados em até 10 (dez) dias contados da data de cada depósito.

§ 10. Em caso de descumprimento do prazo estabelecido no § 9º deste artigo, e desde que cumpridas as exigências estabelecidas nesta Lei Complementar pelo ente federado, a instituição financeira deverá transferir a parcela do depósito acrescida da taxa referencial do Selic para títulos federais, além de:

I – multa de 0,05% a.d. (cinco centésimos por cento ao dia) até o trigésimo dia de atraso; e



II – multa de 0,33% a.d. (trinta e três centésimos por cento ao dia) a partir do trigésimo primeiro dia de atraso.

§ 11. O chefe do Poder Executivo deverá firmar, sem nenhuma intervenção, contrato com as instituições financeiras depositárias, que deverá prever remuneração total de 0,86% a.a. (oitenta e seis centésimos por cento ao ano) sobre o valor total dos depósitos referentes a processos em que o Estado, o Distrito Federal ou o Município seja parte, considerando todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta, conforme disposto no art. 2º desta Lei Complementar.” (NR)

“Art. 4º Como condição para a habilitação do ente federado ao recebimento das transferências referidas no art. 3º, o chefe do Poder Executivo encaminhará ao Presidente do Tribunal de Justiça jurisdicionante termo de compromisso que preveja:

I – manutenção do fundo de reserva na instituição financeira responsável pelo repasse das parcelas ao Tesouro, observado o disposto no § 5º do art. 3º desta Lei Complementar;

II – destinação automática ao fundo de reserva do valor correspondente à parcela dos depósitos judiciais mantida na instituição financeira nos termos do § 5º do art. 3º, condição esta a ser observada a cada transferência recebida na forma do *caput* do art. 3º desta Lei Complementar;

III – autorização para a movimentação do fundo de reserva para os fins do disposto nos arts. 8º e 10 desta Lei Complementar; e

IV – recomposição do fundo de reserva pelo ente federado em até 48 (quarenta e oito) horas, contadas da comunicação da instituição financeira, sempre que o seu saldo estiver abaixo dos limites estabelecidos no § 5º do art. 3º desta Lei Complementar.

Parágrafo único. O Presidente do Tribunal de Justiça comunicará, em sua jurisdição, o teor do termo de compromisso aos órgãos jurisdicionais responsáveis pelo julgamento dos litígios aos quais se refiram os depósitos.” (NR)

“Art. 7º Os recursos repassados na forma desta Lei Complementar ao Estado, ao Distrito Federal ou ao Município, ressalvados os destinados ao fundo de reserva de que trata o § 5º do art. 3º, serão aplicados, exclusivamente, no pagamento de:

.....

§ 1º

§ 2º Os recursos previstos no *caput*, ressalvados os destinados ao fundo de reserva de que trata o § 5º do art. 3º, a critério do Poder Executivo do ente federado, serão repassados mensalmente pelos entes federados aos tribunais para cumprimento da opção realizada no regime especial previsto na Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009.



§ 3º É facultada ao chefe do Poder Executivo dos entes federados a realização de repasses adicionais com recursos diferentes dos previstos no § 2º.” (NR)

“Art. 8º

I – a parcela que foi mantida na instituição financeira nos termos do § 5º do art. 3º, acrescida da remuneração que lhe foi originalmente atribuída, será de responsabilidade direta e imediata da instituição depositária;

II – a diferença entre o valor referido no inciso I e o total devido ao depositante nos termos do *caput* será debitada do saldo existente no fundo de reserva de que trata o § 5º do art. 3º;

III – os depósitos dos entes da administração indireta não dependente, por não possuírem parcela repassada, serão levantados da conta específica referida no § 8º do art. 3º integralmente em favor do ente ou do depositante, acrescidos da remuneração que lhes foi originalmente atribuída, de responsabilidade direta e imediata da instituição depositária.

§ 1º Na hipótese de o saldo do fundo de reserva após o débito referido no inciso II ser inferior ao valor mínimo estabelecido no § 5º do art. 3º, o ente federado será notificado para recompô-lo na forma do inciso IV do art. 4º.

§ 2º Na hipótese de insuficiência de saldo no fundo de reserva para o débito do montante devido nos termos do inciso II do *caput* deste artigo, a instituição financeira restituirá ao depositante o valor disponível no fundo acrescido do valor referido no inciso I do *caput* deste artigo.

.....

§ 4º Se, ao final de cada exercício, a parcela da conta específica a que se refere o § 8º do art. 3º superar o valor dos depósitos correspondentes acrescidos da remuneração que lhes foi originalmente atribuída, a diferença deverá ser transferida para o ente federado controlador até o décimo dia do início do exercício subsequente.” (NR)

“Art. 9º Nos casos em que o ente federado não recompuser o fundo de reserva até o saldo mínimo referido no § 5º do art. 3º, conforme o caso, será suspenso o repasse das parcelas referentes a novos depósitos até a regularização do saldo.

.....” (NR)

“Art. 10. Encerrado o processo litigioso com ganho de causa para o ente federado, ser-lhe-á transferida a parcela do depósito mantida na instituição financeira nos termos do § 5º do art. 3º, acrescida da remuneração que lhe foi originalmente atribuída.

§ 1º O saque da parcela de que trata o *caput* deste artigo terá como limite máximo o maior valor do qual não resulte saldo inferior ao mínimo exigido no § 5º do art. 3º.

§ 2º Na situação prevista no *caput*, serão transformados em pagamento definitivo, total ou parcial, proporcionalmente à exigência tributária ou não tributária, conforme o caso, inclusive seus acessórios, os valores



depositados na forma do *caput* do art. 2º acrescidos da remuneração que lhes foi originalmente atribuída.” (NR)

Art. 2º A Lei Complementar nº 151, de 5 de agosto de 2015, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 5º-A e 6º-A:

“Art. 5º-A. Para identificação dos depósitos judiciais a que se refere o art. 2º desta Lei Complementar, cabe ao ente federado manter atualizada na instituição financeira a relação de inscrições no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) dos órgãos que integram a sua administração pública direta e indireta.”

“Art. 6º-A. Incurrerá em crime de responsabilidade o presidente de tribunal ou de instituição financeira que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar o disposto nesta Lei Complementar.”

Art. 3º Os depósitos judiciais a que se refere o art. 2º da Lei Complementar nº 151, de 5 de agosto de 2015, feitos anteriormente à entrada em vigor da presente Lei e não identificados pelo CNPJ do órgão ou da entidade beneficiária serão regularizados pelo ente federado mediante apresentação da inconsistência pela instituição depositária.

Art. 4º A constituição do fundo de reserva e a transferência da parcela dos depósitos judiciais e administrativos acumulados até a data de publicação desta Lei, conforme dispõe o art. 3º, serão realizadas pela instituição financeira em até 45 (quarenta e cinco) dias após a apresentação de cópia do termo de compromisso de que trata o art. 4º da Lei Complementar nº 151, de 5 de agosto de 2015, desde que o contrato a que se refere o § 11 do art. 3º da mesma Lei Complementar esteja devidamente formalizado.

Art. 5º As instituições financeiras oficiais de que trata o art. 2º da Lei Complementar nº 151, de 5 de agosto de 2015, não poderão recepcionar depósitos judiciais ou administrativos sem a identificação do CPF ou CNPJ do depositante, conforme o caso, bem como do CNPJ dos órgãos e entidades referidos no mesmo artigo, com a redação dada por esta Lei.

Art. 6º Os valores transferidos ao Tribunal de Justiça para pagamento de precatórios serão depositados na conta específica de que trata o § 8º do art. 3º da Lei Complementar nº 151, de 5 de agosto de 2015, enquanto não entregues aos precatórios, e terão remuneração equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais.

Parágrafo único. A remuneração de que trata o *caput* será utilizada exclusivamente para o pagamento de precatórios, vedada qualquer outra destinação.

Art. 7º Pelo descumprimento do disposto na Lei Complementar nº 151, de 5 de agosto de 2015, a instituição financeira e os seus responsáveis ficam sujeitos às penalidades estabelecidas no art. 44 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Art. 8º As transferências de que trata o art. 3º da Lei Complementar nº 151, de 5 de agosto de 2015, não configuram, para qualquer efeito, operação de crédito.

Art. 9º Revoga-se o art. 5º da Lei Complementar nº 151, de 5 de agosto de 2015.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.



Petição 941/2016-BCB/PGBC

Memorial apresentado pela Procuradoria-Geral do Banco Central nos autos do Recurso Especial (Resp) nº 951.894, em que se discute a definição do conceito jurídico de capitalização de juros vedada pela Lei de Usura e permitida pela Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, e pela Lei nº 11.977, de 2009, no Sistema Financeiro da Habitação, desde que expressamente pactuada.

Bernardo Henrique de M. Heckmann
Procurador do Banco Central

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho
Subprocurador-Geral do Banco Central

Petição 941/2016-BCB/PGBC
PE 86608

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUDIÊNCIA PÚBLICA PARA SE DEFINIR O CONCEITO JURÍDICO
DE “CAPITALIZAÇÃO DE JUROS” VEDADA PELA LEI DE
USURA E PERMITIDA PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº
2.170-36, DE 2001, NO ÂMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO
NACIONAL, E PELA LEI Nº 11.977, DE 2009, NO SISTEMA
FINANCEIRO DA HABITAÇÃO, DESDE QUE
EXPRESSAMENTE PACTUADA

MEMORIAL DO BANCO CENTRAL (SESSÃO DA CORTE ESPECIAL DE 29.2.2016)

Recurso Especial (REsp) nº 951.894. Audiência pública, a ocorrer no dia 29.2.2016, na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A definição do conceito jurídico de capitalização de juros vedada pela Lei de Usura e permitida pela Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, e pela Lei nº 11.977, de 2009, no Sistema Financeiro da Habitação, desde que expressamente pactuada. Memorial do Banco Central (BC).

