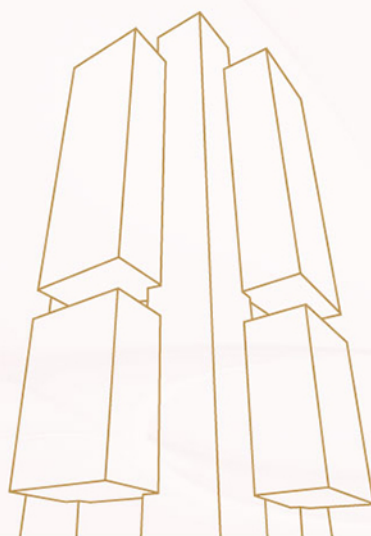




Volume 11 – Número 1  
Junho 2017

**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. 11, n. 1, jun. 2017. Brasília: BC, 2017.

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  
Telefones: (61) 3414-1220 e 3414-2946  
*E-mail:* revista.pgbc@bcb.gov.br



**BANCO CENTRAL DO BRASIL**

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

Volume 11 • Número 1 • Junho 2017

**Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**  
**Volume 11 • Número 1 • Junho 2017**

**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, SP

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

**Conselheiros**

Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – Centro Universitário de Brasília, DF

Dr. Edil Batista Junior – Banco Central, PE

Me. Gustavo José Marrone de Castro Sampaio – Advogado, SP

Me. Lademir Gomes da Rocha – Banco Central, RS

Dr. Marcelo Labanca Correa de Araújo – Banco Central, PE

Dr. Vincenzo Demétrio Florenzano – Banco Central, MG

Me. Jefferson Siqueira de Brito Álvares – Fundo Monetário Internacional

Me. Yuri Restano Machado – Representante indicado por entidade representativa dos Procuradores do Banco Central – Banco Central, RS

**Consultores**

Dra. Camila Villard Duran – Universidade de São Paulo, SP

Me. Cassiomar Garcia Silva – Banco Central, DF

Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido – Universidade Federal de Minas Gerais, MG

Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP

Dr. Flavio José Roman – Banco Central, DF

Dr. João Alves Silva – Banco do Brasil

Dra. Luciane Moessa de Souza – Banco Central, DF

Dr. Marcelo Andrade Féres – Procuradoria Federal no Estado de Minas Gerais, MG

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

Dr. Marcos Aurélio Pereira Valadão – Universidade Católica de Brasília, DF

Dr. Marcus Faro de Castro – Universidade de Brasília, DF

Dr. Ney Fayet Júnior – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS

Dr. Rubens Beçak – Universidade de São Paulo, SP

Dr. 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**

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

## **Procurador-Geral Adjunto da Seção de Consultoria e Representação Extrajudicial**

Marcel Mascarenhas dos Santos

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

Flavio José Roman

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

César Cardoso

## **Subprocuradora-Geral da Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro**

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

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

Eliane Coelho Mendonça

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

Alexandre Forte Maia

## **Subprocurador-Geral da Câmara de Consultoria Monetária e Representação Extrajudicial**

Nelson Alves de Aguiar Júnior

### **Procurador-Chefe da Procuradoria Especializada de Consultoria Internacional, Monetária e em Regimes Especiais**

Igor Arruda Aragão

### **Procuradora-Chefe da Procuradoria Especializada de Representação Extrajudicial e Assuntos Penais**

Kátia Cilene de Carvalho

## **Subprocurador-Geral da Câmara de Consultoria Administrativa**

Leonardo de Oliveira Gonçalves

### **Procuradora-Chefe da Procuradoria Especializada de Consultoria Administrativa**

Chiarely Moura de Oliveira

## **Subprocurador-Geral da Câmara de Contencioso Judicial e Dívida Ativa**

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho

**Procurador-Chefe da Procuradoria Especializada de Processos da Dívida Ativa e Execução Fiscal**  
Marcus Vinícius Saraiva Matos

**Procurador-Chefe da Procuradoria Especializada de Processos Judiciais Relevantes**  
Lucas Farias Moura Maia

**Procurador-Chefe da Procuradoria de Contencioso Judicial do Banco Central no Distrito Federal**  
Ériton Bittencourt de Oliveira Rozendo

**Subprocurador-Geral da Câmara de Supervisão Regional**  
Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado

**Procurador-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central em Minas Gerais**  
Leandro Novais e Silva

**Procuradora-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central no Paraná**  
Fernanda Rosa de Oliveira Rodrigues

**Procurador-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central em Pernambuco**  
Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

**Procuradora-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central no Rio de Janeiro**  
Fátima Regina Maximo Martins Gurgel

**Procurador-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central no Rio Grande do Sul**  
Guilherme Centenaro Hellwig

**Procuradora-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central em São Paulo**  
Tânia Nigri

**Gerente-Geral de Gestão Legal**  
Leonardo Campos Coutinho

**Gerente da Gerência de Gestão e Planejamento**  
Alessandra Barros Monteiro

**Gerente da Gerência de Registros Jurídicos e Controles Financeiros**  
Iuri David Iunes

# Sumário

## Editorial

### Nota da Edição

*Leandro Novais e Silva* \_\_\_\_\_ 11

## Artigos

### Perspectivas Interdisciplinares de Abordagem dos Contratos: notas sobre a Análise Econômica do Direito e a Análise Jurídica da Política Econômica

*Elvira Carolina Moreira de Rezende* \_\_\_\_\_ 15

### Breves Considerações sobre a Fórmula de Hand e sua Aplicação à Responsabilidade dos Agentes Públicos

*Flávio Garcia Cabral e Dafne Reichel* \_\_\_\_\_ 37

### Direito do Consumidor Bancário em Perspectiva: os avanços do direito material e os desafios do direito processual

*Adisson Leal e João Paulo Resende Borges* \_\_\_\_\_ 57

### Instituições Financeiras Cooperativas e a Defesa do Consumidor: lineamentos estratégicos para contorno da equivocada jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça

*Ronaldo Gaudio* \_\_\_\_\_ 87

A Controvertida Relação entre as Receitas Financeiras e a Base de Cálculo do PIS e da Cofins Incidente sobre Instituições Financeiras no Regime Cumulativo  
*André Mendes Moreira e Vinícius Simões Borges Espinheira Fonseca* \_\_\_\_ 121

Desempenho no Judiciário: um modelo de análise empírica das decisões judiciais  
*Sérgio Freitas da Silva* \_\_\_\_\_ 153

Autorização Prévia para Atuar como Dirigente de Instituição do Sistema Financeiro Nacional: análise de suas transformações desde a Constituição de 1988 à luz da teoria da regulação  
*Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos* \_\_\_\_\_ 173

*El Control de Convencionalidad: una visión desde el ordenamiento jurídico de Costa Rica*  
*Haideer Miranda Bonilla* \_\_\_\_\_ 211

## **Pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central**

Parecer Jurídico 167/2016-BC/PGBC  
Parecer que examina questões jurídicas relacionadas à proposta de ato normativo do Conselho Monetário Nacional, versando sobre a disciplina da abertura e do encerramento de contas de depósitos por meio eletrônico.  
*Alexandre Forte Maia, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e Isaac Sidney Menezes Ferreira* \_\_\_\_\_ 263

Parecer Jurídico 748/2016-BC/PGBC  
Parecer que analisa proposta de ato normativo, contemplando alterações à Circular nº 3.682, de 4 de novembro de 2013, sobre arranjos de pagamentos pendentes de autorização do Banco Central do Brasil para funcionamento.  
*Viviane Neves Caetano, Diana Loureiro Maciel de Moura e Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira* \_\_\_\_\_ 275

Parecer Jurídico 788/2016-BC/PGBC

Parecer que examina proposta de resolução do Conselho Monetário Nacional, dispondo sobre o financiamento do saldo devedor da fatura de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pago.

*Murilo Santos Ramos, Alexandre Forte Maia, Eliane Coelho Mendonça,  
Leonardo de Oliveira Gonçalves e Cristiano de Oliveira Lopes Cozer* \_\_\_\_ 305

Parecer Jurídico 221/2017-BC/PGBC

Parecer em mandado de segurança, que defende a legalidade de ato, praticado por Gerente-Técnico do Departamento de Organização do Sistema Financeiro do Banco Central no Rio de Janeiro, referente ao indeferimento da eleição do impetrante para o cargo de conselheiro de administração do Banco do Estado do Espírito Santo (Banestes).

*Luís Copetti Medeiros, Luiz Sérgio Zenha de Figueiredo e Fátima Regina  
Maximo Martins Gurgel* \_\_\_\_\_ 317

**Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do  
Banco Central**\_\_\_\_\_ 333



## Nota da Edição

O primeiro número da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central em 2017, celebrando a reclassificação e ascensão da Revista para o nível B2 do Qualis, preserva a qualidade do debate do direito econômico, com ênfase em regulação financeira, apresentando temas da Análise Econômica do Direito, novas perspectivas do direito do consumidor bancário, além de temas atinentes à responsabilidade dos agentes públicos e de tributação das instituições financeiras. A revista traz, ainda, artigo de um autor convidado.

Dois artigos utilizam a Análise Econômica do Direito em suas abordagens. O primeiro, de Elvira Carolina Moreira de Rezende, investiga as possibilidades interdisciplinares da Análise Econômica do Direito (AED) e da Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE) na aplicação sobre a atividade contratual. O caminho percorrido evidencia potencialidades e eventuais limites das metodologias. O segundo, de Sérgio Freitas da Silva, aplica empiricamente a metodologia da economia para analisar decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal sobre o *Habeas Corpus*, ou seja, uma análise empírica do desempenho do judiciário. Os resultados revelam que a linha decisória não está associada ao órgão de julgamento, mas está significativamente relacionada ao relator, à unidade federativa e ao tempo da vigência.

Dois outros artigos cuidam do direito do consumidor bancário. O primeiro, de Adisson Leal e João Paulo Resende Borges, cuida do descompasso entre o direito material consumerista e o direito processual coletivo. Os autores sustentam que os avanços do direito material, com o destaque para a boa-fé objetiva, não foram acompanhados de respectivas evoluções quanto à tutela coletiva. Investigam, assim, se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, pode enfrentar esse descompasso. O segundo, de Ronaldo Gaudio, utiliza elementos da estrutura econômica das cooperativas, na perspectiva do direito do consumidor, para indicar equívocos

na jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema do direito cooperativo, e propõe algumas soluções para o problema.

O tema de matiz essencialmente de regulação do sistema financeiro é explorado por Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos, ao investigar a evolução da disciplina jurídica da autorização prévia para atuar como dirigente de instituição financeira. O autor aponta as alterações no regime de autorização a partir da Constituição de 1988, revelando tendências gerais da regulação financeira, ampliando-se o espaço de apreciação discricionária do Banco Central.

Ainda sobre as instituições financeiras, André Mendes Moreira e Vinícius Simões Borges Espinheira Fonseca se debruçam sobre a controvertida definição da base de cálculo da Contribuição para o Programa de Integração social (PIS) e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) incidentes sobre o faturamento das instituições financeiras no regime cumulativo. Os autores analisam o tema em especial após a edição da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, apresentam o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) e evidenciam o equívoco da tributação anterior à legislação e como a contribuição sobre o faturamento deve ser entendida agora.

No tema atinente à Administração Pública, Flávio Garcia Cabral e Dafne Reichel analisam o clássico julgado *United States vs. Carroll Towing Company*, no qual foi construída a “fórmula de Hand”, em referência ao juiz norte-americano, para verificar a responsabilidade civil em casos de negligência. Os autores investigam a possibilidade de aplicação da fórmula para responsabilização de agentes públicos no ordenamento jurídico brasileiro, atentando para as características de uma relação de Direito Público.

Como autor estrangeiro convidado, a Revista publica o artigo de Haideer Miranda Bonilla, que trata do controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e sua implementação no ordenamento jurídico da Costa Rica. Além dos antecedentes históricos, das características e dos efeitos do controle, o autor aborda os desafios de implementação em sede nacional e de criação de padrões mínimos de tutela.

Por fim, no que toca às manifestações jurídicas da PGBC, a temática se mostra igualmente variada, com assuntos da ordem do dia. Perpassa parecer sobre a disciplina de abertura e encerramento de contas de depósito por meio eletrônico, além de parecer sobre os arranjos de pagamento pendentes de

autorização para funcionamento do Banco Central, nos termos da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, até manifestação sobre minuta de ato normativo acerca do financiamento do saldo devedor da fatura de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos.

Estabelecido o roteiro, desejo a todos ótima leitura.

**Leandro Novais e Silva**

Editor Chefe



# Perspectivas Interdisciplinares de Abordagem dos Contratos: notas sobre a Análise Econômica do Direito e a Análise Jurídica da Política Econômica

Elvira Carolina Moreira de Rezende\*

*Introdução. 1 Análise Econômica do Direito: algumas formulações teóricas para a compreensão dos contratos. 2 A atividade contratual sob a ótica da Análise Jurídica da Política Econômica. 3 Considerações acerca dos movimentos propulsores da interdisciplinaridade. 4 Iniciativas interdisciplinares de análise jurídica dos contratos: potencialidades e limites no escopo da Análise Econômica do Direito e da Análise Jurídica da Política Econômica. Conclusão.*

## Resumo

O presente artigo analisa um fenômeno que vem remodelando o direito contemporâneo, qual seja, a sua abertura interdisciplinar para conteúdos oriundos de diversas áreas do conhecimento (economia, finanças, sociologia, ciência política, entre outras). Nas duas primeiras seções, é feito um levantamento dos principais aportes fornecidos, respectivamente, pela Análise Econômica do Direito (AED) e pela Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE), para fins da análise jurídica da atividade contratual. Na seção 3, são examinados distintos movimentos propulsores da interdisciplinaridade, com vistas a identificar, já

---

\* Procuradora da Fazenda Nacional. Ex-Assessora da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (SAJ/CC-PR). Mestranda em Administração Pública pela Universidade de Brasília (UNB). Pós-graduada em Direito Público. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Administração Pública, com especialização em políticas públicas e gestão governamental, pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro (EG/FJP).

na seção seguinte, o modelo que tem preponderado no âmbito de cada uma das matrizes teóricas em destaque. Ao final, são promovidas reflexões sobre as possibilidades metodológicas para a abertura interdisciplinar do direito, com o fito de evidenciar algumas potencialidades e limites que se apresentam aos juristas nesse percurso.

**Palavras-chave:** Interdisciplinaridade. Contratos. Análise Econômica do Direito. Análise Jurídica da Política Econômica.

***Interdisciplinary perspectives of approach to contracts: notes about the Law and Economics and the Legal Analysis of Economic Policy***

***Abstract***

*This article aims to analyse one phenomenon that is transforming Contemporary Law, which is, it's interdisciplinary opening to themes studied by different fields of knowledge (like Economy, Sociology and Political Science, for instance). In the first two sections, it will be made a survey on the main contributions provided, respectively, by the Law and Economics and the Legal Analysis of Economic Policy, for purposes of legal analysis of contract activity. Later, on the third section, it will be examined the different propulsive movements of the interdisciplinarity, in order to identify, in the next section, the model that has prevailed within each of the highlighted theoretical frameworks. At the end, reflections on the methodological possibilities for interdisciplinary opening of Law are promoted with the intent to demonstrate some possibilities and limitations that are presented to operators and intellectuals of the law in this route.*

**Keywords:** Interdisciplinarity. Contracts. Law and Economics. Legal Analysis of Economic Policy.

## Introdução

Seria possível a um consultor jurídico analisar e criticar atos normativos que regulamentam as políticas monetária e cambial do país, sem compreender as nuances econômicas e financeiras que determinam as escolhas de governo? A assessoria jurídica da Administração Pública, incumbida do exame e da aprovação das minutas de editais de licitação e de contratos administrativos<sup>1</sup>, seria capaz de contribuir, efetivamente, para a garantia da higidez e da eficiência das compras governamentais, ignorando questões ligadas às finanças públicas? O papel da advocacia pública no controle *ex ante* das políticas públicas poderia ser empreendido sem que o advogado averigue aspectos sociais, políticos e econômicos a elas subjacentes?

Essas e outras questões vêm causando inquietude entre aqueles que suscitam uma posição mais crítica e transformadora da argumentação, do raciocínio e do ensino jurídicos. Nesse último caso, despontam questionamentos acerca da sustentabilidade do método dogmático tradicional, que tem se voltado exclusivamente à exposição de postulados intrínsecos ao direito, desconsiderando a relevância do intercâmbio dos saberes jurídicos com conhecimentos emanados por disciplinas externas (a exemplo, economia, finanças, sociologia e ciência política), mas igualmente elucidativos para o exame dos fenômenos submetidos ao crivo do direito<sup>2</sup>.

Muito mais do que memorizar teorias gerais, classificações e conceitos de institutos jurídicos, o estudante de direito talvez precise estar atento à possibilidade de analisar criticamente o objeto desse curso e sob distintas óticas, linguagens e interesses<sup>3</sup>. A norma jurídica tem demandado explicações que extrapolam os limites do direito, em face das complexas transformações sociais e tecnológicas que se pulverizam na sociedade contemporânea. O isolamento dos saberes jurídicos, que por anos vem circunscrevendo o modelo do *civil*

---

1 Trata-se de atribuição legal conferida à advocacia pública, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

2 Nesse rol, não é possível se ater aos clássicos atos e contratos jurídicos nominados. À avaliação do profissional jurídico vêm sendo submetidas diversas políticas públicas e econômicas (de dimensão internacional, inclusive), contratos inominados de variados tipos, novos e complexos arranjos para o sistema financeiro mundial, entre outros objetos da análise jurídica contemporânea.

3 Essa mesma observação estende-se aos cursos de capacitação em temas jurídicos, que são usualmente promovidos pelos órgãos da Administração Pública.

*law*, parece não mais encontrar base de sustentação, em um contexto que vem exigindo manifestações cada vez mais críticas.

Emerge, nesse cenário, a necessidade de investigar algumas problemáticas decorrentes do uso da interdisciplinaridade no universo do direito, com vistas a desmistificar certos dogmas e a fomentar reflexões sobre as potencialidades e os limites da referida abertura interdisciplinar. Ao longo desse artigo, pretende-se perquirir tais objetivos com enfoque específico nas iniciativas promovidas pela Análise Econômica do Direito (AED – *Law and Economics*) e pela Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE), para fins da abordagem do fenômeno contratual.

Como será visto, o termo interdisciplinaridade não comporta um sentido unívoco e definitivo. A literatura especializada aponta para a existência de diferentes vertentes de sua aplicação, a depender da forma com que as disciplinas “alienígenas” são recepcionadas. Tal evidência pode ser percebida nas incursões interdisciplinares vivenciadas no âmbito da AED e da AJPE, nas quais, conforme será abordado, o direito ora é visto em relação de subordinação, ora de coordenação, perante as diversas matérias convidadas ao diálogo.

No que se segue, inicialmente, serão apresentadas algumas propostas analíticas de maior realce para a abordagem dos contratos, que foram desenvolvidas no escopo da AED<sup>4</sup>. Já na segunda seção, o estudo debruça-se sobre as contribuições fornecidas pela AJPE para a compreensão do tema. Nas duas seções seguintes, serão investigadas, primeiramente, as variações semânticas do termo interdisciplinaridade, para que, posteriormente, seja possível identificar os pontos de convergência e de dissonância das propostas interdisciplinares preponderantes em ambos os casos.

---

<sup>4</sup> Considerando os limites e os objetivos específicos desse estudo, não será possível examinar todo o vasto conjunto de teorias desenvolvidas no âmbito da AED, mas somente as propostas analíticas que têm sido abordadas de forma mais recorrente para a análise do fenômeno contratual.

## 1 Análise Econômica do Direito: algumas formulações teóricas para a compreensão dos contratos

No rol das matrizes teóricas que examinam a relação entre o direito e a economia, a AED, iniciada nos Estados Unidos, nos anos 1960, ainda hoje vem angariando novos adeptos e pesquisadores. Segundo Pacheco (1994), a AED pode ser definida como um movimento contemporâneo, que combina as ciências econômica e jurídica, numa tentativa de estudo interdisciplinar. Para o mesmo autor, sua característica central gira em torno da aplicação da teoria microeconômica neoclássica à análise e à reformulação das instituições particulares e, igualmente, do sistema jurídico como um todo.

Alvarez (2006) observa que o movimento acadêmico propulsor da AED não é homônimo e ressalta, inclusive, que a iniciativa congrega várias tendências. Conforme o autor, uma primeira vertente, ligada à Escola de Chicago, é denominada “conservadora” e tem como figura central Richard Posner, acompanhado por Landes, Schwartz, Kitch, Easterbrook, entre outros. A vertente “liberal-reformista”, consoante Alvarez (2006), tem em Calabresi seu nome mais representativo, sendo composta ainda por autores como Polinsky, Ackermann, Korhnhauser e Coleman. Por fim, o autor lista a corrente “neoinstitucionalista”, que se separa das anteriores tanto na temática quanto na metodologia e tem por expoentes Schmid, Samuels, Mercúrio, Williamson, entre outros<sup>5</sup>.

Com base nos pressupostos da AED, diversas proposições teóricas de abordagem dos contratos foram (e vêm sendo) desenvolvidas. A despeito de seus direcionamentos específicos, é possível verificar, no conjunto dessas formulações, o intento de analisar os fenômenos subjacentes à negociação e à execução dos contratos sob uma perspectiva interdisciplinar, que busca aproximar a ciência jurídica dos postulados da microeconomia, consoante passa-se a expor.

Segundo Zylbersztajn e Sztajn (2005), a teoria econômica não discutiu o tema dos contratos por muitos anos. Na leitura dos autores, foi a partir do trabalho de Ronald Coase que economistas e cientistas das organizações foram influenciados a examinar o papel dos contratos, como forma de regulação das transações, para além do sistema de preços, análise que até então vigorava. Para esses autores,

---

5 Os expoentes da AED listados acima foram referenciados por Alvarez (2006), não tendo a autora realizado a consulta específica da obra de cada um deles.

ao estudar o fenômeno da firma Coase abriu caminho para que lhe fosse dado um tratamento mais realista, a partir do qual a firma é tomada como um feixe particular de contratos, coordenados pelas limitações do ambiente institucional e pelos objetivos estratégicos que as norteiam.

Zylbersztajn e Sztajn (2005) sustentam ainda que o trabalho de Coase inaugurou o estudo das condições sob as quais os custos de transação<sup>6</sup> deixam de ser desprezíveis e passam a ser um elemento relevante nas decisões dos agentes econômicos, contribuindo para se determinar a forma de alocação mais eficiente dos recursos. Ainda segundo os autores, a análise dessas condições e das consequências dos custos de transação para a eficiência econômica constitui justamente o objeto da designada **Teoria dos Custos de Transação**.

Williamson (1985) divide os custos de transação em dois grupos: custos *ex ante* e custos *ex post*. Segundo ele, existem custos *ex ante* de negociar e de fixar as contrapartidas e salvaguardas de um contrato, os quais se intensificam nas situações em que é difícil determinar as precondições para que a transação seja efetuada dentro dos parâmetros almejados. Já os custos *ex post*, para o autor, estão ligados às tarefas de monitoramento, renegociação e adaptação dos termos contratuais às circunstâncias fáticas supervenientes.

Fiani (2002) salienta que a unidade básica de análise dos custos de transação é o contrato, observando que, se, no âmbito da microeconomia, tais ajustes não envolvem custos, em face da suposta simetria de informação, no escopo da teoria dos custos de transação nega-se a ideia de que exista uma paridade de informações entre as partes contratantes. À análise é incorporada, na visão do autor, uma série de hipóteses que tornam significativos os custos de informação, a exemplo da racionalidade limitada<sup>7</sup>, da complexidade e incerteza do ambiente<sup>8</sup>, do oportunismo e da especificidade dos ativos.

6 Conforme Zylbersztajn e Sztajn (2005), os custos de transação são aqueles não diretamente associados à atividade produtiva em si, mas custos relacionados às formas pelas quais as transações econômicas são determinadas. Nessa perspectiva, podem ser elencados, por exemplo, custos ligados à coleta de informações, negociação e elaboração de contratos.

7 A racionalidade limitada incorporada à análise dos contratos tem como ponto de partida os estudos de Herbert Simon. Para Simon (1976), o comportamento humano, ainda que intencionalmente racional, enfrenta limitações de fundamentos neurofisiológicos e de linguagem, que acabam restringindo a capacidade humana de processar e de transmitir informações. Caso pudéssemos nos valer da racionalidade ilimitada, os contratos poderiam contar com um desenho capaz de incorporar saídas adequadas para as mais variadas circunstâncias fáticas futuras.