Recurso Especial nº 951.894/DF (2007/0108079-4)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Fundação Banco Central de Previdência Privada - Centrus

Recorrente: Lindomar Pedro Camargo e outro

Recorrido: Os mesmos

Expositor: Banco Central do Brasil (BC)

Excelentíssimo(a) Senhor(a) Ministro(a),

I – BREVE SÍNTESE NECESSÁRIA

Trata-se de Audiência Pública, convocada pela Ministra Isabel Gallotti, nos autos do Recurso Especial (REsp) nº 951.894/DF, a ocorrer no dia 29.2.2016, na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a fim de definir-se o conceito jurídico de “capitalização de juros” restrita pela Lei de Usura e permitida pela Medida Provisória (MP) nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN), e pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, no Sistema Financeiro da Habitação (SFH), desde que expressamente pactuada.

2. O referido REsp nº 951.894/DF foi afetado à Corte Especial, sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (CPC), para o exame da questão jurídica pertinente à legalidade, em abstrato, do emprego da Tabela Price, em face da restrição da capitalização de juros em intervalo inferior ao anual expressa no art. 4º do Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933 (Lei de Usura).

3. Na decisão convocatória da Audiência Pública, a Ministra Isabel Gallotti pôs a seguinte controvérsia, *in verbis*:

“Na base da divergência entre matemáticos acerca da existência de capitalização de juros na fórmula da Tabela Price está a divergência acerca do conceito jurídico do que sejam os juros capitalizados vedados pela Lei de Usura. Não divergem os matemáticos a respeito da descrição dos componentes da fórmula, a qual o próprio Richard Price definiu como sendo baseada na contagem de juros compostos. A fórmula é única, e usada em todo o mundo, há séculos, não variando de contrato para contrato. O que varia é o valor, o prazo do financiamento, a periodicidade do vencimento das parcelas, e a taxa de juros em cada caso pactuados.

Divergem os matemáticos sobre o que é proibido pela Lei de Usura. Para aqueles que entendem vedada apenas a contagem de novos juros sobre juros vencidos, não pagos e incorporados ao capital (anatocismo), o emprego da Tabela não

é, por si só, ilegal. Segundo esta compreensão, haverá anatocismo se o valor da prestação paga não for suficiente, em determinado período, para cobrir sequer os juros vencidos, sendo eles incorporados ao capital para a incidência de novos juros. Ao contrário, se as prestações forem regularmente pagas, em valor suficiente para quitar os juros do período, não haverá anatocismo. A perícia serviria, então, para verificar se houve anatocismo ao longo da evolução do contrato em que o método de capitalização pactuado foi a mencionada tabela, e não para afirmar a ilegalidade ou a legalidade da fórmula da Tabela Price em abstrato.

Há, todavia, outros matemáticos que consideram proibido pela Lei de Usura o próprio método de formação da taxa efetiva de juros estabelecida no contrato por meio de juros compostos. Para estes, a própria fórmula da tabela é ilegal, pois incontrovertidamente baseada na contagem de juros compostos. Neste caso, em contratos em que o método de amortização adotado foi a Tabela Price, o próprio valor das prestações fixas - ou o da prestação inicial, em casos em que incide correção monetária, como nos financiamentos habitacionais - deveria ser recalculado, porque embutiria juros compostos, ou seja, capitalização ilegal, no entender desses matemáticos.

Dessa forma, para que haja a necessária uniformização da jurisprudência nacional, cumpre definir o conceito jurídico de capitalização de juros vedada pela Lei de Usura e permitida pela MP 2.170-01 no âmbito do Sistema Financeiro, desde que expressamente pactuada.”

4. Para além da controvérsia acima posta, a Ministra Isabel Gallotti ainda fez os seguintes questionamentos a serem esclarecidos na Audiência Pública convocada:

- Haveria identidade, no sistema jurídico vigente, entre os termos “capitalização de juros”, “anatocismo”, “juros compostos”?
- Qual o conceito jurídico de capitalização de juros?
- Que tipo de ocorrência deve o perito apurar, em cada caso concreto que lhe é submetido, para que se possa afirmar se há, ou não, a prática vedada pela Lei de Usura?

5. O Banco Central (BC) inscreveu-se como expositor na referida audiência, indicando, no ato de inscrição, o seu posicionamento, qual seja:

“Quanto à sua posição relativamente à questão discutida no feito, o Banco Central do Brasil entende que as vedações da lei de usura, em matéria de

juros, não se aplicam às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional (SFN), conforme o previsto no art. 5º da Medida Provisória (MPv) nº 2.170-36, de 23.8.2001 – na qual se converteu, após sucessivas reedições, a MPv nº 1.963-17, de 30.3.2000 –, vigente na forma do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11.9.2001.

Ressalvada essa disciplina específica aplicável às instituições integrantes do SFN, o Banco Central do Brasil entende, de modo geral, que a proibição da denominada Lei de Usura refere-se ‘apenas ao anatocismo (cobrança de novos juros sobre juros vencidos e não pagos)’.”

6. Tendo sido deferida a inscrição do BC como expositor na Audiência Pública, passa-se, então, aos jurídicos fundamentos pelo qual a Autarquia Monetária compreende “*de modo geral, que a proibição da denominada Lei de Usura refere-se ‘apenas ao anatocismo (cobrança de novos juros sobre juros vencidos e não pagos)’*”, além de responder aos questionamentos acima transcritos, postos pela Ministra Isabel Gallotti quando de sua decisão convocatória da Audiência Pública.

II – CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA E A CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.170-36, DE 2001¹

Breve esboço histórico acerca do tema referente à capitalização mensal de juros nos contratos bancários

7. Antes de adentrar no mérito do tema *sub examine*, mostra-se produtora realizar um breve esboço histórico acerca da capitalização mensal de juros nos contratos bancários.

8. Em outubro de 1999, o Departamento de Estudos e Pesquisas do Banco Central (Depep) publicou o estudo “*Juros e Spread Bancário no Brasil*”, no qual destacou, entre as propostas legislativas para a redução dos juros no Brasil, a explicitação sobre a possibilidade da prática do anatocismo:

¹ Este capítulo foi em sua grande parte transcrito da Petição 8150/2014-BCB/PGBC, apresentada por esta Procuradoria-Geral no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.377/RS, que declarou a constitucionalidade do art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001.

“f) esclarecimento sobre anatocismo (juros sobre juros) no SFN – uma das razões frequentemente alegadas por devedores de má-fé em processos judiciais refere-se ao artigo 4º da antiga e não revogada Lei da Usura (Decreto 22.626 de 1933), que veda a capitalização de juros nos empréstimos. No SFN e nos sistemas financeiros de todo o mundo, a prática é a capitalização dos juros, tanto na captação quanto na aplicação de recursos das instituições financeiras. Em função do disposto no artigo 192 do texto constitucional, muitos tribunais vêm dando ganho de causa a devedores que alegam a validade de dispositivos do Decreto 22.626/33 que trata da não capitalização de juros. Por isso o BC deve propor a expressa derrogação do artigo que trata da capitalização dos juros, reforçando o entendimento já expresso na Lei 4.595/64”.

9. Com base nesses estudos do Banco Central, que foram acolhidos pelo Senhor Ministro da Fazenda³, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República editou a Medida Provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2000, cujo artigo 5º estipulou:

“Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

Parágrafo único. Sempre que necessário ou quando solicitado pelo devedor, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais”.

10. O texto acima foi sucessivamente reeditado, sem alterações, e finalmente culminou na Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, em vigor por força do disposto no artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001.

2 BANCO CENTRAL DO BRASIL, Departamento de Estudos e Pesquisas. “Juros e spread bancário no Brasil”, outubro, 1999, p. 27. Esse estudo está disponível para consulta no site do Banco Central na rede mundial de computadores: <<http://www.bcb.gov.br/?SPREAD>>. Acesso em: 26.2.2016.

3 Cf. Exposição de Motivos 210/ME, de 24 de março de 2000, da lavra do Senhor Ministro de Estado da Fazenda Pedro Sampaio Malam.

A constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001

11. Como evidenciado no histórico relatado, a medida adotada, sob nenhuma circunstância, pode ser taxada de arbitrária e irrefletida. Ela decorre de um amplo estudo elaborado no âmbito do Banco Central, mediante o qual se apurou que a incerteza sobre a possibilidade da capitalização de juros **aumentava os custos das instituições financeiras e, por isso, majorava a taxa de juros cobrada do tomador**. Logo, o estudo concluiu que a Autarquia Monetária deveria propor alteração legislativa a fim de encerrar a celeuma.

12. Na sequência, o Ministro da Fazenda propôs a edição de medida provisória. E na Exposição de Motivos, para não deixar qualquer sombra de dúvida, ao explicitar a urgência e a relevância da matéria, declarou que **a política monetária vigente reclamava a adoção expedita de medidas que pudessem corroborar com a redução do *spread* e da taxa de juros**, a fim de gerar um *“panorama mais propício ao desenvolvimento econômico do País”*.

13. De outra banda, cabe acrescentar a **transparência** que decorre da própria uniformidade de cômputo dos juros, que passaram a ser sempre capitalizados, tanto na captação de recursos, quanto na concessão do crédito, por prazo inferior ou superior a um ano.

14. Cumpre lembrar que a medida impugnada, no que toca à transparência no cômputo de juros, traz exigências ainda mais severas que as previstas no artigo 52, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor⁴, que se refere apenas à informação do montante de juros e à taxa efetiva anual aplicada.

15. Ademais, a capitalização de juros é capaz de gerar uma padronização na forma de cômputo e, pela viabilidade do cotejo, **fomentar a competição entre as instituições financeiras**. Um ambiente mais competitivo é mais apto a gerar reduções nas taxas de juros e nos *spreads* praticados. É o que conclui a Consultoria da Diretoria de Política Econômica do Banco Central em estudo elaborado a pedido desta Procuradoria-Geral a respeito do tema:

4 “Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

(...)