8 Consoante Fiani (2002), ambientes simples, ainda que com racionalidade limitada, não impõem grandes dificuldades à atividade contratual, porque as restrições de racionalidade das partes não são atingidas. Quanto mais complexo e incerto for o ambiente, mais custosa será a descrição da árvore de decisões, de modo a impedir que os agentes possam especificar, antecipadamente, as respostas para as diversas circunstâncias que afetam a negociação e a execução dos contratos.

A questão da **assimetria de informação**, segundo Azevedo (2005), parte da suposição de que os contratantes não detêm o mesmo conjunto de informações, o que implica distorções no desempenho econômico das avenças negociadas. Diante disso, o autor preconiza que dispor de informações relativas aos produtos, direitos de propriedade e prognósticos de outras empresas é condição essencial para minimizar as dificuldades enfrentadas no desenho e no cumprimento dos contratos. Ainda para Azevedo (2005), a informação assimétrica pode determinar a não efetivação de relações econômicas socialmente desejáveis, culminando na dita “seleção adversa”, ou em práticas contrárias ao que foi antes pactuado, as quais são tratadas como “risco moral”.

A **seleção adversa** ocorre na presença de comportamentos oportunistas na fase pré-contratual. Azevedo (2005) aponta que negociações, antes mesmo da celebração do contrato, podem ser prejudicadas, uma vez que as partes dependem de informações detidas de forma unilateral. Tais informações, se ocultadas, acabam determinando problemas desde a definição dos termos contratuais, pelo que se torna propício o desenvolvimento de ferramentas mitigadoras da assimetria de informação, ainda ao tempo da negociação e do desenho dos contratos.

Nesse ponto, Williamson (1985) elenca dois mecanismos aptos à relativização da seleção adversa. O mecanismo da sinalização corresponde à emissão de sinais e à disponibilização de informações por parte do agente que as detém, sendo necessário que o agente recebedor da informação confie nos sinais emitidos. O segundo mecanismo de Williamson (1985) corresponde a uma verdadeira “varredura” em busca de informações, nos casos em que a presença de assimetria é revelada por alguma das partes. Conforme o autor, aqueles que desejam informações devem emitir incentivos para atrair os insumos almejados, o que demanda a viabilização de um fluxo de informação adequado.

O **risco moral**, consoante Azevedo (2005), corresponde ao comportamento oportunista assumido na fase pós-contratual pela parte que detém uma informação privada e dela intenta tirar proveito em detrimento da outra parte. Dois tipos de risco moral são identificados: informação oculta e ação oculta. Para o autor, o primeiro exemplo é verificado caso uma informação relevante seja adquirida e mantida, com exclusividade, por uma das partes; já a segunda manifestação ocorre quando uma ação especificada no contrato não é observada diretamente por uma das partes signatárias do ajuste.

Na leitura de Azevedo (2005), os problemas relativos ao risco moral são especialmente relevantes para o desenho dos contratos. Segundo o autor, isso se justifica pelo fato de que, para que os deveres acordados culminem em mudança de comportamento entre os agentes, faz-se necessária a obtenção de informações confiáveis sobre a conduta esperada. Ainda conforme o autor, é preciso discriminar as ações desejáveis e as indesejáveis, sendo que, caso o comportamento não seja direta ou indiretamente observado, não será possível realizar tal diferenciação, razão pela qual o contrato acaba perdendo seu potencial de orientar o padrão de conduta esperado das partes.

Prosseguindo, em Przeworski (2006), a economia é vista como uma rede de relações diferenciadas e multifacetadas entre classes de *agents e principals*<sup>9</sup>. Segundo a mesma literatura, quando faltam mercados e os indivíduos dispõem de diferentes informações, surgem relações do tipo *agent e principal*, as quais são regidas por contratos explícitos ou implícitos. Przeworski (2006) ainda esclarece que os *agents* possuem certas informações que os *principals* não conseguem observar, sabem o que os motivam e detêm conhecimento privilegiado sobre suas capacidades, podendo, inclusive, observar certas questões que os *principals* não têm acesso.

Consoante Zylbersztajn e Sztajn (2005), a **teoria dos contratos incompletos** postula que os ajustes contratuais possuem lacunas que seriam, em melhor medida, preenchidas *a posteriori*. Os autores partem da ideia de que o desenho de contratos capazes de abarcarem todas as contingências futuras exige custos significativos, fazendo com que as partes optem por deixar algumas lacunas contratuais. Ao fundamentar a teoria, Zylbersztajn e Sztajn (2005) apontam para o pressuposto da racionalidade limitada (considerando que esse fator seria capaz de limitar a formulação de contratos completos), bem como para a existência de uma lógica de eficiência atinente à definição dos direitos pós-contratuais.

Igualmente quanto à alocação dos direitos pós-contratuais, Grossman e Hart (1986) salientam que a negociação *ex post* entre as partes contratantes é, de fato, uma possibilidade a ser considerada (diferentemente do que preconiza, por exemplo, a teoria da agência, na qual os direitos de decisão para a satisfação

---

9 Em Przeworski (2006), o *principal* é o indivíduo, o grupo ou a organização que, em uma relação com outrem, delega ou atribui a este a realização de determinado serviço ou ação em seu nome, sendo o *agente* o responsável por essa execução. Desse tipo de relação, regra geral, surgem situações de assimetria de informação, podendo levar à ineficiência ou à dificuldade para que os resultados esperados sejam atingidos com alto grau de satisfação.

das lacunas contratuais devem ser definidos aprioristicamente). Para tais autores, a alocação eficiente dos direitos de decisão para o preenchimento de lacunas contratuais deve ser dirigida ao agente que maximiza o valor da relação econômica. Tem-se, nesse caso, uma teoria que considera a potencialidade da definição privada para a solução dos problemas contratuais, especialmente no tocante ao preenchimento de lacunas contratuais.

Tangenciadas algumas propostas analíticas de exame dos contratos, que foram formuladas a partir dos pressupostos e postulados da AED, a seção seguinte destina-se ao estudo do tema no escopo da AJPE.

## **2 A atividade contratual sob a ótica da Análise Jurídica da Política Econômica**

Ao explorar as matrizes teóricas que analisam a relação entre o direito e a economia, Castro (2009) aventa distintas possibilidades: i) interpretação formal da lei e da Constituição, o que inviabiliza o exame das situações de fato e a identificação de consequências relevantes para a determinação do conteúdo da norma; ii) interpretação substantiva da lei e da Constituição, o que geralmente é feito a partir de um propósito ideal de beneficiar os mais vulneráveis (desconsiderando as implicações da solução apontada, em termos de política econômica e de seus efeitos); iii) realização de um cálculo prudencial, constitutivo da dita “ponderação de valores”, o que favorece a formulação de especulações imprecisas sobre os valores em questão; e iv) utilização da AED, que conforma o cálculo prudencial à teoria microeconômica, com vistas à determinação da solução mais “eficiente”, sem agregar à análise as relações entre interesses materiais e valores não econômicos.

A par desse cenário, Castro (2011) propõe uma abordagem interdisciplinar entre o direito e a economia, que concilie a garantia da funcionalidade e da produtividade econômica, com a equânime proteção aos direitos fundamentais e humanos. Intenta-se desenvolver uma proposta metodológica de análise jurídica de políticas públicas, que seja capaz de, efetivamente, viabilizar formulações concretas para a revisão das políticas e de potencializar a satisfação de níveis adequados de justiça social.

De acordo com Castro (2007), a AJPE pressupõe que a economia é formada por agregados (ou redes) de contratos. Trata-se, na visão do jurista, de verdadeira caracterização “contratual” da economia, que ressalta seu caráter institucional, convencional (e não “natural”), bem como sua disponibilidade para o exame no campo do direito. Nessa perspectiva, o jurista considera que os contratos constitutivos da “rede” de relações estruturantes da economia possuem três espécies de cláusulas: i) a cláusula designativa da utilidade, ou “cláusula valorativa”; ii) a cláusula monetária ou financeira, ou somente “cláusula monetária”; e iii) a cláusula de proteção da autonomia da vontade das partes sob critérios de responsabilidade ética, ou simplesmente “cláusula da autonomia responsável”<sup>10</sup>.

Para Castro (2009), a matriz teórica adota a noção de que a economia de mercado (formada por agregados contratuais, em princípio, livremente pactuados), ao se sujeitar ao jogo político democrático, acaba incorporando, por meio dos processos legislativo, administrativo e judicial, conteúdos de “interesse público”<sup>11</sup>. Tais conteúdos, na visão do autor, são introduzidos tanto em contratos privados quanto nos contratos firmados entre o Estado e os particulares.

Castro (2009) sustenta ainda que o elemento que confere o caráter “público” aos interesses versados em contratos é o fato de as regras procedimentais para a “negociação” dessa inserção terem, em si mesmas, um caráter público. Para esse autor, no caso dos contratos privados, que são negociados a partir de regras procedimentais estabelecidas pelas partes (respeitado o arcabouço mínimo previsto no direito civil) e em cujo ambiente não repercute a exigência de ampla publicidade, não haverá, em tese, interesse público específico no ajuste contratual<sup>12</sup>.

10 Castro (2007) ressalta que tais espécies de cláusulas são tomadas como verdadeiros critérios de análise jurídica, não se constituindo verdadeiramente em cláusulas formais, mas delas abstraídas para fins do estudo jurídico. Segundo o autor, as cláusulas valorativas e monetárias correspondem a critérios oriundos de conjuntos de cláusulas efetivas ou formais, que são encontradas em quaisquer instrumentos contratuais economicamente relevantes. Já a cláusula da autonomia responsável, conforme Castro (2007), ainda que não se materialize como cláusula formalmente inserida nos contratos, diz respeito ao “bem geral” da “autonomia responsável”, cujo caráter é eminentemente ético e resultante da incidência de princípios jurídicos.

11 Segundo Castro (2009, p. 34), “a AJPE propõe que a construção do significado de ‘interesse público’, no campo do direito, passe a gravitar em torno de esforços empreendidos no sentido de tornar efetivos os direitos fundamentais e os direitos humanos”.

12 Ainda nesse segundo cenário, Castro (2009) elenca exemplos da incorporação de conteúdos de interesse público em contratos privados, como é o caso das obrigações do locador e do locatário, disciplinadas na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. As obrigações do locador incluem, entre outras, as tarefas de pagar impostos, taxas e despesas extraordinárias de condomínio. Ao locatário compete, por exemplo, permitir a vistoria do imóvel pelo locador, pagar as despesas ordinárias de condomínio e outras tarefas. Como é sabido, as obrigações legais das partes não estão sujeitas a negociações privadas entre os signatários do contrato, de modo que a eventual modificação de seus conteúdos requer a provocação da via do processo legislativo, de caráter essencialmente público.

No que se refere aos ajustes firmados entre o Estado e os particulares, a AJPE distingue os contratos de “caráter formal” dos “pactos sociais”. Conforme esclarece Castro (2009), os primeiros correspondem aos contratos administrativos, ao passo que estes últimos são considerados constitutivos de expectativas relevantes para a formação do que é valorizado como “bem”, “justiça” e “direito”, pelo conjunto dos membros da sociedade.

Ademais, Castro (2009) salienta que os pactos sociais são verdadeiras variantes dos contratos (ou balizamentos políticos deles), integrando as redes ou agregados contratuais estruturantes da economia. Para o autor, na ótica da AJPE, a consideração dos pactos sociais permite evidenciar que a fruição de direitos privados por parte dos particulares (a exemplo da propriedade predial urbana) inclui, paralelamente, o recebimento de prestações estatais (como é caso do planejamento e da infraestrutura urbana).

Em linhas finais, Castro (2009) aponta que o conteúdo dos pactos sociais constitutivos de políticas públicas, na medida em que incorporam parcelas de soberania, têm sido progressivamente objeto de negociações múltiplas entre Estados, com consequências desconhecidas para a promoção da justiça econômica. Segundo o jurista, para que o crescimento econômico possa alcançar níveis desejados de justiça (isto é, calcado na fruição efetiva dos direitos fundamentais pelos cidadãos), é imprescindível promover a regulação pública dos contratos.

Esclarecidas algumas premissas fundantes da própria AJPE, ressalta-se que tal matriz teórica dispõe de dois conjuntos de procedimentos analíticos, para fins da análise jurídica de políticas públicas e econômicas<sup>13</sup>. De acordo com Castro (2011), no bojo da **Análise Posicional**, desenvolve-se uma descrição analítica da fruição empírica dos direitos subjetivos economicamente correlatos à política elegida, sendo que, diante de verificação de ausência de fruição, são propostas reformas corretivas no âmbito da economia real<sup>14</sup>. Consoante o autor, esse tipo

---

13 Nesse ponto, vale anotar consideração tecida por Castro (2009, p. 24) acerca dos conceitos de “políticas econômicas” e “políticas públicas”, a qual também é adotada no presente estudo: “dado que as políticas macroeconômicas (fiscal, monetária etc.) normalmente impõem balizamentos às políticas microeconômicas (por exemplo, políticas industriais) e às políticas públicas como um todo, e não o inverso, as referências feitas neste trabalho às políticas econômicas em geral valem igualmente para as políticas públicas”.

14 No escopo da Análise Posicional, a proposta metodológica da AJPE demanda a realização das seguintes etapas de trabalho, conforme indica Castro (2009): i) identificação da política econômica sujeita a controvérsias; ii) especificação do(s) direito(s) fundamental(is) correlato(s); iii) decomposição analítica do(s) direito(s); iv) quantificação dos direitos analiticamente decompostos; v) elaboração de Índice de Fruição Empírica (IFE); vi) escolha ou elaboração de Padrão de Validação Jurídica (PVJ); vii) avaliação dos resultados da política, em termos de verificação de sua efetividade, falhas ou, até mesmo, de ausência de efetividade; e viii) na hipótese de falha ou ausência de efetividade, elaboração de recomendações de reformas no programa em curso.

de análise não investiga a transmissão intercontratual de valores monetários em cadeias contratuais, o que é realizado a partir dos procedimentos da Nova Análise Contratual.

A **Nova Análise Contratual (ou Análise de Portfólio)**, para Castro (2011), destina-se a averiguar os nexos monetários da fruição empírica, no escopo dos agregados contratuais analiticamente relevantes. Segundo ele, o pesquisador deve proceder à identificação e à avaliação de conteúdos da matriz analítica dos agregados contratuais, a qual parte da ideia de que todos os contratos economicamente relevantes possuem dois tipos de “cláusulas ideais típicas”. A saber, i) a cláusula de utilidade, por meio da qual os interesses materiais da economia real são representados intelectualmente e ancorados institucionalmente; e ii) a cláusula monetária, em que os interesses materiais adquirirem a forma monetária.

Ademais, a matriz analítica decompõe cada uma dessas cláusulas em dois novos segmentos: i) o segmento de interesse privado; e ii) o segmento de interesse público. O que distingue esses segmentos, para Castro (2011), são justamente as regras procedimentais empreendidas na negociação dos conteúdos de utilidade e monetários dos contratos. No primeiro caso, o autor explica que tais regras são privadamente instituídas e exigem ampla publicidade da atividade de negociação; já no segundo segmento, as normas procedimentais podem ser elaboradas privadamente, sendo que sobre a atividade de negociação propriamente dita não incide a exigência de ampla publicidade.

Explicitadas algumas formulações teóricas de maior recorrência para a abordagem do fenômeno contratual, nos âmbitos da AED (seção 1) e da AJPE (seção 2), passa-se a averiguar as possíveis acepções semânticas do termo interdisciplinaridade (seção 3), bem como algumas problemáticas relativas à proposta interdisciplinar praticada no âmbito de cada uma das matrizes teóricas em evidência (seção 4).

### 3 Considerações acerca dos movimentos propulsores da interdisciplinaridade

Ao propor uma visão mais realista das “formas” jurídicas e de sua evolução, Castro (2012) estimula os leitores a refletirem sobre a possibilidade de se empreender uma dupla abertura do direito, com vistas ao seu intercâmbio com “formas” advindas de outras disciplinas e ao engajamento metodologicamente articulado do mundo jurídico com os fatos da vida social (o que poderia ser viabilizado, por exemplo, a partir da realização de pesquisa empírica<sup>15</sup>).

Quanto ao primeiro aspecto, a revisão da literatura desenvolvida nas seções anteriores evidenciou que as potencialidades da abertura interdisciplinar do direito são reconhecidas tanto pelos pesquisadores da AED quanto pelos da AJPE, sendo possível aduzir que a interdisciplinaridade tem sido tomada, nos dois casos, como uma premissa metodológica cara à análise jurídica<sup>16</sup>.

Partindo da evidência acima e aprofundando um pouco mais no estudo, convém investigar as seguintes questões correlatas: i) a possibilidade de distintas rotas para a abertura interdisciplinar do direito; ii) caso a literatura especializada confirme a existência de variadas soluções interdisciplinares, qual delas é adotada de forma mais recorrente no âmbito da AED e da AJPE; e, por último, iii) se haveria uma proposta interdisciplinar mais apropriada ao universo jurídico.

Em atenção ao primeiro ponto, Leis (2005) adverte que qualquer tentativa de uma definição unívoca e definitiva do conceito de interdisciplinaridade deve ser rejeitada, por tratar-se de noção que, inevitavelmente, está sendo cunhada a partir de alguma das culturas disciplinares existentes. Na mesma linha, Fazenda (1994) defende que a interdisciplinaridade é uma nova atitude diante da questão do conhecimento, que preconiza o entendimento de aspectos ocultos do ato de aprender e dos aparentemente expressos, colocando-os em questão. Por fim, para Leis (2005), buscar definições “finais” para a interdisciplinaridade não seria algo propriamente interdisciplinar, mas, sim, disciplinar.

---

15 Relativamente ao potencial da pesquisa empírica no campo do direito, Veronese (2013) sustenta que a compreensão do sistema jurídico não é mais possível somente com o estudo das normas e da doutrina, sendo que o exame das consequências e dos julgamentos, na prática, demanda conhecimentos que ultrapassam a tradicional dogmática. Para o autor, faz-se salutar o intercâmbio e a formação de infraestruturas para a realização intensiva de pesquisas empíricas no âmbito jurídico.

16 A título de ilustração, nas palavras de Posner (2007, p. 473), “[a] tentativa mais ambiciosa e talvez mais influente de elaborar um conceito abrangente de justiça, que poderá tanto explicar a tomada de decisões judiciais quanto situá-la em bases objetivas, é aquela dos pesquisadores que atuam no campo interdisciplinar de ‘Direito e Economia’”.

Confirmando tais assertivas, Lenoir e Hasni (2004) indicam a existência de três conceitos ou movimentos propulsores da interdisciplinaridade, os quais se fundamentam em culturas e finalidades distintas. Um primeiro conceito, associado à cultura científica francesa, é fixado nas dimensões epistemológicas dos saberes e na racionalidade científica, sendo qualificado como lógico racional e centrado na busca de significado. Associada à cultura científica norte-americana do tipo metodológica, verifica-se uma segunda dimensão, que é marcada pela lógica instrumental e orientada para a busca da funcionalidade social. Por derradeiro, alinhada à cultura científica brasileira emergente, o terceiro movimento privilegia as dimensões humanas e afetivas, expressando uma lógica subjetiva dirigida à procura do próprio ser.

Ainda sobre a polissemia do termo, Yared (2008) faz uma diferenciação das propostas interdisciplinares perante os possíveis arranjos que se verificam no plano da concretude. A multidisciplinaridade corresponde à reunião de disciplinas em torno de um tema comum, sem o estabelecimento de relação entre elas. A pluridisciplinaridade enfoca o relacionamento complementar de disciplinas afins, examinando, em tal viés, perspectivas diferentes sobre uma questão geral. A interdisciplinaridade como um grau avançado de relação entre disciplinas é vista como um processo gerador de uma combinação de elementos, envolvendo duas ou mais disciplinas. Por último, a transdisciplinaridade, como o nível mais elevado de interdisciplinaridade e coordenação, considera que os limites entre as disciplinas se dissolvem em um processo dialógico entre conhecimentos de diversos tipos e naturezas.

Vale acrescentar que o tema também tem sido debatido em mídias sociais acadêmicas<sup>17</sup>. Nesse ambiente, igualmente se evidencia que o termo interdisciplinaridade não é tomado de forma unívoca, podendo ser compreendido a partir de, pelo menos, três sentidos possíveis e altamente distintos.

Primeiramente, a dita “interdisciplinaridade como análise do direito baseada numa disciplina diferente” é apontada como o sentido dominante. Tal abordagem é marcada pela subordinação do estudo jurídico ao método da economia (especialmente da teoria microeconômica), pelo que o estudo

---

17 As considerações que se seguem foram extraídas do *blog* acadêmico Economia Legal, em postagem que abordou “A interdisciplinaridade e o direito: algumas considerações interessantes”. Disponível em: <<https://economialegal.wordpress.com/2007/05/17/a-interdisciplinaridade-e-o-direito-algumas-consideracoes-interessantes/#more-28>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

do direito acaba sendo empreendido como um verdadeiro capítulo do estudo “aplicado” da economia.

No bojo da “interdisciplinaridade como educação liberal na periferia da dogmática jurídica”, o estudo do direito é concebido na linha do modelo tradicional de ensino jurídico, como é o caso do método dogmático. O núcleo dos cursos de Direito é constituído pelas disciplinas tradicionais (tais como o direito das obrigações, o administrativo, o criminal etc.), lecionadas de acordo com o método expositivo e a partir do trinômio “conceitos gerais”, “institutos centrais” e “classificações e tipologias”. Já as cadeiras de outras disciplinas são reputadas marginais e aparecem como válvulas de escape para os alunos se libertarem dos rigores do ensino jurídico.

Por derradeiro, a “interdisciplinaridade como estratégia epistemológica” estimula uma concepção crítica do conhecimento, consoante o pragmatismo, na qual as falsas necessidades geradas pelas disciplinas são desestabilizadas no espírito filosófico de que o saber é geral. Ao invés de rejeitar as disciplinas estranhas ao direito, busca-se a pluralidade de métodos, com vistas a evidenciar a parcialidade das diversas ciências e a confrontar os recursos intelectuais de cada uma delas. Ademais, nega-se a separação entre disciplinas jurídicas e cadeiras “auxiliares”, sendo depositada uma pluralidade de métodos nos programas das matérias mais tradicionais.

Verificadas algumas considerações sobre os movimentos propulsores da interdisciplinaridade, resta examinar as demais questões suscitadas no início dessa seção: caso a literatura especializada confirme a existência de variadas soluções interdisciplinares, qual delas é adotada de forma mais recorrente no âmbito da AED e da AJPE; e, por último, haveria uma proposta interdisciplinar mais apropriada ao universo jurídico?

#### **4 Iniciativas interdisciplinares de análise jurídica dos contratos: potencialidades e limites no escopo da Análise Econômica do Direito e da Análise Jurídica da Política Econômica**

Ao longo das seções 1 e 2, salientou-se que a AED busca um diálogo entre os postulados jurídicos e os conhecimentos da microeconomia, cunhados pela Escola Neoclássica. Para Castro (2011), a AJPE intenta um encontro do direito com diferentes disciplinas (tais como a história, a ciência e a sociologia políticas, a sociologia econômica e a teoria das relações internacionais), bem como com diversas escolas da análise econômica, especialmente aquelas que possam contribuir para os requisitos institucionais do desenvolvimento, sem apegarem-se exclusivamente à “métrica do crescimento da renda” para a sua avaliação.

No que tange à proposta interdisciplinar adotada pela AED, Pacheco (1994) sustenta que essa matriz retoma os fundamentos do realismo, de modo a suscitar a possibilidade do exame científico da realidade jurídica, designadamente por meio da aplicação da teoria microeconômica à análise e à evolução da realidade legal. Ainda conforme o autor, esse movimento implica em erigir a perspectiva econômica como referencial analítico da regulação do direito, com vistas a integrar as ciências econômica e jurídica e a abrir o discurso jurídico à realidade social<sup>18</sup>.

Tratando-se da AJPE, Castro (2009) pontua que a interdisciplinaridade é capaz de ampliar os canais de abordagem dos fatos sociais, com vistas a reforçar e a organizar a capacidade do jurista de promover a apreciação crítica da realidade. Para o autor, a iniciativa tem o condão de auxiliar o pesquisador jurídico na compreensão e na problematização das relações entre interesses materiais, de um lado, e valores, interesses ideais ou motivações psicológicas do agir, de outro.