II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;”

“11. Um terceiro aspecto a ser considerado é a redução de transparência que a decisão [pela inconstitucionalidade] proporcionará, dado que cada instituição financeira poderá apresentar diferentes taxas de juros simples para diferentes prazos, sem que necessariamente seja possível padronizá-las e daí compará-las, caso as instituições se especializem em operações com prazos diversos.”⁵

16. Noutra giro, cabe lembrar, a propósito, que o Enunciado nº 596 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁶ simplesmente declarou a inaplicabilidade das disposições da Lei de Usura às instituições que integram o Sistema Financeiro Nacional, em aceno à possibilidade de o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central regularem as taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras.^{7 8}

17. Entretanto, não obstante o texto da Súmula, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal sinalizou com o entendimento de que o disposto no artigo 4º da referida lei, que limita a capitalização de juros ao prazo anual, aplicava-se, sim, às instituições financeiras⁹.

18. Portanto, a situação era de incompreensão acerca da forma de capitalização de juros no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, pois, enquanto

5 Trecho da Nota Técnica Dipec 1141.1, de 18 de dezembro de 2007, elaborada pela Consultora Katherine Hennings e aprovada pelo Diretor de Política Monetária, senhor Mario Magalhães Carvalho Mesquita.

6 “Súmula nº 596. As disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional”.

7 Bem a propósito, calha o estudo de Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, por meio do qual, em análise histórica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anota que a edição da Súmula nº 596 era o reconhecimento pela Corte da competência do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central para fixar os limites — inclusive quanto à capitalização — no âmbito do Sistema Financeiro:

“A nova súmula [596] pode ser entendida como um reconhecimento implícito da competência normativa das autoridades monetárias. O STF passou a aceitar, portanto, que o CMN e o BCB editassem normas sobre as taxas de juros, sua capitalização, cobrança de comissões e qualquer outro aspecto da concessão de crédito” (ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. “Regulação econômica e controle de preços nos contratos bancários: o que ficou da Lei de Usura?”. In: WAISBERG, Ivo et FONTES, Marcos Rolim Fernandes (coord.). *Contratos bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 87).

8 Em análise sobre a relação entre crédito e Judiciário no Brasil, Jairo Saddi também considera que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal indicava a possibilidade de capitalização de juros, invocando, a propósito, além do já referido enunciado sumular, a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4-7/DF:

“Contudo, segundo a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4-7, na lavra do relator ministro Sydney Sanches, aquele princípio amplo e geral [previsto no artigo 4º da Lei de Usura] não poderia mais se aplicar à referida lei [4.595, de 1964]: ‘Conferindo ao Conselho Monetário Nacional poderes normativos para limitar, sempre que necessário’, as taxas de juros, o parâmetro genérico da ‘Lei de Usura’, de 1933, deixou de prevalecer em relação a todo o chamado ‘mercado financeiro’.

E, ainda, a Súmula 596, do Supremo Tribunal Federal, decidiu de forma definitiva sobre a capitalização” (SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 152).

9 Nesse sentido, podem ser referidos os seguintes precedentes, dentre outros: RE 90.341-1/PA, 1ª Turma, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. em 26 de fevereiro de 1980, DJ de 19 de março de 1980; RE 96.875-0/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Djaci Falcão, j. em 16 de setembro de 1983, DJ de 27 de outubro de 1983; e RE 100.336-7, 1ª Turma, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 10 de setembro de 1984, DJ 24 de maio de 1985.

vigorava o enunciado da Súmula nº 596 do STF, que excepcionava as instituições financeiras da aplicação da Lei de Usura, podia-se também encontrar precedentes que desautorizavam a prática do anatocismo em período inferior ao anual. Daí a razão pela qual se justificava a edição da medida provisória com o fim de evidenciar a inaplicabilidade da Lei de Usura no âmbito do Sistema Financeiro¹⁰.

19. Essa incerteza em torno da questão gerava **riscos**, que significam custos, para os agentes financeiros, e aumentava as taxas de juros cobrados ao tomador. Logo, **a medida provisória vem em favor do tomador de empréstimos**, como medida que corrobora — aliada a outras medidas governamentais — para a **redução das taxas de juros praticadas no mercado financeiro**, além de conferir maior transparência mediante as exigências postas no parágrafo único do seu artigo 5º.

20. Daí a urgência e a relevância de sua edição, que justificaram e justificam a utilização da medida normativa excepcional prevista no artigo 62 da Constituição da República.

21. Cumpre assinalar que o art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, já teve sua validade reconhecida por esse Superior Tribunal de Justiça, como indicativo de jurisprudência, em sede de recurso especial repetitivo, sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil. Registre-se que o Banco Central, na qualidade de instituição pública reguladora do sistema financeiro nacional e a pedido do próprio Superior Tribunal de Justiça (art. 543-C, § 3º, do CPC) também se manifestou pela validade do normativo impingido de inconstitucionalidade na presente ação.

22. O precedente dessa Corte, evidenciado na ementa do REsp nº 973.827/RS, segue transcrito abaixo, *verbis*:

“CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÕES REVISIONAL E DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS

10 Para se ter uma ideia da perplexidade que incide na matéria, basta invocar o seguinte comentário da doutrina ao artigo 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual; nele se pode observar a vacilação com que o tema é abordado: *“O limite imposto pelo artigo sub examine não deveria alcançar o mútuo bancário, que, ante sua especialidade, é regido por normas do BACEN e resoluções editadas pelo CMN; mas há quem ache que o referido dispositivo legal tem incidência sobre ele, estendendo-se inclusive aos mútuos destinados a fins econômicos feitos por instituições financeiras por serem onerosos. O mútuo bancário apenas subsidiariamente é disciplinado por normas do Código Civil”*. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 10ª edição, 2004, p. 453.

COMPOSTOS. DECRETO 22.626/1933 MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MORA. CARACTERIZAÇÃO.

1. *A capitalização de juros vedada pelo Decreto 22.626/1933 (Lei de Usura) em intervalo inferior a um ano e permitida pela Medida Provisória 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada, tem por pressuposto a circunstância de os juros devidos e já vencidos serem, periodicamente, incorporados ao valor principal. Os juros não pagos são incorporados ao capital e sobre eles passam a incidir novos juros.*

2. *Por outro lado, há os conceitos abstratos, de matemática financeira, de ‘taxa de juros simples’ e ‘taxa de juros compostos’, métodos usados na formação da taxa de juros contratada, prévios ao início do cumprimento do contrato. A mera circunstância de estar pactuada taxa efetiva e taxa nominal de juros não implica capitalização de juros, mas apenas processo de formação da taxa de juros pelo método composto, o que não é proibido pelo Decreto 22.626/1933.*

3. *Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC: - ‘É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.’*

- “A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada’.

4. Segundo o entendimento pacificado na 2ª Seção, a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios.

5. É lícita a cobrança dos encargos da mora quando caracterizado o estado de inadimplência, que decorre da falta de demonstração da abusividade das cláusulas contratuais questionadas.

6. *Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.”*

(STJ, 2ª Seção, REsp nº 973.827/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, j. em 08/08/2012, DJe 24/09/2012 – Destacou-se.)

23. Não há dúvida, portanto, que, na compreensão do Superior Tribunal de Justiça, Corte constitucionalmente encarregada de conferir uniformidade à compreensão das normas federais (art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal de 1988), é válida a pactuação em contrato bancário de capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano a partir 31 de março de 2000, data da

primeira edição da Medida Provisória nº 1.963-17, que resultou, após reedições, na Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001.

24. Tendo em vista que o precedente do Superior Tribunal de Justiça foi proferido em sede de recurso especial repetitivo (art. 543-C do Código de Processo Civil), este se torna a diretriz aos demais Tribunais pátrios quanto aos recursos especiais sobrestados, servindo de norte para toda a instância ordinária no momento de julgar demandas em que se discuta a validade de capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

25. Além disso, insta mencionar que, após a citada decisão desse STJ, o Supremo Tribunal Federal declarou a **constitucionalidade** da MP nº 2.170-36, de 2001, nos autos do Recurso Extraordinário (RE) nº 592.377/RS, em acórdão assim ementado:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ART. 5º DA MP 2.170/01. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. SINDICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. ESCRUTÍNIO ESTRITO. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA NEGÁ-LOS. RECURSO PROVIDO.

1. *A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência.*

2. *Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, conseqüentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país.*

3. *Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados.*

4. *Recurso extraordinário provido.”* (Destacou-se.)

26. Portanto, dúvidas não há mais quanto há validade, legitimidade e constitucionalidade dos dispositivos da MP nº 2.170-36, de 2001.

III – A AUSÊNCIA DE NORMA PROBITIVA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA COM RELAÇÃO AO MÉTODO MATEMÁTICO DA FORMAÇÃO DA TAXA DE JUROS COMPOSTOS

27. Insta destacar que tanto na Lei de Usura como no Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), **não há dispositivo algum de caráter proibitivo ao método matemático da própria formação da taxa de juros compostos (nem sequer ao termo “juros compostos”)**, o que denota, portanto, que a restrição legal contida no art. 4º da Lei de Usura refere-se apenas ao termo “contar juros dos juros”, isto é, a restrição de capitalização de novos juros sobre juros vencidos e não pagos (anatocismo).

28. Tanto é assim que o Departamento de Estudos e Pesquisas, do Banco Central, citando artigo do consultor financeiro da Faculdade Getúlio Vargas (FGV), Abelardo de Lima Puccini¹¹, se manifestou da seguinte forma em consulta realizada por esta Procuradoria-Geral acerca do tema ora debatido, *in verbis*:

“Ainda sobre esse ponto, Puccini (2014) destaca que, tanto na Lei de Usura como no Novo Código Civil (Lei 10.406/2002), não há qualquer referência ao termo ‘juros compostos’, sendo a proibição legal referente apenas à cobrança de novos juros sobre juros vencidos e não pagos (anatocismo).” (Destacou-se.)

29. Como se sabe, segundo a melhor técnica de **hermenêutica**, as disposições legislativas de caráter **proibitivo** devem ser interpretadas de **maneira restritiva**, e não de forma ampliativa. Sob essa ótica, a restrição contida na Lei de Usura, que, saliente-se, refere-se ao termo “juros dos juros”, **não pode ser interpretada como proibição ao método matemático da própria formação da taxa de juros compostos.**

30. No que pese a técnica legislativa empreendida na Lei de Usura não ser das melhores, reputa-se necessário extrair o conteúdo legislativo contido no comando do art. 4º da citada lei, da forma mais clara e objetiva possível.