Nessa perspectiva, denota-se um verdadeiro esforço de reconstrução de certas categorias e institutos jurídicos tradicionais, a partir de conhecimentos produzidos por disciplinas extrínsecas ao direito (o que não se restringe à microeconomia). A título de ilustração, Castro (2009) aponta que o direito de

---

18 Ainda conforme Pacheco (1994), no bojo da AED, a interpretação e a avaliação das normas jurídicas se realizam com base nos pressupostos da teoria microeconômica, de modo que a racionalidade adotada pelo sistema jurídico como um todo é do tipo econômica. Outras implicações levantadas pelo autor seriam colocar, no centro dos estudos jurídicos, questões como os problemas relativos à eficiência do direito e aos custos dos instrumentos jurídicos, e o esforço de reconstrução do discurso jurídico por meio de uma linguagem tecnocrática.

propriedade pode ser compreendido sob três enfoques: i) direito de propriedade civil, em cujo escopo são protegidas as práticas de consumo; ii) direito de propriedade comercial, que prima pela proteção do dito “consumo produtivo”, sendo os seus objetivos nitidamente comerciais e voltados à aferição de lucro; e iii) direito de propriedade híbrido, no qual as práticas de consumo produtivo são muito assemelhadas às de consumo final (ou são, no mais das vezes, cultural e existencialmente confundidas com elas), de modo a constituir o consumo próprio de um “modo de vida”<sup>19</sup>.

Diante das evidências acima e do que foi exposto nas seções 1 e 2 deste artigo<sup>20</sup>, é possível considerar que o percurso interdisciplinar percorrido em ambos os casos não é o mesmo. A par de uma explicação para tal conjectura, primeiramente vale resgatar os próprios fundamentos e pressupostos iniciais das matrizes teóricas em comento. Se, conforme Azevedo (2005), a AED centra-se na busca de soluções “ótimas”, que potencializem o desempenho econômico e a eficiência do sistema de mercado, a AJPE, na visão de Castro (2009), prima pela necessidade de que a política econômica assegure a fruição empírica (e equânime) dos direitos subjetivos, por parte de indivíduos e grupos sociais.

Ainda quanto à AJPE, Castro (2009) pontua que o crescimento econômico desejado é aquele que venha acompanhado da promoção de níveis desejados de justiça social (conceito que se sobrepõe à justiça puramente econômica). Nesse caso, a análise das políticas públicas e econômicas deve incorporar a argumentação e o raciocínio jurídicos (tendo em vista a indispensabilidade de se considerar, nesse escopo, a questão da justiça e da fruição de direitos subjetivos), para além de preocupações puramente econômicas (o que, aparentemente, não seria um entrave no tipo de análise desenvolvida pela AED).

Resgatando os movimentos interdisciplinares discutidos na seção anterior, a AJPE estaria mais alinhada à dita “interdisciplinaridade como estratégia epistemológica”. De fato, não se verifica em seu contexto a pretensão de

---

19 Em Castro (2009), a propriedade civil é abordada como um “direito de consumo” (a exemplo das residências familiares), ao passo que a propriedade comercial assume a forma de “direito de produção” (como é o caso do prédio que abriga uma indústria). No tocante à propriedade híbrida, o autor cita alguns exemplos, como o das “indústrias caseiras” e das pequenas propriedades agrícolas familiares.

20 Indispensável ressaltar que as anotações apresentadas nesse estudo, em relação às propostas interdisciplinares que têm preponderado em cada matriz teórica examinada, decorrem do exame das práticas mais recorrentes para a abordagem dos contratos, o que, indubitavelmente, não é algo estático e tampouco irrefutável. O dinâmico trabalho de construção e revisão de entendimentos e de proposições jurídicas, a partir dos pressupostos de cada uma das disciplinas, pode ensejar a reinvenção da metodologia interdisciplinar consideradas até então dominantes.

subordinar a disciplina jurídica à teoria econômica, o que seria característico da “interdisciplinaridade como análise do direito baseada numa disciplina diferente”. Ademais, no âmbito da AJPE, não é possível aventar uma hierarquização (ou supremacia) do direito perante as disciplinas “auxiliares” (como se observa, por exemplo, na “interdisciplinaridade como educação liberal na periferia da dogmática jurídica”).

Em face das informações expostas sobre a AED, é possível aduzir que seu percurso interdisciplinar mais se aproximaria à designada “interdisciplinaridade como análise do direito baseada numa disciplina diferente”. Ao revisitar as formulações teóricas explicitadas na seção 1, evidencia-se o esforço de incorporação, pela AED, de uma série de conceitos e noções nitidamente econômicas (a exemplo, dos conceitos de eficiência e de racionalidade econômica e da análise de custo-benefício), sem que se perceba uma prévia aclimação dessas formulações à linguagem e ao raciocínio jurídicos. Ademais, em face da proposta interdisciplinar vislumbrada no bojo da AED, ainda é plausível depreender que o estudo do direito tem sido praticado, no mais das vezes, como um capítulo do estudo “aplicado” da economia.

Estabelecidas tais distinções, seria possível, como passo final, cogitar a existência de um caminho mais apropriado ao encontro do direito com a economia e outras disciplinas afins? A resposta a essa questão parece ser negativa.

Se a interdisciplinaridade na perspectiva da AJPE procura aclimatar os conhecimentos advindos das disciplinas “alienígenas” à linguagem e ao raciocínio jurídicos (o que seria altamente positivo), esse processo poderia implicar, eventualmente, desconfiguração dessas noções tal como erigidas em sua área de origem, ou seja, seria possível vislumbrar o risco de que o jurista, em sua tarefa de recepcionar os saberes extrínsecos, acabe por desvirtuar a própria essência desses mesmos conhecimentos.

No contexto da AED, tal preocupação parece não fazer tanto sentido, uma vez que os postulados microeconômicos são aplicados diretamente à análise jurídica, de forma quase que “intocada” pelo pesquisador. Ademais, segundo Pacheco (1994), a teoria econômica acaba se convertendo no único conhecimento relevante ao estudo do direito. Ao assumir dogmas fundamentais (tais como o modelo de decisão ótima, de eficiência econômica e da análise de custo-benefício), o sistema de mercado, na visão do autor, adquire o papel

de valor social primordial, configurando-se como princípio de explicação e justificação última de toda decisão. Para Pacheco (1994), em tal cenário corre-se o risco de que a mediação normativa da economia seja capaz de reduzir a análise jurídica a critérios exclusivamente econômicos<sup>21</sup>.

Diante dos dilemas apresentados, aos operadores e intelectuais do direito, muito mais do que comungar uma proposta única e definitiva para a sua abertura interdisciplinar, talvez a palavra de ordem seja a experimentação. Somente a efetiva aplicação de propostas analíticas interdisciplinares parece ser capaz de evidenciar, nos casos concretos, as melhores alternativas para se promover uma análise jurídica multifacetada. Nesse percurso, espera-se que as diversas soluções (a exemplo do que vem sendo feito pelos pesquisadores da AED e da AJPE), inicialmente cunhadas no campo abstrato das teorias, possam orientar a formulação (e a constante reformulação) de metodologias analíticas que, de fato, potencializem a postura crítica e transformadora esperada do jurista contemporâneo.

## Conclusão

Ao longo desse artigo, foram tangenciadas algumas perspectivas teóricas de maior realce para a análise do fenômeno contratual, as quais foram colhidas no escopo maior da AED e da AJPE. Ademais, foram inventariadas, na literatura especializada, diversas acepções do termo interdisciplinaridade, com vistas a identificar a vertente que, aparentemente, tem preponderado no bojo das matrizes teóricas destacadas. Conforme exposto, não foi possível identificar, a princípio, uma proposta interdisciplinar mais propícia ao intercâmbio do direito com a economia e outras áreas do conhecimento. Com efeito, tal pretensão talvez não seja factível ou, até mesmo, necessária.

Contudo, o mesmo raciocínio não pode ser estendido à necessidade de maiores reflexões e de progressiva experimentação das possibilidades metodológicas que se apresentam à abertura interdisciplinar do direito. Revela-se pertinente a percepção de que quaisquer iniciativas propulsoras da interdisciplinaridade

---

21 Pacheco (1994) ainda acrescenta que, nesse contexto, abre-se caminho para a transformação e reformulação da função do direito, a partir da noção de que o sistema jurídico seria um instrumento apto a produzir (e reproduzir) a racionalidade material do tipo econômica, porquanto o direito e o mercado traduziriam a mesma lógica, qual seja, a da maximização da riqueza.

não podem, a princípio, ser estabelecidas de forma estática ou peremptória. Pelo contrário, somente a constante aplicação prática e a crítica jurídica construtiva serão capazes de definir (e de redefinir) as melhores práticas para o “diálogo” do direito com disciplinas afins (tais como a economia, sociologia, filosofia, ciência política, entre outras).

## Referências

- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 49-68, 2006.
- AZEVEDO, Paulo Furquim. Parte II – Contratos: uma perspectiva econômica. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. Cap. 6.
- CASTRO, Marcus Faro de. A Função Social como Objeto de Análise Jurídica da Política Econômica. **Revista Notícia do Direito Brasileiro**, v. 14, p. 107-128, 2007.
- \_\_\_\_\_. Análise Jurídica da Política Econômica. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 3, p. 17-71, 2009.
- \_\_\_\_\_. Direito, Tributação e Economia no Brasil: Aportes da Análise Jurídica da Política Econômica. **Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, Brasília, v. 2, p. 23-51, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Formas Jurídicas e Mudança Social: interações entre o Direito, a Filosofia, a Política e a Economia**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FAZENDA, Ivani. **Interdisciplinaridade: história, teoria e pesquisa**. Campinas: Papirus, 1994.
- FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, p. 267-286, 2002.
- GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration. **Journal of Political Economy**. University of Chicago Press, v. 94, n. 4, p. 691 – 719, 1986.

LEIS, Héctor Ricardo. Sobre o conceito de interdisciplinaridade. **Cadernos de pesquisa interdisciplinar em ciências humanas**, v. 6, n. 73, p. 2-23, 2005.

LENOIR, Yves; HASNI, Abdelkrim. La interdisciplinaridad: por un matrimonio abierto de la razón, de la mano y del corazón. **Revista iberoamericana de educación**, v. 35, p. 167-185, 2004.

PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent x principal*. In: Pereira e Spink. (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 7ª ed., p. 39-73, 2006.

SIMON, Herbert A. **Administrative behavior: a Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization**. New York: Free Press, 1976.

VERONESE, Alexandre. Considerações sobre o problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de direito: a tentativa de uma perspectiva brasileira a partir da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul**, v. 14, p. 197-237, 2013.

WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press. 1985.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Parte I - Economia dos contratos: a natureza contratual das firmas. In: ZYLBERSZTANJ, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. Cap. 6.

YARED, Ivone. O que é interdisciplinaridade? In: FAZENDA, Ivani (Org.). **O que é interdisciplinaridade?** São Paulo: Cortez, 2008, p. 161-183.



# Breves Considerações sobre a Fórmula de Hand e sua Aplicação à Responsabilidade dos Agentes Públicos

Flávio Garcia Cabral\*

Dafne Reichel\*\*

*Introdução. 1 Análise Econômica do Direito. 2 A fórmula de Hand. 3 A sua aplicabilidade teórica nas hipóteses de responsabilidade de agentes estatais no Brasil. Conclusão.*

## Resumo

Este artigo busca abordar a construção feita pelo Juiz norte-americano Learned Hand, ao julgar, no ano de 1947, o caso *United States vs. Carroll Towing Company*, no qual se construiu a chamada “Fórmula de Hand” ou “regra de Hand”, que se refere à verificação da responsabilidade civil nos casos de negligência. A partir da análise da fórmula de Hand será possível identificar a possibilidade de sua aplicação aos casos que envolvam a responsabilização de agentes públicos no ordenamento jurídico brasileiro, observando as nuances decorrentes de uma relação de Direito Público.

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito. Fórmula de Hand. Responsabilidade administrativa. Agente público.

---

\* Graduado em Direito pela UFMS; Especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP; Mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado pela PUC-RJ; Mestre em *Derecho de Daños* pela *Universitat de Girona-Espanha*; Doutorando em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor universitário. Procurador da Fazenda Nacional, atualmente ocupando a função de Procurador-Chefe da Fazenda Nacional em Mato Grosso do Sul.

\*\* Especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP; Especialista em Direito Tributário pelo IBET; Mestranda em Direitos Humanos pela UFMS; Auditora de Controle Externo no TCE/MS, atualmente exercendo a função de Supervisora de Trabalho Jurídico.

## ***Brief observations on the Hand formula and its application to the liability of public agents***

### ***Abstract***

*This article intends to approach the construction made by the north-american Judge Learned Hand on the case United States vs. Towing Carroll Company, ruled in 1947, in which it was constructed the so-called “Hand Formula” or “Hand rule”, that refers to the verification of civil liability in the case of negligence. From the analysis of the Hand formula it will be able to identify the possibility of its applicability to cases regarding the responsabilization of public officials in the Brazilian legal system, observing the particularities that derive from a Public Law relation.*

**Keywords:** *Law and Economics. Hand formula. Administrative liability. Public agent.*

## **Introdução**

Uma mesma questão pode ser investigada por inúmeros ângulos e metodologias, sem que se possa afirmar, desde que mantido um rigor científico mínimo, que uma esteja mais correta que a outra.

A investigação científica sobre determinado objeto é tarefa laboriosa, mas ao mesmo tempo inesgotável. Por mais que haja diversas pesquisas e análises acerca de um objeto científico específico, sempre será possível se descobrir mais sobre ele, seja aprofundando-se nas linhas metodológicas já conhecidas e utilizadas, seja alterando-se o método de análise até então usado como instrumento de pesquisa, ou ainda se fazendo novas indagações antes não cogitadas.

É por isso que não há que se falar que uma investigação já foi esgotada ou superada, porquanto sempre será possível o desvelamento de novos elementos não vislumbrados anteriormente, ou até mesmo afirmar ou infirmar hipóteses outrora levantadas e defendidas.

Uma metodologia de análise do fenômeno jurídico que vem ganhando certo espaço em diversos países se refere à chamada *Law and Economics* ou, como é mais popularmente conhecida no Brasil, Análise Econômica do Direito (AED).

Por meio dessa forma de se estudar as normas jurídicas, invocam-se, conforme será visto ao longo do texto, lições oriundas da Economia, trazendo, assim, um diferente olhar sobre o direito posto.

O que se pretende nesse sucinto ensaio, pois, é exercitar a produção de conhecimento por meio da visitação a uma construção muito específica decorrente da AED, qual seja, a regra, ou fórmula, de Hand, aplicável aos casos de responsabilidade civil, tentando demonstrar a sua aplicabilidade teórica também aos casos de responsabilidade de agentes públicos estatais.

Referida construção realizada no caso *United States vs. Carroll Towing Company* trata-se, conforme será visto, de uma objetivação quase que matemática dos atos de responsabilidade civil decorrentes de culpa.

Além da análise acerca da viabilidade e/ou acerto de mencionada objetivação da responsabilidade, a questão também será merecedora de um extrapolamento do campo exclusivamente civil, buscando-se realizar o estudo em face da responsabilidade com caracteres públicos.

Destarte, ao se problematizar a questão de como a AED poderia ser aplicada às relações de Direito Público, mais precisamente a questão da regra de Hand no que tange à responsabilidade dos agentes estatais, tem-se por objetivo apresentar no que consiste a AED; qual o conteúdo da regra de Hand; qual a aplicabilidade da indigitada regra para os casos de responsabilização dos agentes públicos.

## 1 Análise Econômica do Direito

A AED teve surgimento em meados da década de 60 nos Estados Unidos da América, não havendo, a rigor, um único movimento, mas várias escolas, mais ou menos diferenciadas entre si, que têm utilizado a aplicação de instrumental teórico, metodológico e analítico da Ciência Econômica para a abordagem do fenômeno jurídico e sua avaliação (SGARBOSSA, 2013, p. 207).

Dentre as várias escolas existentes, é possível compreender a AED de acordo com a breve definição, porém completa, de Papayannis (2009, p. 19): “*El análisis*

*económico del derecho surgió en el mundo académico angloamericano como una teoría alternativa frente a la dogmática tradicional. Su propuesta consiste en estudiar las normas jurídicas con los instrumentos ofrecidos por la microeconomía”.*

A AED teria surgido então como um método científico para avaliar, prever e guiar a decisão do magistrado ou de qualquer agente público que precise fazer escolhas por meio da racionalidade para que se atinja uma maior eficiência (JASPER, 2010).

Nota-se aqui a existência de uma interdisciplinaridade nessa maneira de se realizar o estudo dos fenômenos jurídicos, porquanto, a fim de se compreender as normas jurídicas, inseridas no sistema do direito positivo, utilizam-se instrumentos existentes no sistema da Economia, mais precisamente da Microeconomia, de modo a apresentar resultados que possam ser úteis aos juristas.

Dentre as vantagens sentidas por alguns na AED, encontra-se, além de uma compressão mais ampla das próprias normas jurídicas, o entendimento de que os aspectos econômicos podem servir como um importante instrumento que gera incentivos a determinados comportamentos que podem ser valorados com base naqueles critérios extraíveis da Economia (CORRALES, 1998, p. 31).

Tem-se que, além de uma teoria científica que tenta descrever o comportamento humano por meio da racionalidade, é também um método de análise e previsão, bem como um conceito de eficiência econômica, uma vez que, para os que acolhem essa linhagem, o Direito não seria apenas um conjunto de regras, mas, sim, um importante instrumento para atingir fins sociais, e, portanto, os juízes e agentes públicos deveriam ter um método e um critério para avaliar os efeitos de leis e de decisões sobre a sociedade (JASPER, 2010, p. 102).

Essa forma de estudo dos fenômenos jurídicos (AED) pode ser dividida em duas visões, uma fraca e outra forte. Veja-se:

A chamada visão fraca da AED normativa (*weaker view*) admite que a economia não poderia guiar as ações políticas (incluindo decisões de juízes), mas afirma que o desperdício é algo indesejável, portanto se duas ações diferentes obtém o exato mesmo resultado, mas uma delas demanda menores recursos para atingir tal objetivo, essa visão fraca da AED normativa dirá que a melhor ação será aquela que despende a menor quantidade de recursos. Contudo, para os defensores da AED,

a visão fraca da AED não seria adequada e haveria uma tendência para uma visão mais forte. Para os defensores dessa versão forte, o princípio da eficiência tem maior potencial ético, pois a eficiência proveria o critério para se determinar se uma ação estaria certa ou errada. Partidários dessa visão adotaram o que pode ser chamada de *welfarist view*, ou seja, visão de bem-estar, na qual uma ação é preferível à outra se a primeira produz maior bem-estar, sendo que a economia proveria o método para avaliar as diferentes opções de ação e a eficiência o critério (JASPER, 2010, p. 6).

Observa-se, portanto, que a AED impõe aos fenômenos jurídicos critérios da ciência econômica.

A economia utiliza o conceito de racionalidade no sentido de uma disposição para escolher, de forma consciente ou inconsciente, um meio apto a realizar qualquer finalidade da pessoa (JASPER, 2010, p. 104), ou seja, a concepção desta ciência que baseia a AED compreende aquela que estuda alocação eficiente de recursos escassos entre finalidades excludentes.

Noutro norte, o mesmo autor citado acima salienta que, para a AED, uma situação é eficientemente econômica quando ao menos uma pessoa é beneficiada, sem que haja malefício a outra – a conhecida eficiência de Pareto (JASPER, 2010, p. 104).

Na obra *Economic Analysis of Law*, Richard Posner explica a economia como a ciência das escolhas racionais, em que os recursos são limitados aos infinitos desejos e às necessidades humanas, colocando a economia no papel de exploradora das implicações do homem que é um maximizador racional de suas finalidades, de seus interesses próprios (POSNER, 1998, p. 30-38).

A AED possui uma orientação voltada para a microeconomia e tem como foco o comportamento racional no qual os indivíduos maximizam racionalmente seus fins, sejam eles quais forem.

O alvorecer dessa metodologia de produção do conhecimento remete invariavelmente às escolas anglo-americanas, que teve como ponto de partida as construções do jurista inglês Jeremy Bentham, que concebia os indivíduos economicamente, e se desenvolveu com mais força a partir de 1958, quando foi criada a publicação *Journal of Law and Economics* da Universidade de Chicago, e de 1973, com o lançamento o livro *Law and Economics*, de Richard Posner (GALDINO, 2005, p. 240).

Embora em teoria Posner reconheça que a eficiência possa não ser o único e tampouco o principal valor social, ao longo de sua produção intelectual afirma reiteradamente que a eficiência pode ser considerada até mesmo como um princípio de Justiça (SGARBOSSA, 2013, p. 301).

Tecendo uma crítica à teoria de Posner, Sgarbossa sustenta que as concepções de Direito e de Justiça sustentadas por aquele seriam eficientistas e plurocráticas, pois se encontram calcadas no princípio da maximização da riqueza, o que, conseqüentemente, aparta-se das mais basilares noções de justiça que estão arraigadas no pensamento humano desde os primórdios, como, por exemplo, as noções de justiça formal e de justiça distributiva, com foco especialmente nesta última, pois uma análise baseada exclusivamente na alocação eficiente e na maximização de riqueza revela-se inconciliável com mínimos padrões de equidade, o que demonstra as fragilidades de uma pretensão tão ambiciosa como a de Posner, que tenta reduzir o Direito e a Justiça à maximização da riqueza (SGARBOSSA, 2013, p. 541-544).

No Brasil, o estudo do Direito sob uma perspectiva econômica ainda se mostra incipiente<sup>1</sup>, estando restrito a poucas universidades e poucos pesquisadores. No entanto, há uma forte tendência de expansão da utilização desse instrumental, seja pela sua difusão por diversos países, seja pelo reconhecimento por parte dos juristas de sua utilidade para a construção do conhecimento jurídico.

Dentre a vasta gama de aspectos passíveis de escrutínio por meio da AED, uma questão em particular que desperta atenção, seja pela peculiaridade que possui, seja pelos poucos estudos que lhe são conferidos, é a denominada “fórmula de Hand”.

---

1 “A tentativa de inserção dos custos dos direitos na análise jurídica, até mesmo sob o prisma conceitual, não revela senão a tentativa de incluir no raciocínio jurídico os involidáveis resultados das análises econômicas. Evidentemente a ideia de relacionar direito e economia não é nova, embora também seja praticamente desconsiderada entre nós” (GALDINO, 2005, p. 239).

## 2 A fórmula de Hand

No caso *United States vs. Carroll Towing Company*, uma das questões principais a ser decidida no processo era se teria havido negligência contributiva por parte da empresa *Connors Company*, proprietária de uma embarcação, que, ao deixá-la amarrada ao píer da baía de *New York*, sem ninguém a bordo, teria dado causa ao rompimento das amarras e à colisão com outra embarcação.

De forma mais detalhada, tem-se que, no referido caso, na baía de *New York*, um pequeno barco transportador, denominado *Anna C*, de propriedade da empresa *Connors Company*, carregado com farinha de trigo comprada pelo Governo dos Estados Unidos, afundou, com perdas totais do barco e do carregamento, após se soltar do cais no qual se encontrava amarrado, juntamente com outros barcos da mesma espécie, colidindo, ato contínuo, com um cargueiro cuja hélice provocou danos em sua estrutura, danos esses que acarretaram seu afundamento. Muito embora *Anna C* estivesse devidamente amarrado ao píer, observou-se que ele se soltou em razão de bruscos movimentos feitos por um navio rebocador chamado *Carroll*, e que pertencia à companhia *Carroll Towing Company*, que tentava rebocar um barco transportador. A empresa proprietária do *Anna C*, assim como o Governo dos Estados Unidos, processou a companhia proprietária do rebocador, responsabilizando-a pelo afundamento. Ao julgar a causa, o Juiz *Learned Hand* responsabilizou a *Carroll Towing Company* pelas despesas resultantes do desprendimento do *Anna C*, mas não por todas as despesas do afundamento, que foram repartidas, isto porque considerou também culpada a *Connors Company*, pelo fato de não ter mantido ao menos um tripulante no *Anna C*, o que certamente teria evitado o acidente<sup>2</sup>.

Assim, ao apreciar o referido caso, o Juiz *Learned Hand* declarou não haver regra geral para determinar quando a ausência de um barqueiro ou de alguém que o substitua tornará o proprietário da embarcação responsável por danos a outros barcos causados por rompimento das amarras. A obrigação do proprietário, como em outras situações, de evitar danos a terceiros é função de

---

2 Ver *United States vs. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947).

três variáveis: i) a probabilidade de o barco se soltar; ii) a gravidade dos danos causados; e iii) o ônus das precauções adequadas<sup>3</sup>.

Percebe-se que da construção judicial trazida à tona pelo Juiz Hand, invocando elementos da análise econômica<sup>4</sup> para se aferir a culpa do causador do dano, utilizou a notação “P” para a probabilidade do dano, “L” para o dano e “B” para o ônus dos cuidados, afirmando, assim, que a “responsabilidade depende de que B seja menor do que L multiplicado por P” (BATTESINI, 2010), ou seja,  $B < P \times L$ .

Em síntese, a fórmula de Hand pode ser entendida no sentido de que a responsabilidade depende de que os gastos com os cuidados sejam menores que a probabilidade da lesão multiplicada pelo valor do dano efetivo.