11 PUCCINI, Abelardo de Lima (2014). “Tabela Price sem anatocismo para magistrados e advogados”. Conjuntura Econômica Vol. 68 nº 12, dezembro. Endereço eletrônico: <http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumPagelId=4028818B37A00A200137A4099DA13ADA&contentId=8A7C82C549C3707F014A1BE0E3FB6D08>

31. Nesse sentido, veja-se o expresso teor do art. 4º da Lei de Usura, *in verbis*:

“Art. 4º. É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.”

32. Analisando a transcrita determinação legal, é de se visualizar em seu conteúdo dois preceitos: (i) é proibido contar juros dos juros (parte inicial) – que deve ser entendida como restrição ao anatocismo ou capitalização de juros (vencidos e não pagos); (ii) tal restrição **não** compreende o anatocismo ou capitalização de juros (vencidos e não pagos) **anual** (ou superior).

33. Em outras palavras, pode-se dizer que o anatocismo ou capitalização de juros (vencidos e não pagos), como **regra geral, é restrito apenas caso a periodicidade seja inferior a um ano. E mais: o anatocismo anual é permitido, seja qual for o tipo de contrato.**

34. Entretanto, não é incomum encontrar na doutrina e na jurisprudência pátria entendimentos diversos do acima posto. Por isso, faz-se necessário aprofundar um pouco mais a conceituação jurídica da capitalização de juros restrita pela Lei de Usura, a fim de auxiliar esse Superior Tribunal de Justiça para que, em pleno exercício de sua **função nomofilática**¹², fixe, de modo claro, tal conceituação jurídica de capitalização de juros restrita, zelando pela interpretação e aplicação do direito de modo uniforme, evitando posteriores oscilações e discussões no que se refere à interpretação da lei e, no presente caso concreto, na definição desses conceitos ora discutidos.

35. É com esse espírito que o Banco Central, por meio de sua Procuradoria-Geral, após consultar a área técnica desta Autarquia Monetária, vem prestar as seguintes contribuições no sentido de se aclarar e definir o preciso conceito jurídico de capitalização de juros restrita pela Lei de Usura.

12. Acerca da função nomofilática desse Superior Tribunal de Justiça, confira-se o voto do então Ministro dessa Corte, Teori Albino Zavascki, nos autos do REsp nº 1.026.234/DF, *in verbis*: “(...) Ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião da legislação federal (e, portanto, de seu intérprete oficial), a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação. Deu-lhe, também, como missão específica, a de dirimir as divergências dos tribunais locais na interpretação da lei federal, criando, para isso, até mesmo uma específica hipótese de cabimento de recurso especial (CF, art. 105, III, c). Portanto, a partir de 1988, criou-se no País um tribunal superior com a função (importante para a manutenção do princípio da isonomia e do próprio princípio federativo) de uniformização da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar nomofilática (entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei), destinada a aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme, funções essas com finalidades que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente (CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Tomo II, tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 104).” (Destacou-se.)

IV – “CAPITALIZAÇÃO”, “ANATOCISMO”, “JUROS CAPITALIZADOS”, “JUROS COMPOSTOS”, “JUROS ACUMULADOS”: UMA CONCEITUAÇÃO JURÍDICA

Haveria identidade, no sistema jurídico vigente, entre os termos “capitalização de juros”, “anatocismo”, “juros compostos”?

36. A sinonímia entre os termos “capitalização”, “anatocismo”, “juros capitalizados”, “juros compostos”, “juros acumulados” é realizado de forma comum e até corriqueira tanto no meio acadêmico como no meio jurídico, não havendo, portanto, distinção emblemática entre eles. Observa-se, assim, que há, em verdade, uma consagração no tratamento sinonímico desses termos.

37. Tal consagração dessa utilização indistinta foi inclusive reconhecida pela Ministra Isabel Gallotti, ao rechaçar uma impertinente distinção geradora de conflitos dessas expressões. Nesse sentido, eis o voto-vista da Ministra nos autos do REsp nº 973.827/RS, *in verbis*:

“Na realidade, a intenção do autor/recorrido é reduzir drasticamente a taxa efetiva de juros, usando como um de seus argumentos a confusão entre o conceito legal de ‘capitalização de juros vencidos e devidos’ e o ‘regime composto de formação da taxa de juros’, ambos designados indistintamente na literatura matemática e em diversos textos jurídicos, até mesmo nas informações prestadas nestes autos pelo Banco Central, com o mesmo termo ‘juros compostos’ ou ‘juros capitalizados’.”

38. Para Roberto Arruda de Souza Lima e Adolfo Mamoru Nishiyama, a definição de juros capitalizados consiste em:

“juros devidos e já vencidos que, periodicamente (v.g., mensal, semestral ou anualmente), se incorporam ao valor principal” (LIMA, Roberto Arruda de Souza; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Contratos Bancários. “Aspectos Jurídicos e Técnicos da Matemática Financeira para Advogados”*. São Paulo Atlas, 2007, p. 36).¹³

¹³ A título de ilustração, veja-se também a conceituação vocabular dos termos em tela utilizada pela Ministra Isabel Gallotti, em seu voto-vista nos autos do REsp nº 973.827/RS, que se valeu da valiosa contribuição do Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva:

39. Dessa forma, para fins didáticos, utilizar-se-á os termos “capitalização”, “anatocismo”, “juros capitalizados”, “juros compostos” e “juros acumulados” como sinônimos, os quais podem se referir à restrição constante do art. 4º da Lei de Usura. Porém, saliente-se, de logo, que tais termos **não** se referem à formação matemática de **taxa** de juros simples ou **compostos**, conforme será ainda aprofundado neste trabalho.

40. Portanto, respondendo à seguinte indagação posta pela própria Ministra Gallotti quando de sua decisão convocatória da Audiência Pública – “*haveria identidade, no sistema jurídico vigente, entre os termos ‘capitalização de juros’, ‘anatocismo’, ‘juros compostos’?*” –, tem-se que o Banco Central entende que sim, reconhecendo, pois, a identidade, no sistema jurídico vigente, entre os termos “capitalização”, “anatocismo”, “juros capitalizados”, “juros compostos”, “juros acumulados”, os quais podem se referir à restrição constante do art. 4º da Lei de Usura – sendo, assim, impertinente uma rígida distinção conceitual entre essas expressões.

41. Respondida essa primeira questão, faz-se necessário, na sequência, aprofundar o conceito jurídico do anatocismo (capitalização de juros) restrito no ordenamento jurídico brasileiro, definindo, também, a regra geral dessa restrição e suas exceções. É o que se faz a seguir.

“CAPITALIZAÇÃO. Segundo sua origem, tomado em acepção própria, capitalização, seja no sentido jurídico, seja no sentido econômico, quer significar a conversão dos rendimentos ou dos frutos de um capital, em capital, unindo-se tais frutos ao principal, para se igualarem ou se acumularem a ele. Desse modo, a capitalização mostra-se a gênese de novo capital, que se vem anexar ou acumular ao primitivo, de onde se produziu, para aumentar a sua soma. A capitalização ocorre segundo se ajustar, pois que, não havendo ajuste ou convenção, em regra não se opera a capitalização, isto é, os juros ou as rendas não se acumulam ao capital. Capitalização. Em acepção especial também se chama de capitalização ao cálculo do valor-capital de um bem produtivo, isto é, a estimação de sua valia ou de seu preço (capital), tendo-se em conta as suas rendas já vencidas e que nele se computam para efeito desta avaliação.” (Forense, Rio de Janeiro, 8ª edição, 1984, Volume I, p. 373).

“ANATOCISMO. É vocábulo que nos vem do latim anatocismos, de origem grega, significando usura, prêmio composto ou capitalizado. Desse modo vem significar a contagem ou cobrança de juros sobre juros. A cobrança ou exigência de juros sobre juros acumulados não é admitida, desde que, resultante de contrato, não exista estipulação que a permita. Quer isso dizer que a capitalização de juros, isto é, a incorporação dos juros vencidos ao capital, e a cobrança de juros sobre o capital assim capitalizado, somente tem apoio legal quando há estipulação que a autorize. Desde que não haja esta estipulação, os juros não se capitalizam e, em consequência, não renderão para o credor juros contados sobre eles, mesmo vencidos e escriturados na conta do devedor. Quando se trata, porém, de juros contados em conta corrente, o próprio Direito Comercial (art. 253) permite a acumulação dos juros vencidos aos saldos liquidados de ano a ano, e, em tal caso, se permite a contagem posterior dos juros sobre os saldos então apurados. O próprio Cód. Civil brasileiro, em seu art. 1.262, permitiu a capitalização. Havendo convenção, embora o Código fale em capitalização anual, a contagem dos juros sobre os juros acumulados pode ser permitida semestralmente.” (Forense, Rio de Janeiro, 8ª edição, 1984, Volume I, p. 151).

“JUROS CAPITALIZADOS: Expressão usada na técnica do comércio para designar os juros devidos e já vencidos que, periodicamente, se incorporam ao principal, isto é, se unem ao capital representativo da dívida ou obrigação, para constituírem um novo total. São, assim, juros que se integraram no capital, perdendo sua primitiva qualidade de frutos, para se apresentarem na soma do capital assim constituído. E, neste caso, se capitalizáveis, em virtude de estipulação ou determinação legal, passam como parcela do capital a produzir frutos, tal qual ele.

Dizem-se, também, juros compostos, em oposição aos que não se acumulam, que se dizem juros simples.” (Forense, Rio de Janeiro, 8ª edição, 1984, Volume III, p. 36).

Qual o conceito jurídico de capitalização de juros?

42. Juridicamente, todos esses termos citados (“capitalização”, “anatocismo”, “juros capitalizados”, “juros compostos”, “juros acumulados”) estão ligados à circunstância de serem os **juros vencidos e, portanto, devidos**, que se incorporam periodicamente ao saldo devedor; isto é, **não é o conceito matemático abstrato**, divorciado do decurso do tempo contratado para adimplemento da obrigação. O pressuposto da capitalização é que, vencido o período ajustado (mensal, semestral, anual), os juros não pagos sejam incorporados ao saldo devedor e sobre eles passem a incidir novos juros.

43. Nesse exato sentido, veja-se o seguinte excerto do voto-vista da Min. Isabel Gallotti nos autos do REsp nº 973.827/RS:

“De todas essas definições, extrai-se que a noção jurídica de ‘capitalização’, de ‘anatocismo’, de ‘juros capitalizados’, de ‘juros compostos’, de juros acumulados, tratados como sinônimos, está ligada à circunstância de serem os juros vencidos e, portanto, devidos, que se incorporam periodicamente ao capital; vale dizer, não é conceito matemático abstrato, divorciado do decurso do tempo contratado para adimplemento da obrigação. O pressuposto da capitalização é que, vencido o período ajustado (mensal, semestral, anual), os juros não pagos sejam incorporados ao capital e sobre eles passem a incidir novos juros.”

44. Todos esses termos em análise, portanto, podem ser usados para se referir à **restrição constante da Lei de Usura em seu artigo 4º**.¹⁴ Porém, insta esclarecer **o que a lei não vedou: os conceitos abstratos de matemática financeira**, quais sejam, a formação da própria “**taxa de juros simples**” e da “**taxa de juros compostos**”. Sobre esse aspecto, veja-se o seguinte excerto da Min. Gallotti em seu voto-vista ainda nos autos do REsp nº 973.827/RS:

¹⁴ Também nesse sentido, veja-se o voto do Ministro Luís Felipe Salomão nos autos do REsp nº 973.827/RS, que se valendo da doutrina de Roberto Arruda de Souza Lima e Adolfo Mamoru Nishiyama, define juros capitalizados como “**juros devidos e já vencidos** que, periodicamente (v.g., mensal, semestral ou anualmente), se incorporam ao valor principal” (*in* Contratos Bancários - Aspectos Jurídicos e Técnicos da Matemática Financeira para Advogados, Editora Atlas S/A, São Paulo: 2007, p. 36).

“Por outro lado, há os conceitos abstratos, de matemática financeira, de ‘taxa de juros simples’ e ‘taxa de juros compostos’. Dizem respeito ao processo matemático de formação da taxa de juros cobrada. Com o uso desses métodos calcula-se a equivalência das taxas de juros no tempo (taxas equivalentes).

Quando a taxa é apresentada em uma unidade de tempo diferente da unidade do período de capitalização diz-se que a taxa é nominal; quando a unidade de tempo coincide com a unidade do período de capitalização a taxa é a efetiva. Por exemplo, uma taxa nominal 12% ao ano, sendo a capitalização dos juros feita mensalmente. Neste caso, a taxa efetiva é de 1% ao mês, o que é equivalente a uma taxa efetiva de 12,68% ao ano. Se a taxa for de 12% ao ano, com capitalização apenas anual, a taxa de 12% será a taxa efetiva anual.

(...)

Em síntese, o processo composto de formação da taxa de juros é método abstrato de matemática financeira, utilizado para a própria formação da taxa de juros a ser contratada, e, portanto, prévio ao início de cumprimento das obrigações contratuais.”

45. Assim, é de se perceber que os conceitos de “taxa de juros simples” e “taxa de juros compostos” **não foram vedados pela Lei de Usura**. A restrição constante do artigo 4º da citada Lei se refere, em verdade, apenas ao conceito de juros capitalizados (devidos e vencidos), juros compostos (devidos e vencidos), capitalização ou anatocismo, que é inerente a incorporação ao saldo devedor dos juros vencidos e não pagos, fazendo sobre eles incidir novos juros.

46. Essa mesma conclusão tem-se na subsequente passagem do voto-vista da Min. Gallotti nos autos do multicitado REsp nº 973.827/RS:

“Por outro lado, ao conceito de juros capitalizados (devidos e vencidos), juros compostos (devidos e vencidos), capitalização ou anatocismo é inerente a incorporação ao capital dos juros vencidos e não pagos, fazendo sobre eles incidir novos juros. Não se trata, aqui, de método de matemática financeira, abstrato, prévio ao início da vigência da relação contratual, mas de vicissitude intrínseca à concreta evolução da relação contratual. Conforme forem vencendo os juros, haverá pagamento (aqui não ocorrerá capitalização); incorporação ao capital ou ao saldo devedor (capitalização) ou cômputo dos juros vencidos e não pagos em separado, a fim de evitar a capitalização vedada em lei.”

47. Analisando a parte *in fine* do excerto acima transcrito, é de se concluir as seguintes possibilidades durante a execução de um contrato, conforme forem vencendo os juros:

- i) em havendo o pagamento normal, **não** ocorrerá capitalização de juros;
- ii) não havendo o pagamento no prazo contratual, e sendo os juros incorporados ao **saldo devedor**, haverá capitalização de juros (que poderá ser restrita ou não a depender do tipo de contrato e da periodicidade da capitalização);
- iii) não havendo o pagamento no prazo contratual, mas sendo computados os juros vencidos e não pagos em separado, não haverá capitalização de juros.

48. Note-se que a Lei de Usura restringe a contagem de juros dos juros, estabelecendo que a restrição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano. Ou seja, em regra, é restrito o anatocismo (capitalização de juros) em periodicidade **inferior à anual** (sendo legítimo o anatocismo em intervalo anual ou superior). A essa mesma conclusão chegou a Min. Gallotti em seu voto-vista nos autos do REsp nº 973.827/RS:

“Postos estes conceitos, voltemos ao texto do Decreto 22.626/33. O referido diploma legal veda a contagem de juros dos juros; mas estabelece que a proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano. A pacífica jurisprudência do STJ compreende que a ressalva permite a capitalização anual como regra aplicável aos contratos de mútuo em geral. Assim, não é proibido contar juros de juros em intervalo anual; os juros vencidos e não pagos podem ser incorporados ao capital uma vez por ano para sobre eles incidirem novos juros (Segunda Seção, EREsp. 917.570/PR, relatora Ministra Nancy Andrichi, DJe 4.8.2008 e REsp. 1.095.852-PR, de minha relatoria, DJe 19.3.2012).

O objetivo do art. 4º do Decreto 22.626/33, ao restringir a capitalização, é evitar que a dívida aumente em proporções não antevistas pelo devedor em dificuldades ao longo da relação contratual. Nada dispõe o art. 4º acerca do processo de formação da taxa de juros, como a interpretação meramente literal e isolada de sua primeira parte (é proibido contar juros de juros) poderia fazer supor.” (Destacou-se.)

49. E nem faria sentido o legislador vedar a própria formação matemática da taxa de juros compostos, vez que a taxa de juros simples pode até ter seu resultado efetivo maior. Eis um exemplo: em lugar de pactuar empréstimo pelo prazo de doze meses e juros de 12% ao ano, **com formação de taxa de juros compostos**, é possível estipular empréstimo pelo mesmo prazo, com juros de 12,6825% ao ano, **sem formação de taxa de juros compostos**. A quantia a ser paga a título de juros é **exatamente a mesma nos dois casos**. Não há impedimento legal à majoração proporcional da taxa de juros simples, já que tais taxas podem ser livremente pactuadas – ao menos no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.¹⁵

50. Portanto, respondendo à seguinte indagação posta pela própria Ministra Gallotti quando de sua decisão convocatória da Audiência Pública – “*Qual o conceito jurídico de capitalização de juros?*” –, tem-se que o Banco Central entende que os termos “capitalização”, “anatocismo”, “juros capitalizados”, “juros compostos”, “juros acumulados” têm o mesmo significado e referem-se à circunstância de serem os **juros vencidos e, portanto, devidos**, que se incorporam periodicamente ao saldo devedor; isto é, **não é o conceito matemático abstrato**, divorciado do decurso do tempo contratado para adimplemento da obrigação. Nesse sentido, o Decreto nº 22.626, de 1933, **não proíbe a técnica matemática de formação de taxa de juros compostos** (taxas capitalizadas), mas, sim, a capitalização de juros em sentido estrito (incorporação de juros devidos e vencidos ao capital, para efeito de incidência de novos juros), **em periodicidade inferior à anual**, prática esta restrita pelo art. 4º da Lei de Usura, conhecida como capitalização ou anatocismo.¹⁶

15 Veja-se outro exemplo, este imaginado pelo Professor José Dutra Vieira Sobrinho, utilizado pela Min. Gallotti para fundamentar seu voto-vista nos autos do REsp nº 973.827/RS, verbis: “*Esclarecedor o exemplo imaginado pelo Professor José Dutra Vieira Sobrinho: ‘O exemplo a seguir evidencia o absurdo que representa a proibição de se capitalizar juros. De acordo com o entendimento jurídico predominante, um empréstimo poderia ser contratado a juros de 1% ao mês, pelo prazo de um ano, desde que não capitalizado, o que totalizaria 12% no vencimento; entretanto, essa mesma operação não poderia ser contratada a juros compostos de 0,75% ao mês pelo mesmo prazo, embora o total no vencimento, de 9,38%, seja menor que o anterior’ (extraído do trabalho ‘Conflitos Judiciais Envolvendo Conceitos Básicos de Matemática Financeira’).*”

16 A essa mesma conclusão chegou a Min. Gallotti também nos autos do REsp nº 973.827/RS: “*Tomando por base essas premissas, concluo que o Decreto 22.626/33 não proíbe a técnica de formação de taxa de juros compostos (taxas capitalizadas), a qual, repito, não se confunde com capitalização de juros em sentido estrito (incorporação de juros devidos e vencidos ao capital, para efeito de incidência de novos juros, prática vedada pelo art. 4º do citado Decreto, conhecida como capitalização ou anatocismo).*”

A prática da capitalização de juros

51. Para além da mera formação matemática da taxa de juros compostos, a qual sempre foi permitida no ordenamento jurídico brasileiro para qualquer tipo de contrato, insta aclarar os limites da prática da capitalização de juros (anatocismo – juros sobre juros vencidos de não pagos).