Nota-se que a referida fórmula busca capturar a essência do processo cognitivo sobre o dever de cuidado. De fato, se o custo com precaução era menor do que a probabilidade de ocorrência de um dano em relação a sua extensão caso fosse efetivado, era razoável, segundo a racionalidade conferida ao homem médio, que tais medidas de cuidado fossem adotadas (CAMINHA; ROCHA, 2015, p. 43).

No caso concreto (*United States vs. Carroll Towing Company*), o que se observa é que o barqueiro esteve ausente por 21 horas e que, no local e na época da ocorrência do acidente, as embarcações eram constantemente sacudidas pelo mar, tendo Hand concluído que não houvera o devido cuidado, uma vez que estava dentro de uma chamada “expectativa razoável” que a embarcação se soltasse das amarras, decidindo, portanto, que “seria justo exigir que a *Conners Company* mantivesse um barqueiro a bordo durante as horas de trabalho do dia” (BATTESINI, 2010).

A principal contribuição da fórmula de Hand foi condensar a noção geral de um comportamento tido como razoável em três componentes individualizados, quais sejam: a probabilidade de que uma ação/omissão gere um dano; a amplitude do dano; e o valor do interesse que deve ser sacrificado com o escopo de reduzir o risco do dano.

3 “It appears from the foregoing review that there is no general rule to determine when the absence of a bargee or other attendant will make the owner of the barge liable for injuries to other vessels if she breaks away from her moorings. However, in any cases where he would be so liable for injuries to others, obviously he must reduce his damages proportionately, if the injury is to his own barge. It becomes apparent why there can be no such general rule, when we consider the grounds for such a liability. Since there are occasions when every vessel will break from her moorings, and since, if she does, she becomes a menace to those about her; the owner’s duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables: (1) The probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions”. Ver *United States vs. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947).

4 “La denominada Regla de Hand, en primer lugar, constituye un intento jurisprudencial de ofrecer una definición económica (más bien, algebraica) de la culpa y fue formulada por el juez Learned HAND en el caso ‘United States vs. Carroll Towing Co’ (ACCIARRI; ROMERO, 2007, p. 519).

A objetivação matemática construída por Hand representa, nos dizeres de WRIGHT, a aplicação da teoria da eficiência utilitarista, no sentido de que uma conduta é eficiente, e, por consequência, razoável e não negligente, se ela maximiza a soma do total dos benefícios esperados menos os custos, independente de quem ganhe os lucros ou sofra os prejuízos (1995, p. 250-251).

É válido indicar a observação realizada por Coderch, Garoupa e Ligüerre (2005, p. 4), para quem, nos casos de responsabilidade por culpa, como a hipótese aqui investigada, *“la fórmula de Hand es aplicada en dos ocasiones, ex ante y ex post, en los casos en que se aplica un estándar de responsabilidad por culpa: primero cuando se determina el nivel de cuidado y, en segundo lugar, cuando se decide si tal o cual responsable lo infringió”*.

Assim sendo, exige-se dos Magistrados a tomada de duas decisões independentes: a primeira, estabelecendo uma norma de diligência aplicável ao caso concreto, determinando um parâmetro de comparação; a segunda, posicionando o comportamento efetivo perante a norma de diligência estabelecida, ao parâmetro de comparação anteriormente fixado.

Fica visível aqui um dos primeiros problemas atinentes à fórmula de Hand, qual seja, a imposição que se faz ao Judiciário de determinar os *standards* apropriados de precaução e na concreção do significado da devida cautela, que, por um lado, se torna tarefa, a depender da situação concreta, hercúlea a ser desempenhada pelos juízes, e, por outro lado, dá ensejo a uma discricionariedade exacerbada ao julgador, que pode acabar não decidindo de maneira íntegra e coerente.

Além disso, em que pese o mérito de Hand, sentido por alguns autores, de abrir um novo horizonte para a análise da culpa na responsabilidade civil extracontratual, sob o viés econômico, verifica-se que a fórmula de Hand quase nunca é mencionada pelos Tribunais ou, quando é invocada nas sentenças, raramente é efetivamente aplicada (PAPAYANNIS, 2009, p. 171).

De fato, como observado por Papayannis, a aplicação expressa da fórmula de Hand pelos Tribunais norte-americanos mostra-se escassa. No que se refere às cortes brasileiras, a situação é ainda mais diminuta, sendo, na pesquisa aqui realizada, inexistente qualquer menção expressa ao Juiz Hand e/ou a sua formulação.

Contudo, apesar da inexistência de sua formulação e menção expressa, percebe-se que a invocação implícita do trinômio “probabilidade do dano,

medidas de cautela e dano efetivo no que se refere à responsabilização” encontra-se presente em vários julgados nos Tribunais brasileiros. Afinal, como já dito anteriormente, a regra de Hand, na verdade, exteriorizou de forma sistemática e lógica um entendimento que já estava arraigado no mundo jurídico, só deixando em termos claros e objetivos o que já se mostrava intuitivo. É o que se pode observar, por exemplo, da decisão emitida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *In verbis*:

A atividade do profissional da saúde está diretamente ligada ao compromisso com a vida e a incolumidade das pessoas, redobrando sua responsabilidade em comparação a qualquer outra. Está implícito que tentar por todos os meios disponíveis salvar a vida ou promover a saúde é a regra, não a exceção. Assim, é imprescindível, que sejam realizados os exames e diagnósticos corretos, tomados os devidos cuidados ao prescrever os tratamentos e dar alta e medicação com prudência. Não há como diminuir a carga do risco criado pelo médico contra o qual ficou comprovado que não observou essas prerrogativas. (EI n. 2001.016201-6, Rel. Des. Ruy Pedro Schneider, DJ de 12-6-2002). Nesse sentido, age com culpa e tem o dever de indenizar o médico e a instituição hospitalar que procede de maneira negligente ao não investigar com maior cautela a paciente, não vislumbrando a exata extensão do problema, qual seja, infecção urinária, tendo como consequência a morte da gestante e seu recém-nascido. Tal evento poderia ter sido evitado por meio de realização de exames técnicos, capazes de evidenciar o real problema da paciente, afastando juízos de mera probabilidade e alicerçando o melhor tratamento a ser adotado. [...] Assim, comprovada a existência de ato ilícito decorrente da negligência do médico-réu, que poderia e deveria agir com as devidas cautelas, atento ao estado de saúde da paciente e depreendendo os esforços possíveis para sua recuperação, inegável a existência de abalo moral decorrente da perda de um ente querido, principalmente porque a autora tratava-se, na época, de uma criança de 4 (quatro) anos de idade, que ainda por muito tempo teria a companhia da sua jovem mãe, que não época do evento tinha 19 (dezenove) anos (TJSC; AC 313383 SC 2006.031338-3; Rel. Carlos Prudêncio;04/05/2010) (grifos e negritos nossos).

Ainda, sem se esgotar o rol de julgados que apontam implicitamente para elementos presentes na regra de Hand, tem-se a sucinta ementa consignada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo a seguir transcrita:

Incêndio em área rural, ao lado de rodovia. Sinalização noturna, com latas de fogo colocadas por Usina próximo ao local. Elevada probabilidade de risco, acentuada pela negligência na retirada das latas sugerindo ser uma possível causa do fato. Ausência de explicação em sentido contrário. Peculiaridades. Sentença que concedeu indenização, mantida no essencial (TJ/SP; AC 3289694800 SP; Rel. Teixeira Leite 24/7/2008).

Nessa mesma trilha da problemática empírica da falta de aplicabilidade da formulação de Hand pelos Tribunais, Wright (1995, p. 251) também pontua outros pontos problemáticos na construção de Hand. Para ele, está-se diante de problemas analíticos e descritivos, uma vez que, de modo a identificar os parâmetros eficientes de precaução, deve-se focar no incremento marginal dos custos e benefícios atribuíveis aos incrementos marginais da precaução, ao invés do custo e benefício total de uma particular forma de precaução sugerida, como parece sugerir Hand. Além disso, tal apuração dificilmente seria capaz de ser feita pelos Tribunais.

### **3 A sua aplicabilidade teórica nas hipóteses de responsabilidade de agentes estatais no Brasil**

Visto o panorama geral da regra de Hand, considerado um possível instrumento de análise da negligência na responsabilidade civil, mas com lacunas e incompletudes que a comprometem, resta pensar em sua aplicação, ainda que, como se verá, mantidas as mesmas falhas, em uma situação um pouco distinta da responsabilidade civil clássica, pensada em termos privados.

Assim, embora a fórmula de Hand tenha sido concebida para casos de responsabilidade civil extracontratual nas relações regidas pelo direito privado, tem-se que, teoricamente, ela também seria aplicável, *mutatis mutandi*, nas hipóteses de controle dos atos estatais, em especial concernente aos gastos públicos, visando a responsabilização dos agentes estatais que dessem causa ao dano.

A ideia de uma responsabilização pública parece ser patente nos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. Nessa toada, como pontifica Figueiredo (2002), “aos princípios do Estado de Direito deve corresponder necessariamente à obrigação de se responsabilizar o Estado por condutas que atinjam os administrados, sejam estas lícitas ou ilícitas”.

Acompanhando uma evolução no que tange à responsabilização estatal, iniciada com a ideia justamente oposta de irresponsabilidade do Estado (*the king can do no wrong; le roi ne peut mal fare*), passando pelas concepções de responsabilidade mediante comprovação de culpa nos moldes civilistas e pela chamada culpa anônima (*faute du service* entre os franceses), chega-se ao ponto, em diversos ordenamentos jurídicos, incluso o brasileiro, da responsabilidade Estatal dita objetiva, que se pauta na prescindibilidade da comprovação da culpa (em sentido lato), bastando que se comprove (em regra) a presença do dano causado e sua relação (nexo de causalidade) com alguma conduta atribuída ao Estado.

Não obstante a existência de uma responsabilidade objetiva para o ente Estatal, deve-se rememorar que no Brasil, com base no artigo 37, § 6º, parte final, da Constituição Federal de 1988, os agentes públicos somente respondem, regressivamente<sup>5</sup>, pelos atos praticados no exercício de sua função no caso de comprovação de dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva).

Dessa maneira, para os restritos propósitos desta pesquisa, limitar-se-á a investigar a aplicação da fórmula de Hand aplicável à responsabilidade dos agentes públicos (e não a do Estado), justamente por demandar um elemento essencial para a formulação de Hand, qual seja, a culpa.

Nessa toada, tratando de atos públicos, poder-se-ia cogitar, por exemplo, que, na prática de determinados atos estatais “B” (ônus com precaução), deveria sempre incluir, além das cautelas gerais esperadas, inclusive, de atos praticados entre particulares, a realização do procedimento licitatório devido; o atendimento às normas legais (afinal, lembre-se da célebre lição de que administrar é aplicar a lei de ofício); a atenção aos entendimentos vinculantes dos órgãos de cúpula da Administração Pública bem como do Supremo Tribunal Federal. Assim, os gastos de precaução do ente público serão, na maior parte das

5 “Há, pois, expressa previsão de retorno da pessoa de Direito Público ou de Privado prestadora de serviço Público contra o agente causador do dano uma vez ocorrentes os seguintes requisitos: a) tenha sido condenado a indenizar terceiro por ato lesivo do agente; b) o agente responsável haja se comportado com dolo ou culpa” (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 1017).

vezes, invariavelmente maiores do que os exigidos aos particulares. Seguindo, tem-se que em “P” (probabilidade do dano), em particular na realidade brasileira, deve-se considerar o risco de corrupção, que, por vezes, ocupa a maior parte da probabilidade de dano. Embora ainda não haja um debate sério acerca dessa questão, é preciso que se considere como fator determinante da responsabilização do agente público se ele deu margem à ocorrência da corrupção. A prática de atos sob sigilo, em desatendimento a algumas normas, em favorecimento, ainda que não intencional, de familiares, dentre tantos outros, faz que com haja maior probabilidade da ocorrência de atos corruptivos dentre da Administração Pública, ainda que quem os deu causa não esteja diretamente envolvido na corrupção. Por fim, “L” (dano efetivo) deve levar em conta não somente os danos materiais imediatos e efetivos, mas também as hipóteses de má aplicação de dinheiro público, invocando-se aqui, principalmente, ainda que não exclusivamente, o princípio da economicidade<sup>6</sup>. Determinada contratação, e.g., poderia ter sido feita nos termos legais e ter sido concluída sem nenhum aparente prejuízo ou dano à Administração Pública e/ou à sociedade. No entanto, sob a ótica da economicidade, evidencia-se possível observar que aqueles gastos acabaram sendo muito maiores do que o necessário, tendo em vista a prática de atos não econômicos e não eficientes, gerando, sim, prejuízo ao Estado.

Conclui-se, portanto, que, adaptando a fórmula de Hand às hipóteses de responsabilização de agentes públicos, ela seria cabível, interpretando-a literalmente, sempre que  $B < P \times L$ , mas devendo-se incluir no conceito de B os atos legalmente exigidos para os procedimentos da Administração Pública; no de P, a probabilidade de determinadas condutas facilitarem a prática de atos de corrupção; e, no de L, os danos analisados sob o viés do princípio da economicidade.

6 No que se refere ao parâmetro de controle por meio da economicidade, merecem transcrição completa as conclusões de Bugarin (1999), que analisa este aspecto sob um completo prisma constitucional, concluindo que esse princípio aproxima o Tribunal de Contas da Administração Pública, em uma atuação gerencial de evidente colaboração: “Ante todo o exposto, infere-se que o princípio constitucional da economicidade da gestão de recursos e bens públicos autoriza o ente político-administrativo encarregado do específico e peculiar afazer hermenêutico constitucional – o TCU –, ao exame, ‘*pari passu*’, dos elementos de fato informadores dos diversos processos subjetivos de tomadas de decisão de gastos/investimentos públicos ‘*vis-à-vis*’ o conjunto objetivo dos resultados alcançáveis, qualificando-os, efetiva ou potencialmente, como ganhos ou perdas sociais, evitando-se, desse modo, a despesa pública antieconômica e a consequente perpetração de muitas vezes irremediável, prejuízo social. Pode-se, assim, em síntese, afirmar que o Tribunal de Contas da União é destinatário de explícita autorização constitucional para desempenhar, de modo independente, porém harmônico, verdadeiro papel de parceiro da administração pública federal, constituindo-se, com fulcro em competências e prerrogativas específicas, em imprescindível colaborador, e assumindo, em consequência, ativo papel institucional na condução dos destinos da sociedade brasileira”.

Imagine a situação hipotética de um administrador público que, para a construção de uma escola, faz o devido procedimento licitatório, na modalidade concorrência, para a contratação de mão de obra e pessoal, passando pelos trâmites legais e adjudicando a contratação da obra à empresa “X”, vencedora do certame licitatório, que, posteriormente, executa o contrato acordado (gasto de todo o procedimento, bem como das medidas de fiscalização e controle da execução da obra é de 500). Durante o procedimento licitatório, ao invés de publicar o edital da licitação no Diário Oficial da União, como exigido por Lei (artigo XX da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), somente se afixou no mural da repartição pública (risco de corrupção de 5% + risco da inexecução como o pretendido de 25%). Finalizada a obra, apurou-se que havia pequenas falhas na estrutura da obra, bem como que o projeto de construção da escola feito pela própria Administração se mostrava muito mais oneroso que outros projetos adotados anteriormente pela Administração para o atendimento dos mesmos fins (dano decorrente das falhas e do prejuízo pela opção do contrato mais oneroso de 2000). Assim, aplicando a regra de Hand ao caso apresentado (verifica-se a negligência ensejadora da responsabilização se  $B < P \times L$ ), tem-se que B (500) é de fato menor que P (30%) x L (2000), que equivale a 600. Logo, em uma primeira análise literal, teria havido negligência na atuação do administrador público, o que acarretaria sua responsabilização.

No entanto, a melhor interpretação a se fazer da fórmula de Hand não é a literal, que conduz a ideia de que só não terá negligência quando B for maior ou igual a  $P \times L$ . Da perspectiva econômica, deve-se considerar que será mais benéfico sempre que os custos de precaução forem menores que o custo do dano, uma vez que, estando eles no limiar de negligência (1:1), ao agente seria indiferente atuar com cautela ou não, já que os custos seriam os mesmos.

A melhor interpretação a ser dada, portanto, trilhando as lições de Papayannis, é a que mede a relação entre a precaução e o valor esperado do dano em termos marginais, isto é, será negligente aquele que não adotar medidas acautelatórias cujo benefício marginal seja superior a seu custo marginal. Para melhor ilustrar, observe-se a tabela a seguir, partindo-se da situação hipotética acima exposta:

| Medidas de precaução | Probabilidade de ocorrência | Dano esperado | Custo do dano |
|----------------------|-----------------------------|---------------|---------------|
| 500                  | 30,00%                      | 2.000         | 600           |
| 650                  | 20,00%                      | 1.800         | 360           |
| 1.000                | 15,00%                      | 1.500         | 225           |
| 1.300                | 11,00%                      | 1.100         | 121           |

(Tabela elaborada pelos autores)

Como se nota, caso se passasse a investir 700, em vez de 500, com medidas de cautela, o custo marginal dessa medida seria de 150, enquanto o benefício marginal seria a diferença entre o dano esperado, que seria de 200. Já se se passasse a investir 950 com medidas de cautela, o custo marginal seria de 350, enquanto o benefício marginal seria de 300. Logo, nesse caso, segundo a melhor interpretação a ser dada à fórmula de Hand, figura-se mais vantajoso economicamente investir 650 do que investir 1.000, embora ambas as medidas, de acordo com a interpretação literal da fórmula de Hand, fossem caracterizadoras da negligência.

A questão problemática que se verifica como vetor de aferição da responsabilidade ou não dos agentes públicos é o dever de aplicação ótima dos dinheiros públicos. Assim, o que se observa de forma clara no Brasil, em atenção à formulação de Hand, é a ocorrência de duas hipóteses principais: i) os cuidados de precaução são menores que o dano multiplicado pela probabilidade de sua ocorrência; ii) os cuidados de precaução são extremamente maiores que o dano multiplicado pela probabilidade de sua ocorrência.

Na primeira situação, a fórmula de Hand tem sua utilidade, uma vez que, aplicando-se corretamente a interpretação de acordo com a relação marginal entre custos e benefícios, é possível a aferição da conduta negligente ou não, sempre buscando o melhor resultado do ponto de vista econômico.

No segundo caso, embora não tenha, à primeira vista, havido negligência do agente público, que tomou medidas de precaução muito superiores ao dano esperado, a falta de atuação de acordo com um ponto ótimo de eficiência, isto é, que os gastos com controle e precaução sejam na medida necessária à prevenção do dano, faz com que o excesso do custo de cautela seja também indesejado ao interesse público – além de se chocar com o próprio princípio da eficiência, atualmente expresso no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal brasileira.

Isso ocorre, por exemplo, quando se está diante de uma legislação extremamente burocrática, com exigências documentais muitas vezes repetidas e desnecessárias, aumentando consideravelmente o custo da prevenção, afastando-se do ponto ótimo de eficiência esperado. O pior é que, não raro, as excessivas exigências não cumprem com seu mister de prevenção, considerando-se um gasto inócuo, sem correspondência com o objetivo de cautela almejado.

O entendimento aqui, em certa medida, é o mesmo adotado em relação à responsabilidade civil extracontratual nas relações de direito privado. Como salientado por Papayannis, a existência da prevenção de danos a qualquer custo é um mito da análise econômica. Como aponta o autor argentino: *“Lo que está claro es que no dejamos de realizar estas obras para prevenir las muertes que estadísticamente sabemos que ocurrirán. Tampoco utilizamos los productos más seguros que la tecnología pone en nuestras manos, sino que nos conformamos con un nivel razonable de seguridad, porque a partir de cierto punto ésta es demasiado costosa”* (2009, p. 111).

No entanto, tratando-se da Administração Pública, no exercício da função administrativa, o nível razoável de precaução, tendo em conta os gastos produzidos, tende a ser um pouco mais delicado. Tem-se que o modelo ideal de razoabilidade da precaução seria a equivalência entre o ônus de cautela em relação ao resultado danoso esperado. A bem da verdade, essa lógica, do ponto de vista econômico, embora seja mais evidente na relação pública, é aplicável indistintamente, pois *“sería absurdo, por ejemplo, invertir 60 para evitar un daño de 50”* (PAPAYANNIS, 2009, p. 157).

Nesse ponto, a fim de que se preserve o interesse público, a regra de Hand é aplicável não para se determinar a conduta negligente segundo a interpretação literal, mas, sim, segundo a relação de custo e benefício em termos marginais.

Aqui, os mencionados problemas da fórmula de Hand no que concerne à falta de informação<sup>7</sup> mostram-se ainda mais agravados, pois, se a ausência de dados muitas vezes não permite a aferição do custo dos ônus de precaução acima do dano e sua probabilidade, mais difícil ainda é lograr encontrar o ponto ótimo em termos marginais.

---

7 Papayannis (2009, p. 159) ainda traz uma terceira interpretação sobre a regra de Hand, considerando a sua aplicação em termos marginais com informação limitada. Embora, nesse caso, a aplicação da formulação se aproxime da atividade empírica realizada pelos Tribunais e agentes públicos, do ponto de vista teórico, que é o que se pretende demonstrar aqui, a segunda interpretação continua sendo a mais completa.

Embora o problema de informação adequada seja comumente atribuído aos Magistrados, que não a possui quando um problema de responsabilidade lhe é posto para decisão, pode-se muito bem alargar dita problemática aos próprios agentes públicos, pois, ainda que, em um modelo ideal e abstrato, pudessem agir pautados nos elementos da regra de Hand, carecia a eles aquelas informações, agindo muitas vezes com negligência pela falta daquelas.

Apesar de teoricamente aplicável a fórmula de Hand aos casos de responsabilização de agentes públicos, em especial na sistemática brasileira, e válida no sentido de aprimorar o debate sobre quais elementos devem ser tomados em consideração para a aferição da responsabilidade, a verdade é que, se a aplicação da fórmula de Hand já se evidencia escassa e incompleta nos casos gerais de responsabilidade civil extracontratual, no que se refere à sua utilização para os casos de que ora se trata a situação mostra que a mencionada formulação teórica encontra ainda menos espaço, servindo, quando muito, como uma análise mínima e mitigada do patamar de cautela esperado dos agentes estatais.

## Conclusão

O que se pretendeu aqui não foi mais do que lançar breves considerações acerca da AED, em particular no que se refere à formulação apresentada pelo Magistrado Learned Hand.

Ainda que indigitada regra possa ter seu valor, percebeu-se que seu caráter, às vezes simplista, não permite sua aplicação sem ressalvas, sendo de parca utilização pelos Juízes. Contudo, buscou-se aplicá-la a uma hipótese ainda não ventilada anteriormente, qual seja, a da responsabilização dos agentes públicos.

O que se concluiu foi que, a fim de se adequar a regra de Hand aos casos de responsabilidade de agentes públicos, em especial sob a ótica da realidade brasileira, faz-se mister a inserção de elementos próprios das relações tomadas pela Administração Pública, como o risco de corrupção, a exigência do estrito cumprimento à lei, ou ainda a invocação do princípio da economicidade. Porém, do ponto de vista geral, seus traços mantêm-se os mesmos, principalmente no que se refere às falhas e aos problemas em sua interpretação.

As falhas sentidas na utilização da fórmula de Hand para os casos de responsabilidade dos agentes estatais, que são as mesmas a quaisquer outros casos, podem ser, na compreensão deste artigo, divididas em dois grandes grupos.

O primeiro remete ao seu caráter simplista, que desconsidera fatores como ausência de informação, pouca aplicabilidade prática ou necessidade da fixação de critérios de diligência *ex facto* e *ante facto*.

Por mais atraente que a representação algébrica da responsabilidade civil possa parecer, indicando – erroneamente – maior simplificação na tomada de decisões, ela trabalha em um campo descolado do plano social e probatório (linguagem essencial para o trabalho do Direito), perdendo, pois, a eficácia visada quando da sua aplicação.

O segundo reside na problemática surgida, por vezes, na tentativa de se realizar uma inter-relação não natural entre sistemas diversos. Embora não se desconheça que o sistema do Direito e da Economia possuam influências recíprocas, como já apontava claramente Posner (2008, p. 38)<sup>8</sup>, a transposição quase que automática de determinados elementos de uma para a outra, sem que haja sua inserção nesse novo sistema por meio da linguagem e dos instrumentos adequados, pode acabar por desvirtuá-los, não tendo, assim, a utilidade inicialmente pretendida.

De fato, não obstante a relevância da interdisciplinaridade, ela deve ser invocada com cautela, somente quando as bases de cada uma das disciplinas a serem cotejadas estiverem devidamente consolidadas, e com o cuidado de efetuar seu inter-relacionamento de maneira consciente, em especial aos obstáculos existentes em cada sistema, sob pena de simplificar sobremaneira determinadas questões.

Apesar de todas as falhas e críticas aventadas, o desvelamento de novas abordagens metodológicas, como ressaltado introdutoriamente, sempre se afigura útil para (re)pensar antigas questões. Assim, nesse ponto, a regra de Hand ainda possui sua utilidade à produção do conhecimento.

8 “Que la economía tiene una relación con el derecho es conocido por lo menos desde la discusión Hobbesiana sobre la propiedad en el siglo XVII. Tanto David Hume como Adam Smith expusieron las funciones económicas del derecho. Ya en 1930, diversos campos legales, mayormente el derecho de la competencia y la regulación de los servicios públicos, que tenían una relación explícita con la competencia y el monopolio, venían recibiendo la atención sostenida de los principales economistas ingleses y estadounidenses (la competencia y el monopolio han recibido la atención de economistas desde Adam Smith; de aquí la calificación de “sostenida”). Y, mirando hacia atrás, puede encontrarse literatura económica vinculada a otros campos del derecho, como el notable trabajo de Robert Hale sobre derecho contractual, que también data de los años treinta” (POSNER, 2014, p. 38).

## Referências

- ACCIARRI, Hugo A.; ROMERO, Melisa. La Fórmula de Hand y el Cheapest Cost Avoider en el Derecho de Daños Argentino. **La Ley Buenos Aires**, v.5, p. 517-526, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BATTESINI, Eugênio. Análise econômica da responsabilidade civil: a aplicação da regra de Hand no Brasil. In: **III Conferência Anual da Associação Brasileira de Direito e Economia – ABDE**, 20-22 de outubro de 2010, Nova Lima, Minas Gerais, Brasil.
- BUGARIN, Paulo Soares. O Princípio Constitucional da Economicidade. **Correio Braziliense**, Brasília, 12 abr. 1999.
- CAMINHA, Unie; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. Direito e Economia, Responsabilidade Civil Contemporânea e Desenvolvimento Econômico. **RJurFA7**, Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 33-47, jul./dez. 2015.
- CODERCH, Pablo Salvador; GAROUPA, Nuno; LIGÜERRE, Carlos Ignacio Gómez. El círculo de responsables: La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, 4: 3, p.1-34, 2005.
- CORRALES, Carlos Floriano. **Derecho y economía: una aproximación al análisis económico del derecho**. Cáceres: Universidad de Extremadura, 1998.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27 jun. 2013.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- JASPER, Eric Hadmann. A filosofia da análise econômica do direito. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 92/2010, p. 98-128, mai./jun. 2010.

PAPAYANNIS, Diego M. **Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 5. ed. New York: Little, Brown and Company, 1998.

\_\_\_\_\_. El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker. **THÊMIS-Revista de Derecho**, v. 44, p. 37-54, 2014.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Redução da Justiça à Eficiência: Da Justiça Plurocrática à Justiça focada em realizações**. 2013. 558 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

WRIGHT, Richard W. The standards of care in negligence law. In: OWEN, David G.(Org.). **Philosophical Foundations of Tort Law**. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 249-275.

# Direito do Consumidor Bancário em Perspectiva: os avanços do direito material e os desafios do direito processual

Adisson Leal\*

João Paulo Resende Borges\*\*

*Introdução. 1 O Direito do Consumidor bancário à luz dos novos paradigmas do Direito Civil. 1.1 O princípio da boa-fé nas relações obrigacionais. 1.2 A boa-fé objetiva e o direito do consumidor bancário. 1.3 A regulação de conduta dos fornecedores de serviços financeiros no âmbito infralegal: as ações do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil. 2 A tutela coletiva do consumidor bancário: um grande desafio. 2.1 As ações coletivas. 2.1 Súmula vinculante, súmulas impeditivas de recursos e recursos repetitivos. 3 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Conclusão.*

## Resumo

Os avanços do direito material consumerista na tutela objetiva dos consumidores bancários (a convergência do sistema do direito do consumidor bancário aos novos paradigmas do direito civil, em especial à boa-fé, assim como a edição de atos infralegais pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do

---

\* Mestre em Direito Constitucional e doutorando em Direito Civil pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Potiguar. Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

\*\* Pós-graduado em Gestão Governamental e Políticas Públicas pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília e em Ciências Econômicas pela UPIS Faculdades Integradas. Discente em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Analista Especialista do Banco Central do Brasil.

Brasil) não foram acompanhados de inovações efetivas em aspectos processuais, relativos à tutela coletiva desses consumidores. Ainda que a ação civil pública, as súmulas e os repetitivos tenham representado avanços diante da tradicional tutela subjetiva singular de direitos, eles não foram eficazes em reduzir o volume de processos judiciais relativos a contratos de massa celebrados entre instituições financeiras e clientes. Diante desse contexto, com o objetivo de contribuir para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como é o caso do direito do consumidor, o Código de Processo Civil de 2015 instituiu o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Não obstante, o caráter recente dessa Lei e os questionamentos de importantes doutrinadores levantam dúvidas acerca da real capacidade de esse instituto superar os desafios processuais da tutela dos direitos subjetivos dos consumidores bancários.

**Palavras-chave:** Direito do Consumidor. Instituições Financeiras. Boa-fé objetiva. Tutela coletiva. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

***Banking Consumer Law Analysis: advances in terms of substantive law and challenges in procedural law.***

***Abstract***

*In the last decade, advances in the banking consumer's protection in terms of substantive law (the convergence of the banking consumer law system with the new paradigms of civil law, especially the good faith principle, as well as the publishing of legal acts by Brazil's Monetary Council and Central Bank) were not accompanied by effective innovations in consumer's procedural collective rights. Although public civil action and stare decisis represented a breakthrough in the face of the traditional individual-rights protection, they have not been effective in reducing the volume of lawsuits over mass contracts between financial institutions and clients. Against this background, Brazil's Procedure Civil Code, published in 2015, brought the Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), a process institute that can contribute to the protection of diffuse, collective and individual-homogeneous rights, as is the case of consumer law. Nevertheless, the recency of*

*this Law and questions from experts raise doubts about the capability of this new institute overcoming procedural challenges of banking consumer protection.*

**Keywords:** *Consumer Law. Financial Institutions. Good Faith. Collective protection. Procedural incident to resolve repetitive demands.*

## Introdução

A promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, os novos paradigmas do Direito Civil, aplicáveis ao direito consumerista pela adoção do diálogo das fontes, bem como a edição de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo Banco Central do Brasil (BC), regulando a transparência, a ética, a cooperação e a proporcionalidade nas relações entre instituições financeiras (IFs) e seus clientes, oportunizaram um amplo avanço do Direito do Consumidor no âmbito material.

Aliada a esse avanço, a acentuação do fenômeno do consumo de massa tornou mais complexas as relações entre consumidores e fornecedores, fazendo surgir novas controvérsias no âmbito jurídico.

A conjugação desses dois fatores, ainda que não exclusivamente, contribuiu para o aumento da quantidade de processos nos tribunais e nos juízos de 1º grau. Destaca-se que as IFs ocupam a primeira colocação entre os maiores setores litigantes na Justiça Estadual e a segunda colocação entre os maiores litigantes na Justiça Federal, atrás apenas do setor público federal.

Grande parte dos processos envolvendo as relações entre IFs e clientes destina-se a tutelar demandas repetitivas, relativamente a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Essas demandas não costumam envolver pretensões complexas nem requerer profunda instrução probatória. Apesar disso, o processo civil individual, em sua estrutura tradicional, não tem sido capaz de tutelá-las eficazmente.

Dessa maneira, o objetivo do presente trabalho é investigar se, em termos de direito processual, a tutela coletiva do consumidor bancário apresentou avanços equivalentes aos apresentados no âmbito do direito material.

## 1 O Direito do Consumidor bancário à luz dos novos paradigmas do Direito Civil

Quando da edição do CDC, em 1990, as relações civis comuns eram regidas pelo Código Civil (CC) de 1916, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Esse ato normativo foi sendo aos poucos revogado tacitamente, uma vez que se tornara anacrônico diante das mudanças sociais e principalmente devido ao advento da Constituição Federal de 1988.

Com a edição do CC de 2002, os operadores do direito se debruçaram sobre uma possível antinomia entre o CDC e o novo CC. A questão foi resolvida sob o entendimento de que, em caso de conflito entre as normas das duas leis, deveria prevalecer o diploma consumerista, tanto por ser regra mais específica quanto pelo fato de decorrer de expressa previsão constitucional.<sup>1</sup>

Não obstante, ganhou força no mundo jurídico brasileiro a corrente do diálogo das fontes, que propõe um diálogo harmonioso entre os diplomas privados, sem a necessidade de exclusão de uma norma em detrimento da outra, de forma a aplicá-las de maneira sincronizada. Essa doutrina deriva da fragmentação do direito civil ao longo dos tempos (MARQUES, 2011).

Nesse sentido, o ordenamento jurídico civil passou a ser composto de um macrossistema, regulado pelo CC de 2002, e por microssistemas que tutelam situações específicas, especialmente atinentes aos hipossuficientes, tais como consumidores, idosos, crianças e adolescentes.

Assim, os contratos e os procedimentos bancários, que tutelam as relações entre IFs e clientes, além de serem regidos pela disciplina do direito do consumidor, inserem-se no âmbito do regramento da vida civil.

Acerca do CC de 2002, ele se funda em três princípios: socialidade, eticidade e operabilidade. O primeiro se constitui na mitigação do individualismo pela função social, que significa o exercício da autonomia privada em direção à realização da dignidade humana, da personalidade e dos valores constitucionais (EFING, 2012).

Por seu turno, a eticidade reconhece a pessoa como centro de emanção ética, ou seja, como um ser que tem valor próprio, um projeto a realizar. Ademais,

---

1 Art. 5º, XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

orienta no sentido da consagração da boa-fé nas relações interpessoais, tema que aprofundaremos mais adiante. Já o princípio da operabilidade busca garantir a efetividade do direito, bem como assegurar a durabilidade do Código por intermédio de um sistema de “autoatualização” viabilizado pelo recurso a novas técnicas legislativas, tais como as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. Dessa forma, garante-se que o texto legal seja mais aberto, de modo que o seu conteúdo normativo possa evoluir por intermédio de um exercício de colmatação empreendido pelo magistrado, baseado na dinâmica da atividade social. Em termos gerais, o paradigma atual do direito civil é o do pós-positivismo, marcado pela superação da dicotomia formal e didática entre direito público e privado, em que a hermenêutica constitucional passou a exigir uma aproximação entre ética e direito. Nele, a autonomia privada foi mitigada devido à força normativa da Constituição. Assim, o Estado Democrático de Direito, centrado na dignidade da pessoa humana, proclamou a despatrimonialização e a personalização do direito privado.

Nesse sentido, também as relações obrigacionais passaram a ser guiadas em uma perspectiva solidarista. A tradicional bipartição de débito e responsabilidade passou a servir apenas como um primeiro passo para o entendimento do complexo campo das obrigações, que devem ser analisadas sob uma perspectiva voltada à tutela das situações existenciais e da dignidade humana (FARIAS, 2012).

## 1.1 O princípio da boa-fé nas relações obrigacionais

Para além das obrigações de dar, fazer e não fazer (moldadas pela autonomia privada), o sistema civil-constitucional concebeu a existência de deveres anexos, laterais ou instrumentais, acrescidos à obrigação pela via do princípio da boa-fé objetiva. A base desses deveres é a confiança, a qual deve estar refletida em todas as formas de contrato social (MARQUES, 2011). Trata-se, portanto, da tutela da legítima expectativa daquele com quem se contrata.

A boa-fé tomou a feição de dever central de todas as relações jurídicas. Essa cláusula significa que as partes contratantes devem agir de acordo com normas de conduta pautadas na seriedade e na ausência de malícia ou de pretensão de se locupletar indevidamente (ASSIS NETO, 2014).

A acepção objetiva da boa-fé relaciona-se ao fato de que ela é examinada externamente, pouco importando a convicção dos sujeitos de direito, ou seja, a aferição se dá em relação à harmonia ou não com o modelo de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico, entendido como padrão de atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura e honestidade (ASSIS NETO, 2014).

Esse princípio passou a preencher a lacuna nos casos em que os tradicionais princípios das obrigações (autonomia privada, autovinculação, responsabilidade por culpa) eram insuficientes, como nos casos de contrato de adesão e de cláusulas abusivas. De início, portanto, a função central da boa-fé é servir de critério hermenêutico.

Além disso, a boa-fé objetiva pode ser entendida como a base da finalidade concreta de um contrato. O motivo de um ato jurídico é irrelevante para o direito em razão de sua subjetividade e só vicia o negócio quando expresso como razão determinante. De modo diverso, a finalidade é a própria causa motriz dos contratos (CORREIA, 2016).

Para a identificação da finalidade específica de um contrato, é imprescindível o recurso à cláusula da boa-fé. Esse princípio permite tomar em consideração os fins concretos que as partes buscavam na celebração do negócio, e não os fins que o direito visa assegurar de forma geral. Assim, o recurso à boa-fé objetiva resolve problemas não equacionados no campo dos motivos negociais (CORREIA, 2016).

Ainda, a boa-fé provocou total turbulência na imagem sonolenta da obrigação como simples resultado da prestação formalizada do contrato, de modo que a relação obrigacional passou a ser encarada como verdadeiro processo. O fluxo obrigacional passou a ser entendido como multifacetado, passando a incluir não apenas o momento da celebração da obrigação e da execução da prestação, mas também as fases pré e pós-obrigacional, ou seja, os sujeitos se vinculam antes, durante e após as obrigações.

Em outras palavras, credores e devedores não estabelecem relações de subordinação, mas de cooperação, a fim de que o adimplemento se verifique da forma mais satisfatória ao credor e menos onerosa ao devedor. Nesses termos, eles são idênticos titulares de direitos fundamentais e, portanto, devem visualizar, um no outro, deveres de proteção, cooperação e informação, preservando-se o princípio da solidariedade (FARIAS, 2012).

## 1.2 A boa-fé objetiva e o direito do consumidor bancário

No âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.591, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a aplicabilidade do CDC às relações entre as instituições do Sistema Financeiro Nacional e os usuários de seus produtos e serviços.

Nesse contexto, restou assente a disciplina dos contratos bancários pelos dois diplomas legais: CDC e CC de 2002, ambos marcados por um forte conteúdo principiológico, em que um dos pilares é justamente o princípio da boa-fé objetiva.

A boa-fé possui três funções: i) otimização do comportamento contratual; ii) reequilíbrio do contrato; e iii) limite ao exercício de direitos subjetivos (COSTA, 2000).

A primeira função, além de pressupor o dever de atuação de forma cooperativa e deveres instrumentais ou laterais de conduta, atribui à boa-fé o papel de critério de interpretação dos negócios jurídicos.

Como dissemos, a boa-fé objetiva empreende a criação de deveres anexos, que impõem uma análise multidimensional da obrigação, superando a visão estanque em torno da obrigação principal. Trata-se de deveres impostos por lei, como consectários da boa-fé objetiva e, portanto, desvinculados das vontades das partes (LEAL, 2016). Sobre os deveres anexos, destacamos dois enunciados das Jornadas de Direito Civil do CJP acerca do art. 422 do CC de 2002: o Enunciado nº 24 preleciona que “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil<sup>2</sup>, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa; o Enunciado nº 363 assevera que os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”. Ambos reafirmam a natureza objetiva dos deveres anexos.

A violação aos deveres anexos é denominada de Violação Positiva do Contrato (VPC) e se diferencia do inadimplemento absoluto<sup>3</sup> e do inadimplemento relativo<sup>4</sup>

2 “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

3 O inadimplemento absoluto ocorre quando for impossível a realização da prestação ou quando, apesar de possível o cumprimento da prestação, o adimplemento não for mais interessante ao credor (LEAL, 2016).

4 O inadimplemento relativo, ou mora, se constitui no não cumprimento da prestação no tempo, lugar e forma devidos (LEAL, 2016).

(mora) porque se aplica a uma série de situações práticas de inadimplemento que não se relacionam com a obrigação principal, ou seja, constitui-se na violação a deveres ligados à proteção dos contratantes em todo o desenvolvimento obrigacional, não ligados à prestação propriamente dita (LEAL, 2016).

Na prática, a VPC consiste em um conceito obtido por exclusão; e, no Brasil, como a visão de mora é mais abrangente do que em outros países, a abrangência da VPC é menor (LEAL, 2016). Contudo, com base na função integrativa da boa-fé, a jurisprudência pátria tem cada vez mais adotado a disciplina da VPC no âmbito das relações civis, inclusive consumeristas.

A segunda função da boa-fé objetiva é ensejar a revisão contratual quando o relativo equilíbrio entre prestação e contraprestação, que deve presidir os contratos bilaterais e sinalagmáticos, é quebrado em razão da imprevisão ou da onerosidade excessiva.

Em relação às operações bancárias, há um “surto das chamadas ações revisionais, nas quais pretendem os aderentes, grosso modo, realinhar a dívida e demonstrar eventual excesso, desequilíbrio entre as partes, acoimado de lesivo o ato jurídico” (ABRÃO, 2008, p. 467). Nesse ponto, é importante ressaltar que as ações revisionais de contratos consumeristas são distintas das dos demais contratos civis.

O CDC adotou a teoria da base objetiva do negócio, que, diferentemente da teoria da onerosidade excessiva de que trata o art. 478<sup>5</sup> do CC, não exige que a desproporção tenha por causa acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis. Tem-se, portanto, uma imediata correlação entre a revisão do contrato e o princípio da boa-fé (COSTA, 2000). Ademais, permite apenas ao consumidor invocar a onerosidade excessiva, uma vez que parte do pressuposto de sua vulnerabilidade.

O conteúdo dessa teoria encontra-se previsto explicitamente no art. 6º, V<sup>6</sup>, do CDC. A primeira parte deste dispositivo permite a modificação de cláusulas contratuais que, embora perfeitamente válidas, foram pactuadas de tal maneira que estabelecem prestações desproporcionais. A segunda parte trata do caso de

---

5 “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

6 “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

evento superveniente que gerou um posterior desequilíbrio contratual, onerando excessivamente o consumidor (EFING, 2012).

Em ambos os casos (CC e CDC), contudo, a jurisprudência brasileira tem adotado a teoria da onerosidade excessiva apenas de forma tímida e cautelosa (EFING, 2012). O intuito é conferir uma tutela ao consumidor que não iniba a liberdade de iniciativa e permita o desenvolvimento econômico.

A terceira importante função da boa-fé objetiva é limitar o exercício abusivo do direito, impedindo comportamentos contraditórios, preservando a lealdade e a cooperação. A proibição ao *venire contra factum proprium* se constitui em regra de conteúdo ético, adotada pela jurisprudência e pela doutrina nos diversos países de tradição romano-germânica, independentemente de previsão legal específica (EFING, 2012).

No âmbito dessa última função, merece destaque a *surrectio*, ou seja, o nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento contraditório (EFING, 2012). Um importante exemplo é o direito a requerer judicialmente a anulação de cláusula contratual abusiva. Sobre o assunto, o art. 51 do CDC traz hipóteses exemplificativas de cláusulas abusivas, além de manifestar a opção pela manutenção do contrato, conforme o § 2º<sup>7</sup> desse artigo.

Para os contratos bancários, merece menção o art. 52<sup>8</sup> do CDC, que, além de tratar como um dever a informação prévia e adequada sobre produtos e serviços financeiros, limita expressamente o percentual das multas de mora e assegura ao consumidor bancário a liquidação antecipada do débito.

Essas disposições do CDC, contudo, não esgotam a tutela do consumidor no caso de prática contraditória e abusiva por parte do fornecedor. Tendo em vista a aplicação do diálogo das fontes, os contratos bancários estão sujeitos às causas de nulidade do contrato em si, decorrente da teoria geral dos contratos do CC. As hipóteses de anulabilidade do contrato se referem aos vícios de consentimento

7 “Art. 51. [...] § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”

8 “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.”

(erro; dolo; coação; estado de perigo; lesão; fraude contra credores), além dos negócios celebrados por pessoa com incapacidade relativa. Por sua vez, as hipóteses de nulidade constam dos arts. 166 e 167 do Código. Em todos esses casos, observa-se a violação ao princípio da boa-fé.

### 1.3 A regulação de conduta dos fornecedores de serviços financeiros no âmbito infralegal: as ações do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil

Sob o novo paradigma da boa-fé objetiva, tornou-se ainda mais relevante a regulação de conduta no âmbito das relações civis em geral e consumeristas. Não foi diferente para o caso das instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional (SFN).

Em um contexto em que a ampla maioria dos contratos bancários são contratos de adesão, com cláusulas de difícil entendimento e em que, pela própria natureza, os produtos e serviços financeiros não são facilmente inteligíveis pelos consumidores, a atuação do CMN, no sentido de ampliar a transparência nessa relação, vem prestando homenagem ao princípio da boa-fé.

Destaca-se, ainda, que não apenas os órgãos administrativos diretamente integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor têm competência para a fiscalização das relações de consumo, mas também outros órgãos administrativos de controle e regulação de relações de consumo, conforme o art. 55, § 3º, do CDC (EFING, 2012). Entre esses órgãos, inclui-se o BC no que se refere às relações entre instituições financeiras e seus clientes.

Além da competência de fiscalizar e controlar<sup>9</sup> o sistema bancário e financeiro e aplicar às IFs as sanções<sup>11</sup> previstas pela prática das infrações mencionadas na Lei nº 4.595, de 1964, também cabe ao BC a aplicação das sanções administrativas previstas no art. 56 do CDC. Assim, “evidencia-se a coincidência parcial das

---

9 “Art. 55 [...] § 3º Os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais com atribuições para fiscalizar e controlar o mercado de consumo manterão comissões permanentes para elaboração, revisão e atualização das normas referidas no § 1º, sendo obrigatória a participação dos consumidores e fornecedores.”

10 “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: [...] X – Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades prevista.”

11 “Art. 44. As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente [...]”

sanções a serem aplicadas pelo Banco Central, previstas na Lei nº 4.595/1964, com as disciplinas na Lei nº 8.078/1990” (EFING, 2012, p. 641).

Nesses termos, há resoluções do CMN e circulares e cartas-circulares do BC que primam pela boa-fé nas relações de consumo bancárias.<sup>12</sup> Esses atos normativos complementam, no que se refere às relações de consumo bancárias, as disposições do CDC e do CC. Não objetivam substituir os diplomas legais, uma vez que nem poderiam, por razões formais. Em verdade, estão em consonância com a doutrina do diálogo das fontes, atuando juntamente com as disposições legais para proteger os consumidores hipossuficientes.

A atualização do microssistema do direito do consumidor à luz do macrossistema civil, o aprofundamento da tutela do consumidor bancário pelos atos infralegais e a convergência do sistema do direito do consumidor bancário aos novos paradigmas do direito civil, em especial à boa-fé, revelam um avanço no direito consumerista material em torno da maior proteção dos usuários de produtos e serviços financeiros. Resta-nos examinar se esse mesmo avanço ocorreu em matéria processual.

## 2 A tutela coletiva do consumidor bancário: um grande desafio

Com a massificação das relações sociais, especialmente de consumo, tornou-se cada vez mais relevante a defesa coletiva<sup>13</sup>. O processo civil individual, em sua estrutura tradicional, começou a demonstrar sinais de fragilidade para atender

12 Resolução CMN nº 4.539, de 24 e novembro de 2016: dispõe sobre princípios e política institucional de relacionamento com clientes e usuários de produtos e de serviços financeiros. Resolução CMN nº 4.196, de 15 de março de 2013: dispõe sobre medidas de transparência na contratação e divulgação de pacotes de serviços. Resolução nº 4.197, de 15 de março de 2013: dispõe sobre medidas de transparência na contratação de operações de crédito, relativas à divulgação do Custo Efetivo Total (CET). Carta-Circular nº 3.593, de 19 de abril de 2013: esclarece acerca das disposições da Resolução nº 4.197, de 15 de março de 2013 (define a forma de cálculo dos percentuais de cada componente do fluxo das operações). Resolução CMN nº 4.433, de 23 de julho de 2015: dispõe sobre a constituição e o funcionamento de componente organizacional de ouvidoria pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Circular nº 3.503, de 26 de julho de 2010: dispõe sobre procedimentos complementares relativos ao funcionamento de componente organizacional de ouvidoria nas instituições financeiras, nas demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e nas administradoras de consórcio. Circular nº 3.512, de 25 de novembro de 2010: dispõe sobre o pagamento do valor mínimo da fatura de cartão de crédito e dá outras providências.