52. Pois bem. Como já estudado, a norma geral é a permissão do anatocismo com periodicidade mínima anual, pois é exatamente o que diz o artigo 4º da Lei de Usura, *in verbis*:

“Art. 4º. É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.” (Destacou-se.)

53. Portanto, frise-se a regra geral: **o anatocismo é permitido (capitalização de juros vencidos e não pagos), caso a periodicidade seja anual ou superior, independentemente de pactuação expressa¹⁷**, nos diversos setores da economia em geral.

54. A exceção, que portanto deve ser restritivamente interpretada, é a proibição do anatocismo com periodicidade **inferior a um ano**, nos diversos setores da economia em geral.

55. Com relação ao Sistema Financeiro Nacional, especificamente, há uma exceção da exceção: a prática do anatocismo (capitalização de juros vencidos e não pagos) pode se dar em periodicidade **inferior à anual**, desde que expressa, nos exatos termos do art. 5º da MP nº 2.170-36, de 2001. Eis o teor do referido dispositivo legal:

17 Nesse exato sentido, confira-se o REsp nº 1.095.852-PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 14.3.2012, veiculado no Informativo nº 493 de jurisprudência do STJ (período: 12 a 23 de março de 2012): “A Seção entendeu que, para os contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), até a entrada em vigor da Lei n. 11.977/2009, não havia regra especial a propósito da capitalização de juros, de modo que incidia a restrição da Lei de Usura (art. 4º do Dec. n. 22.626/1933). Para tais contratos, não é válida a capitalização de juros vencidos e não pagos em intervalo inferior a um ano, permitida a capitalização anual, regra geral que independe de pactuação expressa. Ressalva do ponto de vista da Min. Relatora no sentido da aplicabilidade no SFH do art. 5º da MP n. 2.170-36, permissivo da capitalização mensal, desde que expressamente pactuada. Assim, no SFH os pagamentos mensais devem ser imputados primeiramente aos juros e depois ao principal nos termos do disposto no art. 354 do CC/2002 (art. 993 do CC/1916). Esse entendimento foi consagrado no julgamento pela Corte Especial do REsp 1.194.402-RS, submetido ao rito do art. 543-C. E, caso o pagamento mensal não seja suficiente para a quitação sequer dos juros, cumpre-se determinar o lançamento dos juros vencidos e não pagos em conta separada, sujeita apenas à correção monetária, com o fim exclusivo de evitar a prática de anatocismo.” (Destacou-se.)

“Art. 5º. Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

Parágrafo único. Sempre que necessário ou quando solicitado pelo devedor, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais.” (Destacou-se.)

56. Nesse mesmo sentido, tem-se a Súmula nº 539, desse STJ, *in verbis*:

“Súmula nº 539

É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada” (REsp 1.112.879, REsp 1.112.880 e REsp 973.827).

57. Analisando o transcrito art. 5º acima, a Min. Gallotti concluiu com precisão que a consequência jurídica da Medida Provisória foi permitir para o SFN não apenas o regime matemático de juros compostos (o qual já é permitido em todo o ordenamento jurídico), mas, sim, o anatocismo propriamente dito (capitalização de juros sobre juros vencidos e não pagos), em periodicidade inferior à anual. Senão, veja-se o seguinte excerto:

“Esta prática - capitalização de juros vencidos e não pagos – acabou admitida em nosso sistema jurídico, como regra nas operações bancárias, pela vigente MP 2.170-36, editada, como se verifica das informações do Banco Central, com o intuito de resolver a incerteza jurídica sobre a legalidade do sistema de juros compostos, comumente tratado como sinônimo de ‘capitalização de juros’, da qual se valiam maus pagadores, gerando o aumento do risco e, portanto, o aumento do spread e das taxas de juros, em prejuízo de todo o sistema financeiro.”

A consequência do texto da medida provisória foi permitir, como regra geral para o sistema bancário, não apenas o regime matemático de juros

compostos, mas o anatocismo propriamente dito, o qual também tem sua justificativa econômica, assim posta nas informações do Banco Central (fl. 325): (...)” (Destacou-se.)

58. Com relação ao Sistema Financeiro de Habitação, outra exceção da exceção, a prática do anatocismo (capitalização de juros vencidos e não pagos) pode se dar em periodicidade mínima mensal, nos precisos termos do art. 15-A da Lei nº 4.380, de 1964, com a redação dada pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Senão, veja-se o teor citado dispositivo legal:

“Art. 15-A. É permitida a pactuação de capitalização de juros com periodicidade mensal nas operações realizadas pelas entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH.”

59. Além dessas legislações concernentes ao SFN e ao SFH, outras leis ordinárias especiais podem afastar a regra geral da periodicidade mínima anual do anatocismo, prevista no art. 4º da Lei de Usura, conforme dispõe a Súmula nº 93 desse STJ¹⁸ e a Súmula nº 596 do STF.¹⁹

A capitalização de juros e a legalidade, em abstrato, da Tabela Price

60. Por tudo que foi visto até o presente momento, já se pode concluir que o uso da Tabela Price, em abstrato, **não é ilegal**, pois, no que pese haver a formação matemática da taxa de juros compostos, não há uma incidência intrínseca do anatocismo/capitalização de juros (juros sobre juros vencidos e não pagos). Entretanto, insta, por primeiro, ainda que resumidamente, conceituar o sistema de amortização Price.

18 Eis o teor da Súmula nº 93 desse STJ: “A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros.”. Sob essa ótica, eis algumas leis especiais que admitem o anatocismo (capitalização de juros vencidos e devidos) em periodicidade inferior à anual: Decreto-lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967 (Cédula de Crédito Rural – capitalização semestral); do Decreto-lei nº 413, de 9 de janeiro de 1969 (Cédula de Crédito Industrial – capitalização semestral); da Lei nº 6.313, de 16 de dezembro de 1975 (Cédulas e Notas de Crédito à Exportação – capitalização semestral); da Lei nº 6.840, de 3 de novembro de 1980 (Cédula de Crédito Comercial e Produto Rural – capitalização semestral)

19 Eis o teor da Súmula nº 596 do STF: “As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.”.

61. Sobre isso, bem define esse Sistema Price o autor Matheus Saccardo Gonçalves, na sua dissertação de mestrado “*Análise do método de Gauss como substituto dos principais sistemas de amortização no estudo da ocorrência de Anatocismo*”, dispondo que:

“2.3.1. Sistema Price

O sistema Price, mais discutido e utilizado no Brasil, é assim conhecido devido ao seu criador, o fazendeiro, ministro religioso Calvinista, disciplinador e puritano, Richard Price.

Mais conhecido pela sua veia teológica e filosófica que pelos seus teoremas, em 1769, a pedido da seguradora inglesa Equitable Society, publicou sua mais famosa obra: Northampton Mortality Table, posicionando de forma estatística a probabilidade de vida e morte da população local (NOGUEIRA, 2002).

Fundamentado nas tábuas de mortalidade, em 1771, Richard Price publica a obra Observations on Revisionary Payments que, dentre várias explicações sobre aritmética e estatística, traz principalmente as tabelas de juros compostos. Nesta publicação, expõe sua metodologia para o sistema de pagamentos periódicos e a fórmula que produz a recuperação do capital. Comumente igualado ao Sistema Francês de Amortização (SFA), na verdade é apenas uma variante deste, em que, a diferença básica consiste no sistema de Price trabalhar com taxas proporcionais e o SFA, com taxas equivalentes.

Neste sistema, as prestações (Pmt) são constantes e compostas de duas parcelas: amortização e juros. Os juros (i), de determinado período (n), são calculados, aplicando-se à taxa, ao saldo devedor do período anterior (n-1). A amortização (A) é obtida, subtraindo a parcela de juros da prestação. O saldo devedor é conhecido pela diferença do saldo anterior pela parcela de amortização. Sendo que neste sistema, o contraente paga nas parcelas iniciais, valores maiores de juros e menores de amortização, comparados a outros sistemas, como o Sistema de Amortização Constante (SAC).”²⁰

62. Pois bem. A conclusão de que a Tabela Price, em abstrato, atende, plenamente, ao requisito da legalidade, se dá, precipuamente, porque a restrição constante do art. 4º da Lei de Usura **não se refere à formação matemática da**

20 Gonçalves, Matheus Saccardo (2010). “*Análise do método de Gauss como substituto dos principais sistemas de amortização no estudo da ocorrência de Anatocismo*”, dissertação de mestrado na UNESP. Endereço eletrônico: http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/92997/goncalves_ms_me_bauru.pdf?sequence=1

taxa de juros simples ou compostos. Como já estudado, o que a Lei de Usura restringe, no art. 4º, é os juros sobre juros vencidos e não pagos (capitalização de juros ou anatocismo) com periodicidade mínima anual. Por isso, no que pese haver na fórmula do sistema Price a formação matemática da taxa de juros compostos, não há ocorrência, em abstrato, do anatocismo (capitalização de juros sobre juros) nesse sistema de amortização, independente da execução do contrato. Somente no curso do contrato, se houver o **inadimplemento** dos juros, é que poderá haver o anatocismo, a depender da incorporação deles ao saldo devedor. E, mesmo havendo anatocismo, para se concluir pela sua ilegalidade, cumpre verificar sua **periodicidade**, se se trata de contrato celebrado no âmbito do SFN, do SFH ou de outros com legislação específica, se foi expressamente pactuado.

63. A essa mesma conclusão chegou o Depep, do BC, ao analisar a sistemática da Tabela Price e a restrição ao anatocismo (juros sobre juros vencidos de não pagos em periodicidade inferior à legal). Veja-se:

“Gonçalves (2010) conclui que, embora a Tabela Price evolua a juros compostos, ela não apresenta anatocismo em seu fluxo normal de pagamentos:

A Tabela Price (...) obedeceu às três regras estabelecidas por Chaves (2002), para ser considerado como um sistema de amortização:

1º - O valor de cada prestação é composto por duas parcelas, uma delas é a devolução do principal ou parte dele, denominada Amortização; e a outra parcela são os juros que representam o custo do empréstimo;

2º - O valor dos juros de cada prestação são sempre calculados sobre o saldo devedor do empréstimo, aplicando a taxa de juros contratada;

3º - Primeiro, liquidaram-se os juros vencidos e segundo, liquidou-se parte do capital.