13 Diferentemente da tutela de direitos individuais, na tutela coletiva: i) a defesa judicial se faz por meio de legitimação extraordinária, enquanto nos conflitos individuais aquele que pede a prestação jurisdicional é, de regra, quem invoca a titularidade do direito defendido; ii) a destinação do produto da indenização normalmente é especial (fundo fluído, de utilização flexível na reparação do interesse lesado); iii) é necessário que a imutabilidade da decisão ultrapasse os limites das partes processuais (coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*); e iv) prepondera o princípio da economia processual (discute-se em uma única ação o direito de todo o grupo, classe ou categoria de pessoas).

ao novo fenômeno das demandas coletivas que se asseverou a partir da década de 1970 (GONÇALVES, 2015).

No Brasil, alguns fatores confluíram para a massificação das ações judiciais; dentre eles, a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988, que ampliou o acesso à justiça, promoveu a universalização de determinados serviços básicos e ampliou o crédito.

Em decorrência, houve a alteração do perfil de litigância, com um forte acréscimo de demandas idênticas ou similares (chamadas de demandas repetitivas, plúrimas ou em série). Essas demandas não costumam envolver pretensões complexas nem reivindicar profunda instrução probatória. Apesar disso, o sistema jurídico brasileiro não albergava instrumentos processuais aptos a resolverem essa nova situação de megacontrovérsias (GONÇALVES, 2015).

Construiu-se, no Brasil, um consenso no sentido de que o processo judicial clássico, baseado na tutela de interesses individuais, não era mais suficiente para resolver controvérsias carregadas de matizes sociais que afetam grupos, categorias ou classes de cidadãos (SIMÃO, 2015).

## 2.1 As ações coletivas

Antes mesmo da promulgação da CF de 1988, entrou em vigor a Lei da Ação Civil Pública (ACP), Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inspirada no modelo de *class actions* do sistema norte-americano. A ACP surgiu da necessidade de se tutelar direitos de uma coletividade que raramente era assistida pelo Estado, em específico direitos relacionados ao cotidiano (MAZZILI, 2008).

Por sua vez, o CDC trouxe disposições processuais próprias em matéria de defesa coletiva. O Código consumerista, no art. 81, parágrafo único<sup>14</sup>, definiu os direitos tutelados de forma coletiva. Além disso, esse ato normativo promoveu outras relevantes alterações. Citam-se: i) a aplicabilidade do CDC, no que for

---

<sup>14</sup> “Art. 81 [...] Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

cabível, à defesa dos interesses de que trata a Lei da ACP<sup>15</sup>; ii) a possibilidade de litisconsórcio facultativo entre Ministérios Públicos (MPs) de diferentes entes<sup>16</sup>; iii) a previsão de ajustamento de conduta<sup>17</sup>; e iv) a ampliação do rol de interesses sob a regulação da norma<sup>18</sup>.

Apesar dessas alterações legislativas mencionadas, a ação civil pública não se mostrou, ao longo do tempo, como uma solução adequada para os conflitos coletivos, tendo o número de processos no Brasil crescido continuamente. Em outras palavras, ela não promoveu a redução de litígios de massa.

Duas possíveis razões são: i) o fato de a legitimação para ajuizamento de ações civis públicas ser adstrita a um rol pequeno de entidades; e ii) a circunstância de que sentença não faz coisa julgada nas ações que tratam de interesses ou direitos individuais homogêneos, como são uma ampla parte dos direitos dos consumidores (SIMÃO, 2015).

## 2.2 Súmula vinculante, súmulas impeditivas de recursos e recursos repetitivos

Tendo em vista a ineficácia da ação civil pública para a defesa dos interesses difusos, coletivos e, principalmente, dos individuais homogêneos, novos institutos processuais adentraram o ordenamento jurídico brasileiro: a súmula vinculante; as súmulas impeditivas de recursos e de repercussão geral; e os recursos repetitivos.

O primeiro instituto foi previsto na Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, e regulamentado pela Lei Complementar nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Trata-se de enunciado aprovado pelo STF após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, com efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Importante destacar que o tema a ser disciplinado pela súmula vinculante deve ter relevância jurídica.<sup>19</sup>

15 “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

16 “Art. 5º [...] § 5º. Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.”

17 “Art. 5º [...] § 6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

18 “Art. 5º [...] II – [...] inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.”

19 Art. 2º, § 1º, da LC nº 11.417, de 2006: “O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão”.

Trata-se de um importante mecanismo de tutela coletiva do consumidor. Algumas súmulas<sup>20</sup>, inclusive, serviram ao ofício de tutelar as relações de consumo bancárias, pacificando demandas de massa.

Outra importante inovação em direito processual civil são as súmulas impeditivas de recursos, instituídas pela Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006, que, dentre outras alterações, modificou o art. 518, § 1º, do CPC de 1973, *ipsis litteris*: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. Essa mesma Lei introduziu no ordenamento jurídico pátrio a improcedência *in limine*<sup>21</sup> das demandas repetitivas no CPC de 1973, conforme art. 285-A<sup>22</sup>.

Também editada no ano de 2006, a Lei nº 11.418 acrescentou o art. 543-A<sup>23</sup> ao CPC (art. 1.035 do CPC de 2015), estabelecendo a súmula de repercussão geral, que também é impeditiva de recurso, mas restrita ao recurso extraordinário.

Os dois tipos de súmula (impeditiva e de repercussão geral) são importantes para limitar o grande vulto de processos em grau de recurso no Brasil.

20 Súmula 648: “A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar”. Súmula 596: “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”. Súmula 556: “É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista”. Súmula 508: “Compete à Justiça Estadual, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas em que for parte o Banco do Brasil S.A.”. Súmula 121: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”. Súmula 28: “O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista”.

21 A disciplina sobre a improcedência *in limine* está prevista no art. 332 do CPC de 2015.

22 “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”

23 “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.”

Especificamente acerca do direito do consumidor bancário, o STJ pacificou<sup>24</sup> entendimentos acerca de questões antes amplamente controversas, balizando interpretações e permitindo maiores isonomia e segurança jurídica.

- 24 Súmula 572: “O Banco do Brasil, na condição de gestor do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF), não tem a responsabilidade de notificar previamente o devedor acerca da sua inscrição no aludido cadastro, tampouco legitimidade passiva para as ações de reparação de danos fundadas na ausência de prévia comunicação”. Súmula 566: “Nos contratos bancários posteriores ao início da vigência da Resolução-CMN nº 3.518/2007, em 30/4/2008, pode ser cobrada a tarifa de cadastro no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira”. Súmula 565: “A pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, é válida apenas nos contratos bancários anteriores ao início da vigência da Resolução-CMN nº 3.518/2007, em 30/4/2008”. Súmula 550: “A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo”. Súmula 541: “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”. Súmula 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 nº 1.963-17/2000, reeditada como MP nº 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada”. Súmula 538: “As administradoras de consórcio têm liberdade para estabelecer a respectiva taxa de administração, ainda que fixada em percentual superior a dez por cento”. Súmula 530: “Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada – por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos –, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor”. Súmula 479: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”. Súmula 473: “O mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada”. Súmula 472: “A cobrança de comissão de permanência – cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato – exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual”. Súmula 450: “Nos contratos vinculados ao SFH, a atualização do saldo devedor antecede sua amortização pelo pagamento da prestação”. Súmula 422: “O art. 6º, e, da Lei nº 4.380/1964 não estabelece limitação aos juros remuneratórios nos contratos vinculados ao SFH”. Súmula 404: “É dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negatização de seu nome em bancos de dados e cadastros”. Súmula 388: “A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral”. Súmula 385: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”. Súmula 382: “A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade”. Súmula 381: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. Súmula 380: “A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor”. Súmula 379: “Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês”. Súmula 370: “Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado”. Súmula 369: “No contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituir-lo em mora”. Súmula 359: “Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição”. Súmula 328: “Na execução contra instituição financeira, é penhorável o numerário disponível, excluídas as reservas bancárias mantidas no Banco Central”. Súmula 323: “A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução”. Súmula 322: “Para a repetição de indébito, nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, não se exige a prova do erro”. Súmula 297: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Súmula 296: “Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado”. Súmula 294: “Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato”. Súmula 293: “A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”. Súmula 288: “A Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários”. Súmula 287: “A Taxa Básica Financeira (TBF) não pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários”. Súmula 286: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”. Súmula 285: “Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista”. Súmula 283: “As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura”. Súmula 258: “A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou”.

Em sequência, no ano de 2008, a Lei nº 11.672 introduziu a disciplina dos recursos especiais em demandas repetitivas no processo civil brasileiro. O CPC de 2015 trata dessa questão nos arts. 1.036 a 1.042, *caput*, ampliando essa previsão também para os recursos extraordinários.

Os recursos repetitivos devem estar fundamentados em idêntica questão de direito e são instaurados mediante encaminhamento ao STF ou ao STJ, pelo presidente ou vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, de dois ou mais recursos representativos da controvérsia. Não sendo recusada a afetação, fica suspenso o trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região.

Se decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declaram prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada. Quando negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, são considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.

Assim como as súmulas já mencionadas, os recursos repetitivos do STJ acerca de contratos bancários<sup>25</sup> são de extrema importância para concretizar os princípios da celeridade na tramitação de processos, da isonomia de tratamento às partes processuais e da segurança jurídica.

Não obstante as inovações processuais mencionadas nesta seção, as ações coletivas ainda carecem de efetividade. A falta de solução adequada para os conflitos coletivos é responsável em grande parte pelo problema crônico de número excessivo de processos no Brasil (SIMÃO, 2015).

Pesquisa do Departamento de Pesquisa Judiciária do CNJ (BRASIL, 2016) revela que, dentre os entes do setor privado, os bancos<sup>26</sup> são os maiores litigantes no Brasil. Na Justiça Federal, ocupam a segunda colocação, apenas atrás do setor público federal. Mas, quando se analisam apenas os processos que ingressaram na 1ª instância da justiça estadual, os bancos são os maiores litigantes, incluídos na pesquisa os setores públicos estadual e municipal.

25 REsp1061530 RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, Julgado em 22/10/2008, DJE 10/3/2009); REsp1058114 RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, Julgado em 12/8/2009, DJE 16/11/2010; REsp1112879 PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, Julgado em 12/5/2010, DJE 19/5/2010; REsp973827 RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 8/8/2012, Dje 24/9/2012.

26 Importante informar que o termo "bancos" incluem as instituições financeiras não bancárias e as demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Entre as IFs, os maiores litigantes são, nessa ordem, a BV Financeira, o Banco Bradesco, a Caixa Econômica Federal, o Banco Itaúcard S.A., o Banco Itaú e o Banco Santander.

Para Rossi (2012), mesmo após as reformas processuais, a forma de tutela coletiva é ineficaz, principalmente em relação aos direitos individuais homogêneos. O ordenamento revelou-se obsoleto e inoperante, incapaz de impedir em absoluto a existência de ações repetitivas, sendo cada vez mais relevantes as pesquisas e os estudos relativos a meios alternativos de resolução de conflitos transindividuais.

Se houve grandes avanços da tutela do consumidor em termos do direito material, a tutela processual coletiva do consumidor ainda se apresenta como um grande desafio. Mesmo que nas últimas décadas se possa reconhecer avanços no uso das ações coletivas no Brasil, há praticamente um consenso na doutrina no sentido de que o ordenamento jurídico ainda carece de instrumentos e ferramentas adequadas para o tratamento dos conflitos coletivos (SIMÃO, 2015).

### 3 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Tendo em vista o fenômeno do amplo volume de processos no Brasil e dada a necessidade de se promover melhorias na tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o CPC 2015 previu o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), com o objetivo de agilizar a prestação jurisdicional, diminuir o número de processos judiciais e gerar uniformidade na jurisprudência (SIMÃO, 2015).

Esse instituto busca viabilizar uma verdadeira concentração de processos que versem sobre uma mesma questão de direito no âmbito dos tribunais, permitindo que a decisão a ser proferida vincule todos os demais casos sob sua competência territorial.

O incidente pode ser instaurado no âmbito dos tribunais independentemente de processos originários ou recursos. Assim, é suficiente o atendimento das condições previstas no art. 976, *caput*<sup>27</sup>.

---

27 “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

Em termos gerais, trata-se de um instituto baseado fundamentalmente no procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*). Nos termos da exposição de motivos do CPC 2015:

Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes. (BRASIL, 2010, p. 21 e 22).

Apesar da mencionada inspiração, o quadro<sup>28</sup> a seguir apresenta algumas importantes diferenças entre o *Musterverfahren* e o IRDR:

| <i>Musterverfahren</i>                                                  | IRDR                                                                                                    |
|-------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Versa sobre questões de fato e questões de direito.                     | Versa apenas sobre questões de direito.                                                                 |
| Não pode ser instaurado de ofício pelo Juiz.                            | Admite a instauração de ofício pelo Juiz ou Desembargador.                                              |
| Admissibilidade realizada pelo juiz de origem.                          | O órgão competente para julgar o mérito do incidente também deve realizar a análise da admissibilidade. |
| Decisão paradigma somente se aplica a decisões pendentes de julgamento. | A tese jurídica é aplicável para os processos pendentes de julgamento e futuros.                        |

Para instauração do IRDR, não é suficiente apenas a potencialidade de repetição. De acordo com o Enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas: “A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”.

Diversamente, o *Musterverfahren* estabeleceu critérios mais objetivos, exigindo que, nos quatro meses seguintes, sejam formulados outros nove requerimentos de submissão, totalizando dez ao todo.

<sup>28</sup> Quadro elaborado com base em Simão (2015).

Assim, no caso brasileiro, destaca-se o

risco de haver o manejo precoce do incidente, sem que outros jurisdicionados tragam ao Judiciário novas perspectivas para a mesma questão e sem que uma diversidade mínima de juízes se tenha posicionado sobre a matéria, o que pode desencadear um dissenso, um pluralismo e um movimento salutar de debate, e culminar em decisões-modelo desconectadas da amplitude das realidades fáticas (GONÇALVES, 2015, p. 193).

Nesse sentido, a instauração de incidente caso as discussões ainda estejam incipientes pode gerar ambivalência, incerteza e até mesmo ignorância a respeito da amplitude das questões envolvidas e de suas implicações na vida de cada um dos sujeitos interessados no tema. Ademais, o instituto tende a desconsiderar o papel essencial do dissenso inicial para a renovação do entendimento jurisprudencial e para a construção democrática e dialética do Direito (GONÇALVES, 2015).

Ainda, as discussões meramente sobre questões de direito tendem a perpetuar uma defeituosa tradição brasileira de subdimensionar a importância dos fatos para o deslinde da controvérsia e empreender uma leitura “exegética” dos supostos precedentes. Destaca-se, também, que a cisão radical entre questões de direito e questões de fato é fantasiosa (não há como interpretar um texto em abstrato, tendo em vista que o sentido normativo de um texto sempre pressupõe, no mínimo, uma ilustração da sua possibilidade de aplicação). Em última instância, os conflitos de interesse que justificam a existência do processo são conflitos que têm por fundamento os fatos da vida. Nesse sentido, há um risco de hiperintegrar o direito, ao aplicar uma decisão-modelo para além dos próprios fatos que justificaram a sua prolação (GONÇALVES, 2015).

Existe, portanto, o risco de serem tomadas decisões prematuras que podem vir a sofrer inúmeras distinções (*distinguishings*), superações (*overrulings*) ou serem questionadas pela via da reclamação (art. 985, § 1º, do CPC de 2015), a ponto de esvaziar a própria utilidade do IRDR, se não forem tomadas precauções (GONÇALVES, 2015).

Para Cavalcanti (2015), em regra, é inadmissível a instauração do IRDR em processos que versem sobre direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, uma vez que, neles, está ausente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Segundo ele, a solução correta seria haver litispendência entre as ações coletivas sem risco de decisões contrárias.

Nos termos do CPC, cada tribunal, de acordo com suas peculiaridades, pode decidir a questão suscitada pelo IRDR. Conforme previsão legal, o pedido de instauração do incidente deve ser dirigido ao presidente do Tribunal e ele será julgado pelo órgão especificado no Regimento Interno do Tribunal. Para Scarpinella (2015), essa previsão é adequada porque permite que cada Tribunal decida, de acordo com suas peculiaridades, a questão.

Entretanto, levantam-se as seguintes críticas: i) a Corte responsável por uniformizar a interpretação do direito federal no País é o Superior Tribunal de Justiça e tem-se verificado grande atuação do STJ nesse sentido; e ii) os tribunais de segundo grau, que serão os destinatários do IRDR, não estão ainda preparados para decidir as inúmeras teses jurídicas que lhes serão submetidas e em tempo hábil, levando à suspensão indefinida das demandas em primeiro e segundo grau por prazo não razoável (GONÇALVES, 2015).

Após o recebimento do pedido, o processo é distribuído, e o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976 do CPC.

Para Simão (2015), contudo, logo após a distribuição e a designação de relator, a primeira providência a ser adotada, antes mesmo do juízo de admissibilidade, é o cumprimento da obrigação prevista no art. 979<sup>29</sup>, qual seja: a ampla divulgação do IRDR, por meio de registro eletrônico no CNJ.

Essa divulgação se justifica porque o julgamento do IRDR afeta diversos setores da sociedade civil, sendo importante a participação deles. Em termos específicos, os objetivos são: i) evitar instauração de incidentes idênticos; ii) dar conhecimento para que haja suspensão dos demais processos individuais e coletivos que tratem da tese jurídica; mas, principalmente, iii) dar conhecimento à sociedade civil acerca da existência do incidente para que possam formular o pedido de ingresso como *amicus curiae* (SIMÃO, 2015).

Admitido o incidente, o relator, conforme o caso, suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região. Essa suspensão deve ser comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes.

---

29 A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Não obstante, os §§ 3º e 4º do art. 982<sup>30</sup> do novo CPC dispõem que o STJ e o STF, em análise de recurso extraordinário ou especial, podem determinar a suspensão em todo o território nacional dos processos individuais e coletivos em razão de ter sido instaurado um IRDR em determinado Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal.

Por oportuno, cabe destacar o conteúdo do art. 983, *caput* e § 1º, do CPC, *ipsis litteris*:

Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

Em termos gerais, a intervenção do MP, a realização de audiências públicas e a oitiva de *amicus curiae* são técnicas que permitem a “democratização e a legitimação das decisões jurisdicionais tomadas em casos que, por definição, tendem a atingir uma infinidade de pessoas que não necessariamente far-se-ão representar pessoal e diretamente no processo em que será fixada a interpretação da questão jurídica” (SCARPINELLA, 2015, p. 586).

Nessa linha, entende-se que é importante e fundamental a plena participação da sociedade civil para que, quando do julgamento do IRDR, estejam

30 “Art. 982. Admitido o incidente, o relator: I – suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; II – poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias; III – intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes. § 2º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. § 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado. § 4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo. § 5º Cessa a suspensão a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.”

devidamente abordadas e arguidas todas as possíveis teses que podem influir na decisão (SIMÃO, 2015).

Ademais, o acórdão do incidente deve analisar, de forma fundamentada, todas as teses que foram apresentadas para dar solução à questão de direito que enseja sua instauração. Não é outra a interpretação que pode ser dada ao art. 489, § 1º, inciso IV, do CPC, *ipsis litteris*:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Por sua vez, o art. 984, § 2º, do CPC assim dispõe: “O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”.

A abrangência e as consequências do julgamento do IRDR são pontos importantes que devem ser analisados. É importante a leitura atenta do art. 985 do CPC, *in verbis*:

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

O inciso I desse artigo deve ser lido em conjunto com o art. 978 do CPC, que assim dispõe em literalidade: “O julgamento do incidente caberá ao órgão

indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal”.

Da leitura combinada dos dois dispositivos, fica claro que o órgão colegiado competente, além de julgar o incidente e “fixar” a tese jurídica, julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária. Nesse sentido, o tribunal, desde logo, julga o processo no qual a tese teve nascimento, aplicando-a *in concreto*.

Acerca da vinculatividade da decisão, ainda que o art. 985 não empregue a palavra vinculante, entende-se que a eficácia vinculante do julgamento dos casos repetitivos é uma constante no sistema do CPC de 2015, sendo ainda mais evidente tendo em vista a redação do art. 985, § 1º, do CPC.

Scarpinella (2015) critica essa abrangência do IRDR tanto por questões de ordem formal quanto material. Em termos formais, argumenta que não cabe à lei federal, como é o caso do CPC, definir a competência dos órgãos dos TRFs nem dos TJs, violando a um só tempo os arts. 108 e 125, § 1º, da CF. Em termos materiais, entende que a decisão do Tribunal será descolada do caso concreto no qual surgiu, o que pode ser problemático.

Gonçalves (2015) também apresenta uma visão doutrinária crítica à eficácia vinculante e abrangente das decisões em IRDR, entendendo que o efeito da aplicação da tese jurídica a casos futuros não foi devidamente detalhado no novo CPC, representando um risco ao contraditório e à ampla defesa, em dissonância com a parte geral do Código, haja vista a pretensão do legislador de aplicar uma decisão-modelo “pronta” a diversos outros casos em que as partes não tiveram a chance de participar da formação do convencimento do julgado.

Esse ponto é ainda mais importante nos casos de direitos de hipossuficientes, como é o caso do direito do consumidor. Nesse caso, o princípio do contraditório adquire maior importância, devendo ser uma efetiva garantia de simetria de posições subjetivas e não uma mera garantia formal de bilateralidade de audiência.

Por sua vez, Simão (2015) vê dificuldade em conciliar o IRDR com o princípio constitucional da independência dos juízes, especialmente de 1ª Instância, diante da previsão infralegal de que os magistrados estão vinculados às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores.

Conforme o exposto, o instituto do IRDR envolve uma série de riscos, a ponto de ser considerado como uma solução simplista para “desafogar” o

Judiciário, encarnando uma solução estatística e funcionalmente conveniente, em detrimento de decisões qualitativamente satisfatórias sob o ponto de vista de uma prestação jurisdicional absolutamente legítima e eficiente.

De outro modo, Scarpinella (2015) prevê algumas oportunidades positivas instituídas pelo IRDR. O disposto no art. 979 do CPC impõe a criação e a manutenção, perante o CNJ, de banco de dados sobre questões de direito envolvidas no incidente, para viabilizar o maior número possível de intervenções e, conseqüentemente, uma discussão mais aprofundada. Além disso, o art. 985, § 2º, estabelece indispensável cooperação entre o órgão jurisdicional e as pessoas, criando condições para a efetividade da regulação de serviços.

Nesses termos, percebe-se que o instituto do IRDR foi dotado de mecanismos que buscam, quando de sua instauração, estimular a participação dos jurisdicionados afetados diretamente por ele, bem como da sociedade civil em geral. A intervenção do MP, a realização de audiências públicas, a oitiva de *amicus curiae*, a necessidade de publicidade ampla e a obrigatoriedade de instituição de banco de dados perante o CNJ tendem a amenizar os riscos envolvidos na fixação de teses unicamente de direito, que desconSIDERAM questões de fato, aplicáveis inclusive a casos futuros, nas quais o contraditório e a ampla defesa não são exercidos na amplitude desejável.

Em outras palavras, a efetividade do IRDR depende da participação social. E esse ponto é ainda mais importante no caso de direitos difusos e coletivos, como é o caso do direito do consumidor.

É notório que a melhoria da gestão de processos é imprescindível ao Poder Judiciário. Ademais, conforme restou demonstrado no presente trabalho, as ações envolvendo instituições financeiras respondem por uma parcela ampla da quantidade de processos nos tribunais e juízos do país. Não se pode, portanto, desconSIDERAR a relevância do incidente em exame como forma de se buscar solucionar esse problema. Em última instância, a tendência a um processo com duração razoável beneficia inclusive os consumidores de produtos e serviços bancários.

O ponto que se levanta, contudo, é que a vulnerabilidade do consumidor nas relações bancárias é, muitas das vezes, ainda mais acentuada do que nas demais relações de consumo. Ademais, é limitada a capacidade de eles se associarem em prol de interesses, a ponto de atuarem em incidentes específicos. O papel de atuar

no IRDR passa a estar concentrado principalmente no MP e nos órgãos públicos de defesa do consumidor. Cabe a esses entes levantar todas as questões relevantes para que a maior celeridade do processo não prejudique o hipossuficiente.

Assim, a ampliação da função jurisdicional, como ora se almeja com o IRDR, deve-se pautar mais detidamente pela garantia do contraditório a todos os jurisdicionados, conforme apregoa a doutrina moderna do direito processual civil. Somente atuando com o objetivo de garantir o efetivo direito de defesa das partes envolvidas direta ou indiretamente no incidente é que o IRDR pode

servir como instrumento apto à pacificação social mediante a pacificação da jurisprudência a respeito da interpretação de determinada tese jurídica. Essa pacificação social deve se dar pela resolução das lides já em tramitação, mas, ao mesmo tempo, pela orientação da sociedade e do Poder Público a respeito de tese jurídica fixada de forma a que os padrões comportamentais e sociais se adequem à tese jurídica fixada (SIMÃO, 2013, p. 32).

## Conclusão

A partir do acórdão do STF em sede da ADI 2.591, restou assente que o consumidor bancário está amparado pelas regras do microssistema do CDC. Contudo, uma questão jurídica foi instaurada com a entrada em vigor do CC de 2002, tendo sido levantada a hipótese de possível antinomia entre essa Lei e o CDC. Em análise sobre o caso, a doutrina e a jurisprudência passaram a adotar majoritariamente a corrente do diálogo harmonioso e não conflituoso entre os diplomas privados, de forma que o ordenamento jurídico civil passou a ser composto de um macrossistema, regulado pelo CC de 2002, e por microssistemas que tutelam situações específicas, especialmente atinentes aos hipossuficientes, tais como os consumidores.

Nesse sentido, os novos paradigmas do direito civil passaram a influenciar o arcabouço da tutela jurídica das relações de consumo. Dentre esses paradigmas, merece destaque a boa-fé objetiva, que causou uma revolução no âmbito do direito das obrigações, na medida em que assumiu a feição de dever central das

relações jurídicas e passou a preencher a lacuna nos casos em que os tradicionais princípios das obrigações (autonomia privada, autovinculação, responsabilidade por culpa) eram insuficientes, como nos casos de contrato de adesão e na ocorrência de cláusulas abusivas.

Prestando homenagem à aplicação da boa-fé nas relações de consumo bancárias e complementando, no âmbito infralegal, as disposições do CDC e do CC, o CMN e o BC editaram uma série de atos normativos que, no entanto, não visam substituir os referidos diplomas legais.

Em realidade, esses atos normativos buscam regular as relações primando pela transparência, ética, cooperação, proporcionalidade, responsabilidade e diligência. Ademais, estão em consonância com a doutrina do diálogo das fontes, atuando juntamente com as disposições legais para proteger os consumidores hipossuficientes.

Nesse sentido, a atualização do microsistema do direito do consumidor ao macrosistema civil, o aprofundamento da tutela do consumidor bancário pelos atos infralegais e a convergência do sistema do direito do consumidor bancário aos novos paradigmas do direito civil, em especial à boa-fé, revelam um avanço no direito consumerista material em torno da maior proteção dos usuários de produtos e serviços financeiros.

De modo diverso, a tutela processual coletiva do consumidor ainda se apresenta como um grande desafio. Apesar dos avanços no uso das ações coletivas no Brasil, há praticamente consenso na doutrina no sentido de que o ordenamento jurídico ainda carece de instrumentos e ferramentas adequadas para o tratamento dos conflitos coletivos. Como, em geral, as relações de consumo bancárias são formalizadas por contratos de adesão, elas se inserem num contexto de processos massificados, que demandam esse tipo de tutela.

A ACP (e as alterações posteriores pelo CDC), a súmula vinculante, a súmula impeditiva de recurso e os recursos repetitivos caminharam no sentido de um melhor encaminhamento de demandas de massa e representaram importantes mecanismos de tutela coletiva do consumidor, inclusive do consumidor bancário. Não obstante, ainda carecem de maior eficácia e foram incapazes de resolver o grave problema do número excessivo de processos no Brasil, com especial destaque para o fato de que as instituições financeiras ocupam a segunda colocação entre os maiores litigantes na justiça federal e a primeira posição em volume de processos na justiça estadual.

Atento a esse problema, o novo CPC instituiu o IRDR, com o objetivo de agilizar a prestação jurisdicional, diminuir o número de processos judiciais e gerar uniformidade na jurisprudência. Baseado no *Musterverfahren*, esse instituto busca viabilizar uma verdadeira concentração de processos que versem sobre uma mesma questão de direito no âmbito dos tribunais, permitindo que a decisão a ser proferida vincule todos os demais casos sob sua competência territorial.

É notório que a melhoria da gestão de processos é imprescindível ao Poder Judiciário. Ademais, as ações envolvendo instituições financeiras respondem por uma parcela ampla da quantidade de processos nos tribunais e juízos do país. Não se pode, portanto, desconsiderar a relevância do IRDR como forma de se buscar solucionar esse problema. Em última instância, a tendência a um processo com duração razoável beneficia os consumidores de produtos e serviços bancários.

Não obstante, a doutrina levanta uma série de questionamentos a esse novo instituto, entre eles: i) o risco de decisões prematuras e de hiperintegração do direito; ii) a provável violação ao contraditório e à ampla defesa; iii) a possibilidade de ambivalência, incerteza e até mesmo ignorância a respeito da amplitude das questões envolvidas no incidente; iv) a desconsideração da construção democrática e dialética do Direito; v) a perpetuação da cultura de subdimensionamento dos fatos; vi) a inexperiência dos tribunais de segunda instância na tarefa de uniformizar a interpretação do direito; e vii) a dificuldade de o IRDR ser conciliado com o princípio da independência do juiz.

Para amenizar os riscos de serem tomadas decisões “fixas”, o instituto do IRDR foi dotado de mecanismos que buscam, quando de sua instauração, estimular a participação dos jurisdicionados afetados diretamente por ele, bem como da sociedade civil em geral.

A intervenção do MP, a realização de audiências públicas, a oitiva de *amicus curiae*, a necessidade de publicidade ampla e a obrigatoriedade de instituição de banco de dados perante o CNJ tendem a amenizar os riscos envolvidos na fixação de teses unicamente de direito, que desconsideram questões de fato, aplicáveis inclusive a casos futuros, nas quais o contraditório e a ampla defesa não são exercidos na amplitude desejável.

Apesar disso, faz-se mister destacar a vulnerabilidade do consumidor nas relações bancárias, sendo limitada a capacidade de eles se associarem em

prol de atuarem em incidentes específicos. O papel de atuar no IRDR passa a estar concentrado principalmente no MP e nos órgãos públicos de defesa do consumidor. Caberia a esses entes, portanto, levantar todas as questões relevantes para que a maior celeridade do processo não prejudique o hipossuficiente.

Com base no exposto, há dúvidas acerca do potencial efeito positivo do IRDR sobre a tutela coletiva do consumidor bancário. A tutela da parte vulnerável nas relações de consumo permanece como um grande desafio no âmbito do direito processual, não tendo sido capaz de acompanhar os avanços em termos de direito material. Resta-nos aguardar tempo suficiente para que se possa avaliar o real impacto do IRDR sobre as relações de consumo bancárias.

## Referências

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. São Paulo. Editora Saraiva, 11. ed. 2008. p. 467.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Efetividade, Segurança e Massificação e a proposta de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Brasília. Revista de Processo. RePro196/237.

ASSIS NETO, Sebastião de Marcelo de Jesus; MELO, Maria Izabel de. **Manual do Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 Maiores Litigantes**. 2012. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: nov. 2016.

Brasil. Senado Federal. **Exposição de Motivos ao Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília, 2010. p. 21 e 22. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: nov. 2016.

CAVALCANTI, Marcos de Araujo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

CORREIA, Atalá. Causa final concreta no direito civil brasileiro. In: Andriighi, Fátima Nancy (coord). **Responsabilidade Civil e Inadimplemento no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas. 2016.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999 (1ª edição) e 2000 (reimpressão).

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2012.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. **Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015**. Brasília. RIL 52 n. 208 out./dez. 2015 p. 189-202.

LEAL, Adisson. **Violação Positiva dos Contratos**. In: Andrigli, Fátima Nancy (coord). **Responsabilidade Civil e Inadimplemento no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **O novo direito privado brasileiro após a decisão da ADIn dos bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a Drittwirkung no Brasil**. Brasília: RDC 61/53. 2011.

\_\_\_\_\_. Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Brasília: RDC 51/34. 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

ROSSI, Júlio César. **O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas**. Brasília: Revista de Processo 2012. RePro 208.

SCAPRINELLA BUENO, Cássio. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 586.

SIMÃO, Lucas Pinto. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2015. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/incidente-de-resolucao.pdf>>. Acesso em: nov. 2016.



# Instituições Financeiras Cooperativas e a Defesa do Consumidor: lineamentos estratégicos para contorno da equivocada jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça

Ronaldo Gaudio\*

*Introdução. 1 Consumo cooperativista. 1.1 Breves premissas conceituais. 1.2 O modo cooperativista de realização dos objetivos constitucionais da defesa do consumidor. 1.3 Contributos interdisciplinares para a compreensão do consumo cooperativo. 2. O cerne do problema. 2.1 O equívoco peculiar quanto às instituições financeiras cooperativas. 2.2 A fragilização do substrato científico a partir da vulnerabilidade – Diálogo das fontes. 3. Lineamentos estratégicos para o contorno do problema. 3.1 Conhecimento científico e educação cooperativista. 3.2 Adequado tratamento e documentação do ato cooperativo. 3.3 Mediação cooperativa. Considerações finais.*

## Resumo

Com base em elementos da estrutura econômica das cooperativas, do Direito Cooperativo e do Direito do Consumidor, o artigo tem como objetivo identificar

---

\* Mestrando em Direito, na linha de pesquisa Desenvolvimento, Regulação, Concorrência e Inovação pela UCAM. MBA em *Business Law* pela Fundação Getúlio Vargas, com Extensão em Análise Econômica do Direito: Ênfase em Contratos. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes, com extensão em Processo Tributário. Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor convidado da Fundação Getúlio Vargas. Membro do grupo de pesquisa da AIDCMESS – *Asociación Iberoamericana de Derecho Cooperativo, Mutual y de la Economía Social y Solidaria*. Presidente da Comissão Especial de Direito Cooperativo da OAB/RJ (triênios 2013-2015 e 2016-2018). Presidente do IBECOOP – Instituto Brasileiro de Estudos em Cooperativismo. Vice-Presidente de Relações Institucionais da AIDC/BR (Delegacia Brasileira da Associação Internacional de Direito Cooperativo). Membro da AIDC – Espanha. Assessor jurídico do OCB/RJ – Sindicato das Cooperativas do Estado do Rio de Janeiro, do SESCOOP/RJ – Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo no Estado do Rio de Janeiro. Membro do Comitê Jurídico da OCB Nacional.

equivocos na jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, além de propor algumas soluções para o problema.

**Palavras-chave:** Cooperativas de crédito. Defesa do Consumidor. Ato Cooperativo. Direito Cooperativo.

### *Abstract*

*Based on elements of the economic structure of cooperatives, Cooperative Law and Consumer Law, the article aims to identify misconceptions in the dominant jurisprudence of the Superior Court of Justice, and propose some solutions to the problem.*

**Keywords:** Credit unions. Consumer defense. Cooperative Act. Cooperative Law.

*“O consumidor deve ser tudo.”  
(Charles Gide)<sup>1</sup>*

## **Introdução**

Erra o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao considerar que a relação jurídica entre cooperativas financeiras e seus sócios (cooperados) é regida com base na Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Nesse sentido dominante, e atraindo a incidência da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça – a qual prevê que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras –, a jurisprudência tem desprezado que a interação econômica estrutural entre sociedade cooperativa e seus membros não induz uma relação jurídica típica de consumo de mercado, e sim uma espécie obrigacional com configuração própria, denominada ato cooperativo.

A rigor, a defesa do consumidor pelo instrumento do cooperativismo constituiu uma das mais importantes e históricas formas de reação contra as

---

1 Charles Gide é considerado o pai da doutrina cooperativista (PINHO, 1966, p. 31).

distorções produzidas pelo Liberalismo até o século XIX – muito antes das primeiras iniciativas do Estado de tentar promover alguma equalização entre os agentes econômicos fornecedores de produtos ou serviços e consumidores no mercado.

No plano teórico, assim como na legislação especial das cooperativas, prepondera a doutrina do reconhecimento do regime jurídico do ato cooperativo para tutela das relações estabelecidas entre sociedade cooperativa e seus sócios, quando estes realizam suas aspirações ou necessidades de consumo – aquisição de bens ou serviços – através daquela, constituída para o exercício de tal objeto (atividade econômica delineada em seu estatuto social), provendo, em melhores condições, o que o indivíduo somente acessaria direta e individualmente no mercado consumidor. Trata-se de um regime jurídico diverso e anterior àquele irradiado da Lei nº 8.078, de 1990.

Tal relação obrigacional tem sua origem no próprio contrato plurilateral da sociedade cooperativa e é regida pelas normas legais que disciplinam a espécie – tendo norma primária específica o art. 79 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, e um relevante reconhecimento pela Constituição Federal de 1988 (art. 174, § 2º, c). Além dos dispositivos de lei, são fontes do regime do ato cooperativo (ou negócio cooperativo) as normas estatutárias convencionadas pelo quadro social para tanto, posto que o ato constitutivo da sociedade não disciplinará somente as interações com o mercado, mas também, inevitável e especialmente, as operações estabelecidas com seus cooperados. A despeito da vanguarda legislativa do Brasil como primeiro país a recepcionar em lei federal o ato cooperativo, a jurisprudência paulatinamente erigida no país, com especial destaque para os acórdãos do STJ, tem aplicado do CDC como direito adequado *per se* e, indiretamente, negando vigência ao instituto.

A proposta de solução teórica repousa essencialmente no Direito Cooperativo, mas também se vale da estrutura do próprio Direito do Consumidor para demonstrar sua inadequação à relação cooperado-cooperativa.

Com a ressalva das limitações que se impõem ao presente trabalho, pretende-se, ainda que sumariamente, discorrer sobre os mencionados elementos teórico-estruturais das cooperativas, a identificação de fatores preponderantes para sanar a assimetria entre as fontes doutrinária e jurisprudencial, assim como o

alinhamento de estratégias para equalização entre o “dever ser” cooperativo e a mitigação dos prejuízos da judicialização da matéria.

Para registrar com clareza quando nos reportarmos às relações tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor, utilizaremos o termo consumidor de mercado ou, simplesmente, consumidor, enquanto o termo consumidor cooperativo, e outros semelhantes a cooperador, designará o sócio da cooperativa e seu diferenciado regime obrigacional.

Por meio do método indutivo, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e o levantamento da jurisprudência.

## 1 Consumo cooperativista

A ideia de um consumo cooperativista pretende traduzir um modelo de consumo que implica no regime típico das relações jurídicas denominadas ato cooperativo de consumo – estrutural e juridicamente distinto do regime do Código de Defesa do Consumidor.

O ato cooperativo, termo mitificado na doutrina (PASTORINO, 1993, p. 17), pode ser compreendido como um negócio jurídico complexo, fundado no contrato plurilateral de sociedade cooperativa, por meio do qual estas sociedades exercem seu objeto social (atividade econômica), em nome próprio, sem interesse próprio ou lucrativo, mas à conta, à ordem, em benefício e no interesse de seus sócios, para cumprir a finalidade instrumental de prestarem serviços a estes por meio de operações de consumo ou de trabalho e lhes incrementar as condições socioeconômicas, seguindo um regime jurídico que equipara, em tais operações, sócio e sociedade como mesmo agente econômico (ator econômico).<sup>2</sup>

Mesmo que seja praticado um ato relacionado ao objeto social da cooperativa, se não for realizado com sócio, será ato de mercado, sujeito ao código de defesa do consumidor, e não ao regime do ato cooperativo. Por exemplo, tem-se as receitas que serão auferidas pela cooperativa de crédito no pagamento de uma conta no caixa da cooperativa por parte de um não sócio. Embora envolva serviço financeiro compatível com sua atividade econômica, o negócio se sujeita

---

2 Livre conceituação do autor.

ao regime do consumidor de mercado, com incidência do CDC, e não ao regime incidente na relação com o sócio. Nesse caso, o fato de o sujeito da relação jurídica ser um consumidor de mercado induz o regime apropriado, não o do consumo cooperativo. A não existência de ato cooperativo aqui se dá em razão do elemento subjetivo do negócio, não configurando o consumo cooperativo.

Por outro lado, o elemento finalístico do conceito, presente na lei brasileira e evidente noutras leis, como a argentina (art. 4º da Lei nº 20.337, de 1973), impõe que o ato, mesmo que realizado com o cooperado, esteja direcionado ao cumprimento da finalidade das cooperativas e do próprio ato cooperativo: prestar serviços ao sócio para incrementar suas condições econômicas e sociais. Daí, portanto, se evidente que a cooperativa está prestando um desserviço ao sócio, fragilizando-o como consumidor, tem-se a possibilidade de o julgador afastar o regime do ato cooperativo, atraindo a incidência do CDC, em razão do desvio de finalidade, elemento que caracteriza o ato cooperativo. Essas hipóteses se ligam justamente à dimensão constitucional da proteção do consumidor vulnerável, valor tutelado tanto pelo consumo cooperativo quanto pelo de mercado, estabelecendo o diálogo das fontes entre Direito do Consumidor e Direito Cooperativo. A utilização da cooperativa para gerar enriquecimento mascarado de aproveitadores, que tem sido recorrente em algumas atividades de consumo cooperativo – com atual destaque para cooperativas habitacionais – pode fundamentar o afastamento do ato cooperativo para aplicar o regime do Código de Defesa do Consumidor.

O reconhecimento desta espécie de negócio jurídico em lei representa um pioneirismo do ordenamento brasileiro, a partir da Lei Federal nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, art. 79, tal como registra Carlos Torres Morales (2014, p. 15). Seguirão ao longo deste trabalho algumas demonstrações sobre a higidez de tal compreensão.

## 1.1 Breves premissas conceituais

Assentando algumas breves premissas, as cooperativas se inserem no ordenamento jurídico brasileiro como espécie de sociedade (BECHO, 2002, p. 40-41), pois possuem por objeto o exercício de uma atividade econômica, ainda

que para atingirem finalidade (objetivo) bastante diversa daquela que motiva a inserção de sociedades capitalistas no mercado. Seu propósito econômico e social não é a produção de lucros (especulação e distribuição de excedentes ao capital investido, prestar serviços ao capital), mas a prestação de serviços diretamente ao quadro social para melhorar suas condições econômicas e sociais (FRANK, 1973, p. 15-17), produzindo a partilha dos eventuais excedentes operacionais na fração da participação de cada sócio nos negócios finalísticos estabelecidos com a cooperativa, sem qualquer desenquadramento com o conceito da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para a espécie de pessoa jurídica sociedade.

A partir da vigência do Código Civil, a propósito, aplaca-se qualquer dúvida sobre a natureza das cooperativas como sociedade ou associação, posto que esta espécie de pessoa jurídica, consoante o seu art. 53, não se constituirá para fins econômicos. Resta iluminado com clareza definitiva que, ao menos de acordo com o ordenamento nacional vigente, o conceito da lei geral das cooperativas (art. 3º e art. 4º da Lei Federal nº 5.764, de 1971), apesar de alguma inconstância terminológica ao longo do texto legal restante, converge com os dispositivos da espécie de pessoa jurídica “sociedade”, prevista no art. 981 do Código Civil, e das demais poucas regras gerais do Código sobre as cooperativas (art. 1.093 a art. 1.096).

Evidenciada a natureza societária, merece reparo a costumeira denominação dos cooperados como associados, pois sócios é o que são no Direito nacional, e a imprecisão terminológica, que já não deve ter espaço, cabe ser evitada para não nublar ainda mais a matéria de atenção acadêmica ainda tão sonhada.

Ressalta-se, em reforço, que lucro ou finalidade lucrativa não é elemento jurídico do conceito de sociedade, mas diz respeito a uma característica das sociedades de propósito capitalista (ALMEIDA, 2012, p. 386-387). Coexiste no plano dos tipos societários o exercício da atividade econômica de estilo cooperativista, cujo propósito econômico, e também social, não envolve a distribuição de excedentes ao capital.

O exercício de atividade econômica por cooperativas é instrumento para prestação de serviços ao quadro social; esse exercício declarado e desenhado operacionalmente a partir do objeto social nos estatutos das cooperativas terá por finalidade (objetivo) ser o instrumento por meio do qual a cooperativa prestará serviços diretamente aos sócios.

Trata-se de uma economia de custos de transação (BIALOSKORSKI NETO, 2012, p. 66-74), cujo capital social possui a função de viabilizar o empreendimento (MENDONÇA, 1952, p. 1469-1470), e não a finalidade precípua de remuneração do investimento do sócio em capital. Mesmo nas cooperativas financeiras, os investimentos dos sócios dizem respeito precipuamente à utilização dos serviços financeiros da sua sociedade, e não a simples inversões de capital. Os excedentes eventualmente produzidos são devolvidos ao quadro de sócios na medida e em razão das transações entre eles e a sociedade (BULGARELLI, 2000, p. 13-14; 18-19). O capital social se desvincula tanto do controle societário (art. 4º, inc. V, Lei nº 5.764, de 1971) quanto dos critérios de distribuição de excedente (inciso VII). Nas cooperativas, estes são retornados aos sócios na fração de suas operações financeiras com a cooperativa, e não de acordo com as quotas-partes de cada um no capital social – ainda que para as cooperativas de crédito seja facultada a remuneração deste até o limite da taxa Selic (art. 7º da LC 130, de 2009); e, para as cooperativas em geral, os juros até 12% (doze por cento) ao ano (art. 24, § 3º, Lei nº 5.764, de 1971).

Uma discussão subjacente diz respeito à presença do elemento de empresa nas cooperativas e à impossibilidade de elas, por imposição legal, poderem seguir o regime jurídico das sociedades empresárias. Assim sendo, malgrado a limitação imposta pelo dispositivo do art. 982 da Lei nº 10.406, de 2002, sobre elas supletivamente incidem as regras especiais de regência destinadas às sociedades simples (COELHO, 2009, p. 19), ainda que exerçam profissionalmente atividade economicamente organizada, com todos os elementos caracterizantes de empresa, como é bastante comum.

As considerações iniciais ganham relevância em razão de indiciarem mui brevemente o perfil econômico e jurídico das cooperativas – o que será fundamental para explicitar as diferenças de essência que desembocam nos principais fundamentos da configuração de uma relação de consumo cooperativo, e não de consumo de mercado.

As características essenciais das cooperativas – fatos elementares e estruturais do modelo de operação econômica próprio dessas sociedades (GAUDIO, 2016, p. 532-539) – se conectam com um regime jurídico específico, estabelecendo uma causalidade estrutural própria do cooperativismo enquanto modelo econômico e social e sua congruente disciplina jurídica. Essa causalidade se manifesta em diferentes planos obrigacionais, tais como trabalho, consumo, tributação etc.

Por meio dos fatos caracterizantes da atividade cooperativista, as cooperativas ordenam sob uma forma própria os elementos econômicos que, no jargão, são conhecidos como fatores de produção. É natural que esse perfil próprio conduza a relações jurídicas próprias, distintas daquelas alicerçadas na competição, na oposição de interesses das relações entre capital especulativo e força de trabalho ou entre aquele e consumo. Basta analisar que toda empresa de finalidade lucrativa tem no trabalho fator de custo que influi diretamente na aferição de lucro, assim pelo propósito de lucro se tencionam o interesse de vender produtos e serviços ao maior preço possível e o interesse do consumidor em obter o melhor pelo menor preço.

A eliminação dessa oposição de interesses, ligada à estrutura intrínseca das cooperativas e de seu modelo econômico, com consequências jurídicas, já produziu no campo do direito positivo, após inúmeras contribuições doutrinárias, uma recepção do modelo econômico sob uma espécie própria de sociedade, mais adaptada à sua prática, assim como uma espécie obrigacional própria.

Finalmente, cabe fixar que o termo consumidor, além de um sentido estrito para designar uma das partes da relação jurídica subsumida ao Código de Defesa do Consumidor, comporta acepções diferentes, segundo critérios mais variados, seja do ponto de vista econômico, psicológico, sociológico, entre tantos outros (FILOMENO, 2004, p. 34-35), incluindo-se sua acepção jurídica noutros ordenamentos, mas que permitem a percepção de consumidor como gênero do qual o consumidor vulnerável, hipossuficiente, de mercado, pertence como espécie.

A percepção da existência do consumidor cooperativo é, no plano jurídico, decorrência natural da sua diferença na estrutura do modelo econômico-operacional das cooperativas. O indivíduo que pretende adquirir bens ou serviços da cooperativa só o poderá realizar se for sócio dela e, por outro lado, só poderá ser sócio dela se for para realizar essas relações de consumo. Os consumidores se tornam consócios (coproprietários) de uma empresa na qual cooperarão economicamente entre si para que sejam atendidos seus interesses comuns de consumo, e não um interesse especulativo da própria sociedade.

## 1.2 O modo cooperativista de realização dos objetivos constitucionais da defesa do consumidor

Contemporaneamente, a utilidade econômica da cooperação, ao reunir interesses de maiores quantidades de consumidores, tem sido com eficiência utilizada no interesse próprio de sociedades capitalistas (de finalidade lucrativa). É o que se verifica especialmente a partir de ferramentas tecnológicas de intermediação entre grupos de consumidores e fornecedores, tais como modelos de empresa como *Uber*, *Groupon*, entre tantos outros. Grupos antes agremiados em pessoas jurídicas cooperativas são hoje, com muito mais velocidade, mobilizados para exercerem o consumo por meio de plataformas tecnológicas de intermediação e exploração lucrativa do consumo coletivo. Nada impede que tais plataformas sejam ferramentas das cooperativas para catalisar a realização dos seus fins peculiares.