(...)

Em vista dos resultados e análises desenvolvidas, entende-se que, no método Price, não ocorre a prática ilegal do anatocismo, desde que respeitado o fluxo normal de pagamentos (grifo nosso).

Em outras palavras, a conclusão de que o método Price evolui a juros compostos não configura prática ilegal, como destaca Gonçalves (2010):

“A legislação brasileira proíbe contar juros sobre juros, assim, o que é vedado, é incorporar ao capital os juros vencidos e não pagos, já majorados anteriormente. Desta forma, por mais que se discuta o entendimento da lei,

ela não proíbe a cobrança mensal de juros, apenas visa evitar que os juros vencidos não sejam incorporados e capitalizados.”

Reforçando tal entendimento, Puccini (2014) comenta que no regime de juros compostos, se os juros do período são integralmente pagos no final do respectivo período, não existe a possibilidade fática de serem capitalizados e, portanto, não implicariam em anatocismo.” (Destacou-se.)

64. A Ministra Isabel Gallotti também não reputa razoável a proibição em abstrato da Tabela Price, conforme se vê da fundamentação ao voto-vista do REsp nº 973.827/RS, *in verbis*:

“Não me parece, data maxima vênia, favorável aos direitos do consumidor, ao princípio da transparência e à segurança jurídica, proscrever a Tabela Price, método amplamente adotado, há séculos, no mercado brasileiro e mundial, substituindo-a por fórmula desconhecida, insatisfatória, conforme reconhecido pelos esforçados autores que a conceberam, em nome de interpretação meramente literal e assistemática da Lei de Usura.”

65. Portanto, é de se concluir que, no entendimento do Banco Central, **o uso da Tabela Price, em abstrato, não é ilegal**, pois, no que pese haver a formação matemática da taxa de juros compostos, não há nela a intrínseca incidência do proscrito anatocismo (capitalização de juros sobre juros vencidos e não pagos em periodicidade inferior à legal).

Tipos de ocorrências que deve o perito apurar, em cada caso concreto que lhe é submetido, para que se possa afirmar se há, ou não, a prática vedada pela Lei de Usura, ou seja, o anatocismo (juros sobre juros vencidos e não pagos)

66. Insta rememorar, mais uma vez, que a prática restrita pelo art. 4º da Lei de Usura refere-se ao anatocismo (capitalização de juros vencidos e não pagos) em periodicidade inferior à anual; não havendo qualquer proibição com relação à formação matemática dos juros compostos – é dizer: a formação da taxa dos juros compostos é permitida pela legislação brasileira.²¹

21 Ressalve-se que a estipulação de uma taxa efetiva de juros pode ser considerada abusiva (ou seja, acima do limite legalmente estabelecido – e, como se sabe, tal limite depende do tipo de contrato –). Assim, constatando-se essa abusividade, tal taxa pode ser anulada pelo Poder Judiciário.

67. Além disso, se todas as prestações forem pontual e integralmente pagas em um dado contrato, não haverá capitalização ilegal, pois não haverá juros vencidos a incidir novos juros (isto é, os juros vencidos e devidos é pressuposto do conceito de anatocismo). Nesse exato sentido, veja-se a seguinte passagem do voto-vista da Min. Gallotti nos autos do REsp nº 973.827/RS:

“Não se cogita de capitalização, na acepção legal, diante da mera fórmula matemática de cálculo dos juros. Igualmente, não haverá capitalização ilegal, se todas as prestações forem pagas no vencimento. Neste caso, poderá haver taxa de juros exorbitante, abusiva, calculada pelo método simples ou composto, passível de revisão pelo Poder Judiciário, mas não capitalização de juros.” (Destacou-se.)

68. Assim, a ocorrência do anatocismo passa necessariamente pelo inadimplemento do contrato. Nesse caso (inadimplemento do contrato), e respondendo à seguinte indagação posta pela Min. Gallotti quando de sua decisão convocatória da Audiência Pública – *“que tipos de ocorrências que deve o perito apurar, em cada caso concreto que lhe é submetido, para que se possa afirmar se há, ou não, a prática vedada pela Lei de Usura, ou seja, o anatocismo (juros sobre juros vencidos e não pagos) –*, deverá o perito:

- **Apurar** se, durante a execução do contrato, houve **inadimplência** em relação a juros, e se estes foram incorporados ao saldo devedor, sobre o qual incidiram novos juros, caracterizando-se o **anatocismo propriamente dito**;
- **Verificar a periodicidade da incidência do anatocismo**: anual, mensal, diária, contínua;
- **Informar** que tipo de contrato se trata (SFN, SFH ou outro) e **atestar** se há **“prévia, expressa e clara previsão contratual”** de **“anatocismo propriamente dito”** ou expressão equivalente (“capitalização”, “juros compostos” ou “juros acumulados” sobre juros inadimplidos);
- **Atestar** se o credor apresentou *“planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais”* (art. 5º, par. único, da MP 2.170-36);
- *Ne sutor ultra crepidam.*

69. Com as respostas a esses quesitos, poderá o juiz então **decidir** sobre a **legitimidade do anatocismo**, verificando se a cobrança de juros sobre juros vencidos e não pagos se deu em **periodicidade inferior à legal**, atento para a regra geral, que admite anatocismo ano a ano, e suas exceções: no SFN, é admitido o anatocismo com qualquer periodicidade; no SFH, ele é admitido com periodicidade não inferior à mensal; e em outras leis ordinárias especiais, conforme elas disponham.

70. É de se observar, também, o entendimento jurisprudencial desse STJ no sentido **de se criar uma conta separada para contabilização dos juros vencidos e não pagos, sobre a qual incide apenas correção monetária**. Eis alguns precedentes:

“RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SFH. JUROS VENCIDOS E NAO PAGOS. CONTA SEPARADA. LEGALIDADE. ENCARGOS MENS AIS. IMPUTAÇÃO DO PAGAMENTO. ART. 354 CC 2002. ART. 993 CC 1916.

1. No âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, os pagamentos mensais devem ser imputados primeiramente aos juros e depois ao principal, nos termos do disposto no art. 354 Código Civil em vigor (art. 993 Código de 1916) e no Ato Normativo BNH 81/1969. Entendimento consagrado no julgamento, pela Corte Especial, do Recurso Especial nº 1.194.402-RS (Relator Min. Teori Albino Zavascki), submetido ao rito do art. 543-C.

2. Se o pagamento mensal não for suficiente para a quitação sequer dos juros, a determinação de lançamento dos juros vencidos e não pagos em conta separada, sujeita apenas à correção monetária, com o fim exclusivo de evitar a prática de anatocismo, encontra apoio na jurisprudência do STJ.

3. Recurso especial parcialmente provido para determinar a imputação dos pagamentos mensais primeiramente aos juros e depois ao principal da dívida.” (REsp nº 1.148.939/RS, Rel. Min. Isabel Gallotti)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. TABELA PRICE. CONTRATO COM COBERTURA DO FCVS. CDC. INAPLICABILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DEVEDOR. TR. POSSIBILIDADE. SEGURO E TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. VALORES ABUSIVOS. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. O Sistema Francês de Amortização, Tabela Price, não prevê, a priori, a incidência de juros sobre juros. Todavia, na hipótese de o valor da prestação ser insuficiente para cobrir a parcela relativa aos juros, pode ocorrer de o resíduo não pago ser incorporado ao saldo devedor e sobre ele virem a incidir

os juros da parcela subsequente, configurando-se anatocismo, vedado em nosso sistema jurídico.

2. Assim, para evitar a cobrança de juros sobre juros, os Tribunais pátrios passaram a determinar que o quantum devido a título de juros não amortizados fosse lançado em conta separada, sujeita somente à correção monetária. Tal providência não ofende o ordenamento jurídico brasileiro. (...)" (AgRg no REsp nº 933.928/RS, Rel. Min. Herman Benjamin)²²

71. Porém, ressalve-se que o anatocismo anual é permitido como regra geral. Assim, a criação de uma conta em separado apenas faz sentido no âmbito desse regime geral para que a correção possa ser feita em periodicidade inferior à anual (por exemplo, mensalmente). No âmbito do SFN e do SFH, tendo em vista as expressas exceções à regra geral, pode ocorrer o anatocismo mensal, caso em que se entende desnecessária a criação de uma conta em separado.

72. Portanto, a observação, pelo perito, da mera existência da formação matemática da taxa de juros compostos (**exponenciais ou não lineares**), por si só, **não contamina o contrato de ilegalidade**, devendo o perito ir além e apurar se houve no contrato o fenômeno do **anatocismo** e a sua **periodicidade**. Com as respostas a esses quesitos, poderá o **magistrado** então **decidir** sobre a **legitimidade do anatocismo**, verificando se a cobrança de juros sobre juros vencidos e não pagos se deu em **periodicidade inferior à legal**, atento para a regra geral, que admite anatocismo ano a ano, e suas exceções: no SFN, é admitido o anatocismo com qualquer periodicidade; no SFH, ele é admitido com periodicidade não inferior à mensal; e em outras leis ordinárias especiais, conforme elas disponham

A formação da taxa de juros simples e da taxa de juros compostos: racionalidade econômica²³

73. Aspecto crucial é que é **indiferente, sob o ponto de vista do custo do empréstimo, utilizar a formação matemática de taxa de juros simples ou de taxa de juros compostos**. Caso seja vedada a formação matemática de taxa de juros compostos, **bastaria aumentar proporcionalmente o valor da taxa de**

²² Também nesse sentido, confira-se: AgRg no REsp nº 954.113/RS, Rel. Min. Denise Arruda.

²³ Este capítulo foi integralmente transcrito, com pequenas adaptações, do roteiro de sustentação oral que o Procurador-Geral do Banco Central utilizou no julgamento dos REsp's nºs 973.827/RS e 1.003.530/RS, na Segunda Seção desse Superior Tribunal de Justiça, acerca do tema anatocismo.

juros simples, para se obter o mesmo resultado em termos de remuneração do capital: **taxa de juros efetiva**.

74. Por exemplo: em lugar de pactuar empréstimo pelo prazo de doze meses e juros de 12% ao ano, **com formação de taxa de juros compostos**, é possível estipular empréstimo pelo mesmo prazo, com juros de 12,6825% ao ano, **sem formação de taxa de juros compostos**. A quantia a ser paga a título de juros é **exatamente a mesma nos dois casos**. Não há impedimento legal à majoração proporcional da taxa de juros simples, já que tais taxas podem ser livremente pactuadas – ao menos no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

75. Pode-se indagar, então, qual a vantagem da formação matemática da taxa de juros compostos? A importância dessa metodologia está, na verdade, na **maneira como a informação é transmitida ao cliente**.

76. Isso ocorre porque, ao converter a taxa de juros compostos para uma taxa de juros simples, a cifra varia de acordo com a duração do contrato. Voltemos ao exemplo do contrato com taxa composta de 12% ao ano. Vimos que, **sem a sistemática composta**, a taxa correspondente **ao prazo de um ano** seria de 12,6825%. Já para o prazo de **dois anos**, a taxa equivalente seria de 12,6973%. Ou seja: **a mesma remuneração** (12% de taxa de juros compostos ao ano), **quando expressa com taxa de juros simples**, é representada por cifras diferentes, a depender da duração do contrato. Ou seja, **não há uniformidade**.

77. A metodologia matemática de cálculo de taxa de juros compostos permite, ao contrário, **a padronização na informação sobre a taxa dos juros**, viabilizando, assim, o **cotejo entre taxas cobradas por diferentes bancos**. Afinal, os bancos podem apresentar taxas de juros distintas para diferentes prazos. Ao comparar taxas **padronizadas** cobradas por diferentes bancos, o cliente pode efetuar escolhas conscientes, ampliando a competição entre bancos e a eficiência do sistema financeiro.

78. Um outro exemplo, para bem compreender a importância da padronização. Suponha-se que um cliente se depara com duas ofertas de empréstimo, ambas calculadas com **formação de taxa de juros simples**. Uma, pelo prazo de três meses, à taxa mensal de 1,5226%. Outra, pelo prazo de doze meses, à taxa mensal de 1,6301%. Qual é o empréstimo mais vantajoso? Na verdade, **ambas as taxas correspondem à formação de taxa de juros compostos de 1,5% ao mês**. Se o cliente, impressionado pela menor cifra, escolhesse o

primeiro empréstimo, ficaria em condições piores, pois pagaria a mesma taxa por um empréstimo de menor prazo.

79. Além de permitir a padronização de informações, **o emprego da formação de taxas de juros compostos tende a ampliar o prazo dos empréstimos**. Se, por exemplo, um banco é impedido de fixar taxa de juros compostos, sua tendência será conceder empréstimos pelo prazo de um mês, exigindo o pagamento integral no término desse prazo. No limite, **a vedação à formação da taxa de juros compostos estimula contratos de curto prazo**, com efeitos deletérios para a disponibilidade de crédito na economia.

80. Ademais, há um **fator psicológico** importante. Taxa de juros simples proporcionais à taxa dos juros compostos apresentam cifras crescentes ao longo do tempo, transmitindo a falsa impressão de que, quanto maior o prazo do empréstimo, maior seu custo. O cliente, portanto, se sentirá **desestimulado a tomar empréstimos com prazos mais longos, na suposição equivocada de que os custos são maiores**, deixando, portanto, de contratar em melhores condições.

V – CONCLUSÕES²⁴

81. Diante do exposto, pode-se concluir que, considerando as disposições do art. 4º da Lei de Usura, tem-se como **regra geral que o anatocismo é permitido (capitalização de juros vencidos e não pagos), caso a periodicidade seja anual ou superior, independentemente de pactuação expressa**, nos diversos setores da economia em geral.

24 Veja-se, também, as valiosas conclusões retiradas do voto-vista da Min. Gallotti nos autos do REsp nº 973.827/RS, *in verbis*: “Conclui-se, portanto, que a capitalização de juros vedada pela Lei de Usura e permitida, desde que pactuada, pela MP 2.170-36, diz respeito às vicissitudes concretamente ocorridas ao longo da evolução do contrato. Se os juros pactuados vencerem e não forem pagos, haverá capitalização (anatocismo, cobrança de juros capitalizados, de juros acumulados, de juros compostos) se estes juros vencidos e não pagos forem incorporados ao capital para sobre eles fazer incidir novos juros. Não se cogita de capitalização, na acepção legal, diante da mera fórmula matemática de cálculo dos juros. Igualmente, não haverá capitalização ilegal, se todas as prestações forem pagas no vencimento. Neste caso, poderá haver taxa de juros exorbitante, abusiva, calculada pelo método simples ou composto, passível de revisão pelo Poder Judiciário, mas não capitalização de juros.

Pode haver capitalização na evolução da dívida de contrato em que pactuado o regime de juros simples ou o regime de juros compostos. Isso poderá ocorrer, entre outras situações, em caso de inadimplência do mutuário, quando os juros vencidos e não pagos, calculados de forma simples ou composta, forem incorporados ao capital (saldo devedor) sobre o qual incidirão novos juros.”

82. A **exceção**, que portanto deve ser restritivamente interpretada, é a **proibição do anatocismo com periodicidade inferior a um ano**, nos diversos setores da economia em geral.

83. Com relação ao **Sistema Financeiro Nacional**, especificamente, há uma exceção da exceção: a prática do anatocismo (capitalização de juros vencidos e não pagos) pode se dar em **periodicidade inferior à anual**, desde que expressa, nos exatos termos do art. 5º da MP nº 2.170-36, de 2001 e da Súmula nº 539, desse STJ.

84. Com relação ao **Sistema Financeiro de Habitação**, outra exceção da exceção, a prática do anatocismo (capitalização de juros vencidos e não pagos) pode se dar em **periodicidade mínima mensal**, nos precisos termos do art. 15-A da Lei nº 4.380, de 1964, com a redação dada pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.

85. Além dessas legislações concernentes ao SFN e ao SFH, outras **leis ordinárias especiais** podem afastar a regra geral da periodicidade mínima anual do anatocismo, prevista no art. 4º da Lei de Usura, conforme dispõe a Súmula nº 93 desse STJ e a Súmula nº 596 do STF.

86. Insta dispor o que a **Lei de Usura não proibiu**: os conceitos **abstratos de matemática financeira**, quais sejam, a formação da própria “**taxa de juros simples**” e da “**taxa de juros compostos**”.

87. Respondendo, **objetivamente**, a cada uma das questões postas pela Ministra Gallotti quando da decisão convocatória da Audiência Pública, tem-se:

a. “*Haveria identidade, no sistema jurídico vigente, entre os termos ‘capitalização de juros’, ‘anatocismo’, ‘juros compostos’?*”

R.: sim, juridicamente, há identidade.

b. “*Qual o conceito jurídico de capitalização de juros?*”

R.: Está ligado à circunstância de serem os juros vencidos e, portanto, devidos, que se incorporam periodicamente ao saldo devedor; podem ser usados para se referir à restrição constante do art. 4º da Lei de Usura – e, portanto, podem ser ilegais ou permitidos, a depender da periodicidade e do tipo de contrato; porém, insta esclarecer o que a referida lei não restringiu: os conceitos abstratos de matemática financeira, quais sejam, a formação da própria “**taxa de juros simples**” e da “**taxa de juros compostos**”.

- c. “Que tipo de ocorrência deve o perito apurar, em cada caso concreto que lhe é submetido, para que se possa afirmar se há, ou não, a prática vedada pela Lei de Usura?”

R.: Deverá o perito:

- **Apurar** se, durante a execução do contrato, houve **inadimplência** em relação a juros, e se estes foram incorporados ao saldo devedor, sobre o qual incidiram novos juros, caracterizando-se o **anatocismo propriamente dito**;
- **Verificar a periodicidade da incidência do anatocismo**: anual, mensal, diária, contínua;
- **Informar** que tipo de contrato se trata (SFN, SFH ou outro) e atestar se há “**prévia, expressa e clara previsão contratual**” de “**anatocismo propriamente dito**” ou expressão equivalente (“capitalização”, “juros compostos” ou “juros acumulados” sobre juros inadimplidos);
- **Atestar** se o credor apresentou “*planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais*” (art. 5º, par. único, da MP 2.170-36);
- *Ne sutor ultra crepidam.*

Com as respostas a esses quesitos, poderá o juiz então **decidir** sobre a **legitimidade do anatocismo**, verificando se a cobrança de juros sobre juros vencidos e não pagos se deu em **periodicidade inferior à legal**, atento para a regra geral, que admite anatocismo ano a ano, e suas exceções: no SFN, é admitido o anatocismo com qualquer periodicidade; no SFH, ele é admitido com periodicidade não inferior à mensal; e em outras leis ordinárias especiais, conforme elas dispõem.

- d. “A proibição legal dirige-se apenas à cobrança de novos juros sobre juros vencidos e não pagos, ou compreende a própria formação da taxa efetiva de juros, por meio do uso da técnica matemática de juros compostos?”

R.: A restrição legal constante do art. 4º da Lei de Usura dirige-se,

apenas, à capitalização de juros/anatocismo na acepção da cobrança de novos juros sobre juros vencidos e não pagos em periodicidade inferior à anual. Portanto, **não** compreende a própria formação da taxa efetiva de juros, por meio do uso da técnica matemática de juros compostos, a qual é legítima.

Brasília, 26 de fevereiro de 2016.

BERNARDO HENRIQUE DE M. HECKMANN

Procurador do Banco Central

Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes (Cojud)

OAB/PE 36.971

ERASTO VILLA-VERDE DE CARVALHO FILHO

Subprocurador-Geral do Banco Central

Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal (CC2PG)

OAB/DF 9.393

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