Nesses modelos capitalistas, cujas empresas muitas vezes tentam escapar à regulação setorial, conquanto possa ser dito que haja cooperação, esta não se apresenta com a mesma finalidade da empresa cooperativa, na medida em que esta, além de não ter interesse próprio ou finalidade lucrativa, faz do consumidor um sócio. Por tal razão, esses modelos empresariais não utilizam a cooperação caracterizadora da empresa cooperativa nessas plataformas, mas uma nova forma de empresa capitalista. Esse modelo de negócios, tido às vezes como economia colaborativa, não poderá caracterizar cooperativa enquanto atividade econômica ou espécie societária típica.

A estrutura caracterizante de uma cooperação cooperativa (BENECKE, 1980, p. 82) demonstra, no plano jurídico e operacional, como a espécie societária cooperativa se presta a melhor servir aos interesses do consumidor, tal como vaticinado por Georges Lasserre: *“Une coopérative de consommation est une association de consommateurs qui, pensant qu'on n'est jamais si bien servi que par soi-même, ont créé une entreprise chargée de leur procurer les produits dont ils ont besoin”* (LASSERRE, 1967, p. 15).

No que diz respeito a cooperativas de consumo conviverem com o sistema de proteção ao consumidor vulnerável e de mercado do CDC, é importante o prévio registro de que elas se erigem a partir de um movimento em que os indivíduos não esperaram mais de um século e meio a iniciativa do Estado de equilibrar

as relações de consumo (art. 5º, inc. XXXII, CF/88), mas buscaram, por meio de uma cooperação econômica, num empreendimento coletivo, realizarem sua autodefesa, assumindo o lugar do comerciante intermediário do serviço ou do bem, e realizando suas aspirações como consumidores finais.

O cooperativismo inicia a sua consolidação no século XIX (PINHO, 1977, p. 107-113), no seio da ordem jurídica das Constituições liberais, que não dispunham de normas sobre a ordem econômica, senão apenas garantiam os valores fundamentais capitalistas da propriedade privada dos bens de produção e da liberdade contratual (GRAU, 2015, p. 69-71).

Considerando, ademais, que o princípio da liberdade de contratar constitui uma das faces instrumentais do princípio da propriedade privada (GRAU, 2015, p. 69-71), o cooperativismo utiliza os próprios elementos fundamentais do capitalismo para dar outra função à propriedade privada (bens e capital), por meio de outra espécie de contratação entre pessoas com propósitos econômicos em comum (inicialmente, a partir do contrato plurilateral de sociedade – o estatuto social), permeando-os com finalidade própria, operação econômica de método específico, valores e princípios diferenciados, convertendo-se em um sistema econômico intermediário (PINHO, 1984, p. 96-104), que convive com diferentes sistemas e ordens econômicas dos Estados<sup>3</sup>:

O mais alto princípio ao qual se subordina, inalteravelmente, a ação cooperativa, é o de que a cooperativa não existe para explorar serviços no seu próprio interesse; mas para prestá-los desinteressadamente aos seus membros, os cooperados. Essa atitude básica pressupõe um ideário socioeconômico, a que se tem chamado, com muito acerto, de Solidarismo, entendido como expressão de um comportamento comum em que o interesse da cooperativa se identifique com o do cooperado. É exatamente esse ideário que distingue as cooperativas, por forma inequívoca, de outras orientações econômicas, tais como o individualismo lucrativista e o coletivismo comunista, e, bem assim, do altruísmo econômico (SERAPHIM apud FRANK, 1973, p. 7).

---

3 Para além do sistema capitalista, obra interessante demonstra o funcionamento e os desafios do cooperativismo dentro do sistema socialista cubano (MUSA, 2017).

Georges Lasserre (1972, p. 15) reputa o cooperativismo de consumo o mais importante do movimento cooperativo – justamente o modelo adotado pela histórica cooperativa dos pioneiros de Rochdale –, e de seu modelo derivaria o conteúdo principal da doutrina cooperativista, além de sua finalidade mais relevante: a emancipação do consumidor por meio da eliminação dos intermediários – considerados “parasitas” (PINHO, 1966, p. 30-42) – entre ele e suas necessidades de consumo, ampliando o poder de compra individual a partir de compras coletivas realizadas em nome da sociedade cooperativa, mas não em seu interesse próprio.

Ao adquirirem produtos ou serviços em escala para distribuírem (e não, técnica e materialmente, vendê-los) ao quadro social, externamente a atuação da cooperativa em nada parece distinguir-se das operações realizadas no mercado por uma empresa capitalista (LASSERRE, 1972, p. 16), mas a realidade dessa operação econômica e diferencial não se consegue perceber pela mera observância externa.

Ao dirigir-se um cooperador ao armazém ou ao supermercado de sua cooperativa e receber um bem, pagando por ele, a externalidade tende a ser a mesma visualizada numa conhecida operação de compra e venda. A mesma mera aparência há em um cooperado dirigir-se ao caixa de uma cooperativa financeira ou um consumidor ao caixa de um banco.

Contudo, as assimetrias que distinguem esses negócios cooperativos de operações de mercado, de compra e venda ou de contratos de serviços financeiros, entre outros, estão nos objetivos da sociedade cooperativa (finalidade de prestar serviços sem interesse especulativo aos sócios) e da forma intrínseca dessa operação: uma cooperação econômica entre consumidores que serão também sócios dessa empresa (cooperação e dupla qualidade – esta será mais adiante explicada).

Trata-se de elementos de difícil percepção aparente, mas cujos fundamentos já estão plasmados na lei, erigida a partir dos caracteres econômicos do atuar cooperativo e que podem ser documentados, sobretudo a partir dos estatutos, outros normativos societários, da escrituração contábil, dos negócios e contratos celebrados com os sócios e no mercado, entre outros documentos, como próprio processo de admissão dos sócios.

O diferencial estrutural fica patente a partir da análise das características essenciais das cooperativas (GAUDIO, 2016, p. 532-539)<sup>4</sup>, extraídas a partir de seu modelo econômico, mas deve ser documental e preventivamente evidenciado.

Enquanto a atividade econômica das empresas capitalistas fornecedoras de produtos e serviços em mercado é exercida para produzir lucros (finalidade lucrativa), as cooperativas a exercem com o propósito de prestar serviços aos sócios para lhes incrementar as condições socioeconômicas, sem objetivo de lucro (finalidade cooperativa).

Concretamente, é possível asseverar que o modelo econômico das cooperativas procura emancipar o consumidor, enquanto o sistema do Código de Defesa do Consumidor quer protegê-lo. Flagrantemente, o cooperativismo quer estabelecer um patamar econômico-social superior ao paradigma do consumidor vulnerável de mercado.

O consumidor cooperativo se torna consócio de um empreendimento cooperativo para eliminar “comerciantes intermediários” (empresas intermediárias) e passar a adquirir, por meio de sua empresa cooperativa, bens de qualquer gênero ou serviços (móveis ou imóveis, consumíveis, serviços educacionais, financeiros, de distribuição de energia etc., conforme ocorre com farmácias, supermercados, distribuidoras de energia, instituições financeiras organizadas como cooperativas). Tais iniciativas devem ser limitadas exclusivamente pelo alcance da Livre Iniciativa e da criatividade humana.

Muito importante e diferencial, a empresa cooperativa obrigatoriamente deve investir em formação e informação dos consumidores cooperativos (art. 28, inc. II, e art. 87, Lei nº 5.764, de 1971). Trata-se de uma norma legal destinada a consumir o reinvestimento no desenvolvimento cultural, moral e intelectual do quadro social. Esse legado é oriundo da percepção da emblemática experiência de 1844, em Rochdale, de que a educação é fundamental para o desenvolvimento do modelo (HOLYOAKE, 1933, p. 123) e que foi convertida em um princípio cooperativista até hoje mantido. Desde sua matriz, a informação ao consumidor é uma das muitas preocupações do cooperativismo, a despeito de infiltrações

---

4 Diz respeito não às características gerais da espécie societária, previstas ao longo da legislação, em especial nos artigos 3º e 4º da Lei Geral de Cooperativas, mas às características nucleares que, dizendo respeito à realidade e ao mundo dos fatos estruturantes do modelo, se ausentes ou violadas, enxecam a regularidade ou o equilíbrio próprio das cooperativas, senão efetivamente as desnaturam.

incongruentes que historicamente têm turbado o segmento com desvios de finalidade<sup>5</sup>.

Na condição de dono (sócio) do empreendimento, é suposto esperar que o acesso às informações não se restrinja às características dos produtos, dos serviços e das demais informações devidas ao consumidor. Mais que isso, o consumidor cooperativo ostenta direito de participar, na forma da lei, do processo de organização, das condições da atividade de consumo e das características desses bens ou serviços – o que não encontra paradigma nas relações de consumo vulnerável em mercado.

Tais elementos, pouco conhecidos, demonstram o alinhamento próprio que o sistema cooperativista se propôs a realizar para a proteção do consumidor pelo caminho da autotutela e da autodefesa econômica, concretizando todos os vieses básicos de defesa do consumidor (BENJAMIN et al, 2007, p. 24), permitindo o reconhecimento das interseções constitucionais para o diálogo das fontes (2007, p. 24) entre o Direito do Consumidor e o Cooperativo. Este é considerado, por todo seu arcabouço próprio, erigido entre fato, valor e norma, como ramo autônomo (ANDRIGHI, 2005, p. 51-59; BECHO, 2002, p. 21-35; BULGARELLI, 1967, p. 219), reconhecido na CF (não só como instrumento de desenvolvimento social a ser fomentado – art. 174, § 2º –, mas também como decorrente de direito fundamental de livre associação – art. 5º, XVII e XVIII –, credor de regime jurídico próprio – art. 146, III, c) e estruturado na legislação infraconstitucional desde a Lei Geral de Cooperativas (Lei nº 5.764, de 1971), incluindo-se o Código Civil (arts. 982 a 983 e arts. 1.093 a 1.096), a Lei Complementar nº 130, de 2009 (instituições financeiras cooperativas), entre outras.

É claro o alinhamento entre os objetivos das cooperativas em relação ao consumidor, à finalidade e aos princípios da ordem econômica (art. 170, *caput* e inciso V). No tocante às cooperativas de crédito, seu diferencial, que pode ser evidenciado com riqueza e detalhe, reforça-se o alinhamento com os próprios fundamentos e objetivos da República, além de justificar a diretriz constitucional de fomento ao setor como política de Estado, e não meramente de governo (MEINEN; GAUDIO, 2016, p. 147-150).

---

5 Ressaltamos que os desvios não se combatem com a marginalização, sua restrição ao modelo ou aplicação forçosa de direito inadequado – tal como a atecnia da aplicação do CDC como direito aplicável *per se* a estas relações jurídicas –, mas com seu conhecimento e refinamento, tal como ocorre em qualquer instituição.

Tal forma é a maneira cooperativista de realizar o *favor debilis* (BENJAMIN et al, 2007, p. 30/34) e de equalizar as forças entre consumidor e fornecedor: os consumidores organizam a demanda na estrutura societária especializada para o propósito do consumo coletivo (cooperativo), sem finalidade lucrativa, baseada numa economia de custos.

### 1.3 Contributos interdisciplinares para a compreensão do consumo cooperativo

Elementos econômicos, como visto, demonstram o diferencial do cooperativismo. Como consequência, o Direito Cooperativo irradiará institutos suficientes para demonstrar a um regime jurídico próprio envolvendo essas sociedades e suas atividades, afastando, quando aos cooperados e às cooperativas, a incidência do CDC. O próprio Código corrobora tal compreensão, conforme se analisará após aprofundar-se um pouco mais a perspectiva pelo Direito Cooperativo.

Veja-se que o modelo econômico do cooperativismo plasma na lei uma estrutura diferenciada para funcionamento da espécie cooperativa, tanto em seus aspectos societários quanto operacionais (tanto para negócios jurídicos estabelecidos no mercado quanto para negócios jurídicos estabelecidos com os sócios).

Fabio Konder Comparato reconhece que consumidores seriam aqueles “que não dispõem de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes. [...] o consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários” (COMPARATO *apud* FILOMENO, 2004, p. 38).

Os consumidores cooperativos são justamente os consumidores que se tornam controladores da empresa cooperativa, por meio da característica denominada “dupla qualidade” dos cooperados.

É possível extrair das cooperativas três características essenciais que permitem perceber estruturalmente o regime jurídico próprio e incidente sobre essas relações jurídicas: a cooperação, a finalidade específica das cooperativas, e, especialmente, a dupla qualidade (GAUDIO, 2016, p. 532-539). Tendo sido

feitas considerações básicas sobre as duas primeiras – cooperação cooperativa e finalidade das cooperativas –, vale uma análise do diferencial da dupla qualidade, em razão do seu profundo efeito sobre o reconhecimento da não incidência apriorística do regime jurídico destinado ao consumidor vulnerável de mercado.

No campo da Economia, leciona Dieter W. Benecke que dupla qualidade é especial elemento que confere identidade às cooperativas (1980, p. 82). A mesma linha é seguida por Walmor Frank na doutrina do Direito (1973, p. 15). Esse elemento interliga-se inevitavelmente com a própria forma de cooperação e finalidade específica das cooperativas. É o fato estruturante do modelo que amalgama nos sócios cooperadores as figuras de empresário e do consumidor para que, por meio do *modus operandi* da cooperação econômica, atinja-se a finalidade socioeconômica própria das cooperativas.

Na cooperativa,

são idênticos os que possuem a empresa (donos) e os que fazem uso de seus serviços ou de suas instalações (usuários). Esta identidade é **intencional**, quer dizer, os sócios (donos) da cooperativa põem seu capital à disposição da empresa cooperativa com o objetivo de produzir um serviço que eles, os donos, necessitam assumindo, então, a função de usuários (BENECKE, 1980, p. 83, grifo nosso).

A dupla qualidade importa na reunião dos interesses do indivíduo enquanto trabalhador ou consumidor dono de empreendimento. Ao assumir a condução da atividade econômica na empresa coletiva cooperativa, o faz para que esta funcione em seu interesse e assuma a finalidade de lhe prestar serviços diretos.

Assim sendo, o cooperado assume a dupla qualidade de dono (sócio) e usuário (cliente) da sociedade. O capital assume função de viabilidade do negócio, e não especulativa. O beneficiamento do trabalhador ou consumidor torna-se o alvo que justifica a movimentação da estrutura da empresa cooperativa – não mais a produção de lucros. É dono da sociedade e também parte no negócio jurídico estabelecido com ela. Cria a pessoa jurídica justamente para receber serviços dela, estabelecendo relações de natureza societária e também operacionais (negociais).

De acordo com Renato Lopes Becho (2002, p. 148-149), essa relação jurídica dúplice é também indivisível. Trata-se de um paradigma em relação a outras

relações jurídicas entre pessoas físicas e jurídicas, pois as relações obrigatórias nas empresas capitalistas são apenas de índole societária. É nas cooperativas que é mandatória a prática de atividades “operacionais” do objeto social com os sócios (BULGARELLI, 2000, p. 23-24).

Segundo Arnold Wald (1995, p. 63/72),

As sociedades cooperativas ostentam natureza jurídica *sui generis*, caracterizando-se, precipuamente, por sua finalidade, e pela nítida configuração de sociedade de pessoas, criando um regime jurídico próprio, ao qual, não se aplicam, necessariamente todas as normas do Direito Societário, prevalecendo sempre as regras societárias e, eventualmente e subsidiariamente as normas de Direito Civil. [...] Verifica-se, assim, que a Cooperativa é, no Brasil, sociedade civil com características próprias, em que assume especial realce o espírito de mutualidade, equivalente à reciprocidade das prestações entre cooperativa e cooperado, em contraposição, ao cunho eminentemente empresarial das demais sociedades.

Nas cooperativas, as relações entre cooperador e cooperativa, tanto as societárias quanto as negociais, devem ser exercidas adequadamente, dentro do perfil correspondente à espécie. As normas para essas duas relações incindíveis entre sócios e sociedade devem ser adequadas, adaptadas ao modelo naquilo que ele é diferente.

A preservação dessa característica é essencial para a manutenção da identidade da cooperativa. A violação ou o desequilíbrio do caráter de usuário direto dos serviços ou de dono do negócio produz séria instabilidade para a cooperativa e, por consequência, para a percepção do senso do que seja adequado acerca do cooperativismo. A violação de características estruturais produzem externalidades negativas com graves consequências sociais.

Ao se instalar efetivamente a dupla qualidade, o conflito de interesses intrínseco entre o capital especulativo (interessado em extrair a maior margem de lucro possível de cada unidade produzida ou do serviço prestado) e o consumidor (interessado em receber o melhor serviço e produto ao menor preço possível) é mitigado pelo amálgama das figuras que antes interagiam numa relação jurídica não societária, mas de mercado. Nessas sociedades, o consumidor deixa de figurar

na relação jurídica como mero adquirente do bem ou do serviço e passa a figurar também como cooperador com outros proprietários da empresa cooperativa que tem por finalidade (FRANK, 1973, p. 16), sem o lucro na equação econômica, a defesa socioeconômica de seus interesses enquanto consumidores se opera pela empresa. Estão presentes nesse diferencial a cooperação, a dupla qualidade e a finalidade própria das cooperativas, vocacionadas para mitigar a vulnerabilidade.

As cooperativas não assumem um interesse próprio, tal como o interesse especulativo das sociedades capitalistas, que se contrapõe economicamente ao interesse do consumidor e do trabalhador. Ao contrário, ao operarem no mercado contratando em nome próprio, o fazem a conta e ordem dos consumidores e trabalhadores que são seus sócios, atendendo aos interesses destes. O interesse dessas empresas é o interesse dos sócios, tornando-se sociedade e sócio um mesmo agente econômico.

Tal fato econômico concreto tem por consequência um regime jurídico compatível, justificando no âmago do Direito Cooperativo a percepção de negócio jurídico próprio, e não uma operação entre distintos agentes de mercado, com interesses opostos, conforme albergado na Lei nº 5.764, de 1971:

Art. 79. Denominam-se **atos cooperativos** os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, **para a consecução dos objetivos sociais**.

Parágrafo único. O ato cooperativo **não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria** (BRASIL, 1971, grifo nosso).

Estão no conceito legal brasileiro os elementos subjetivos do ato cooperativo (suas partes, cooperativa e cooperado) e também seu elemento objetivo, finalístico (consecução dos objetivos sociais).

Flagra-se que todo o exposto até o momento serve tão somente para lastrear o que já é dito textualmente de longa data pela lei: que o “ato cooperativo” não segue o regime dos negócios jurídicos que incidem sobre operações de mercado, ainda que em sua externalidade possam com estes aparentar. Embora a cooperativa, na externalidade de suas operações, possa parecer uma mera fornecedora a um consumidor de mercado, o negócio cooperativo se estabelece entre sócio e sociedade em razão da consecução do objeto e do objetivo social.

A rigor, o cooperado somente poderá participar da sociedade se estiver apto e se comprometer a estabelecer atos cooperativos com a cooperativa, e só poderá estabelecer esses negócios jurídicos se for sócio. Do contrário, temos ato de mercado e incidência de seu respectivo regime jurídico, a exemplo do CDC.

Assim como na celebração de algum negócio um mandatário age no interesse do mandante, a cooperativa age no interesse do cooperado, mas, no primeiro caso, o contrato típico do mandato, cujo instrumento é a procuração, permite que o negócio seja celebrado em nome do mandatário, enquanto que, por meio do ato cooperativo, cujo instrumento essencial é o estatuto social, permite-se que a cooperativa aja em nome próprio ao invés de impor que todos os sócios figurem em nome próprio a cada negócio que se pretenda celebrar.

De tal maneira, por exemplo, um contrato de compra e venda de imóvel por meio de procuração não significará duas operações econômicas de compra e venda, assim como a aquisição de imóvel em nome da cooperativa no interesse de seu cooperado não o será. Em ambos os casos, há dois negócios jurídicos distintos, e não duas vezes o mesmo negócio: mandato e compra e venda em um, ato cooperativo e compra e venda em outro.

O ato cooperativo assegura a qualquer operação realizada pela cooperativa no exercício de seu objeto social para cumprir o interesse do sócio (objetivo da cooperativa) a incidência do regime jurídico próprio, tratando ambos como mesmo ator econômico.

Além do Direito Cooperativo (ANGRIGHI, 2005, p. 58), o próprio Direito do Consumidor corrobora com a inadequação de seu regime jurídico à relação cooperado-cooperativa.

Quando a cooperativa vende produtos e serviços em mercado, a não sócios, entre estes e as cooperativas se estabelece efetivamente a relação de consumo, tendo em vista que há pleno amoldamento da relação jurídica aos elementos conceituais do CDC.

Entretanto, quando o serviço ou produto é adquirido pelo próprio sócio da cooperativa, tal operação acontece não no mercado (BULGARELLI, 2000, p. 23-24), mas no âmbito da sociedade e na condição de sócio (PUENTE, 1954, p. 150-158). O cooperado estaria até, conforme o modelo de operação da cooperativa, adquirindo o bem ou os serviços como destinatário final (art. 2º da Lei nº 8.078, de 1990), o que não o afastaria do conceito de consumidor de mercado, mas não

o configuraria, sem os demais requisitos da relação jurídica do CDC, como parte de uma relação de consumo por ele tutelada (consumo no mercado).

O conceito de fornecedor (art. 3º) é que expõe como elemento o fornecimento de bens ou serviços como atividade dirigida ao mercado, e não ao quadro social, sendo que o conceito de serviço é assaz explícito no que diz à oferta ser “no mercado de consumo” (§ 2º). Parece evidente o diálogo existente entre tais dispositivos conceituais do Código e a Lei Geral das Sociedades Cooperativas, em especial o mencionado art. 79.

Importante o cotejo do elemento conceitual **remuneração**, previsto no CDC e inexistente em relação à cooperativa, que não é remunerada pelas operações econômicas realizadas em seu nome. Tal fator reforça substancialmente a coerência de que o sistema das cooperativas não se amolda ao sistema de proteção do consumidor de mercado, desafiando regime próprio (PUENTE, 1954, p. 153).

O ato cooperativo não é oneroso, distinguindo-se, também assim, das operações de consumo de mercado, que possui a remuneração como elemento caracterizante (BENJAMIN et al, 2007, p. 80-81). A não onerosidade do ato cooperativo é estrutural, típica e inerente; não se confunde com as gratuidades estratégicas e pontuais realizadas em mercado de consumo para atração de consumidores. O interesse da cooperativa é o sócio, atuando, em relação a si, de forma desinteressada: “o princípio da dupla qualidade, que põe às claras o papel desempenhado pela sociedade cooperativa, como empresa de serviços, destinada exclusivamente a atender às necessidades de seus associados” (BULGARELLI, 2000, p. 21).

Trata-se de paradigma diverso:

Essa nova e diferente realidade – a cooperação – carece da condigna consideração jurídica que se lhe reconheça apropriadamente as suas características e sua natureza, sem a forçar a encaixar-se em categorias previstas para fenómenos sociais diferentes. Surge assim no campo jurídico a noção de acto cooperativo, não como uma criação caprichosa e arbitrária da teoria jurídica, mas imposta pela necessidade de reconhecimento de uma realidade nova e distinta (CRACOGNA in NAMORADO; OLIVEIRA, 2002, p. 177).

Presentes as premissas da relação jurídica própria do negócio (ou ato) cooperativo, não é possível que o intérprete ou aplicador da lei force a incidência do regime jurídico diverso, destinado ao consumidor de mercado. Se ausentes, até mesmo pelo desvio de finalidade comprovada, poderá.

## 2 O cerne do problema

A recepção jurisprudencial do ato cooperativo tem se revelado um problema crítico no Brasil. Como o tema comporta muitas demonstrações a partir da jurisprudência em todos os tribunais, em diferentes atividades exercidas pelas cooperativas e em diferentes matérias, tais como, além da consumerista, a tributária, a trabalhista, a regulatória e antitruste, o corte metodológico está adstrito às cooperativas financeiras e à aplicação do CDC.

### 2.1 O equívoco peculiar quanto às instituições financeiras cooperativas

Vez por outra, decisões “contra majoritárias” arejam a jurisprudência, reconhecendo o consumo cooperativista e o ato cooperativo, ao invés do CDC<sup>67</sup>. Não é o que prepondera.

6 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. Empréstimo concedido por cooperativa de crédito. Ausência de relação de consumo entre a cooperativa e a parte autora, constituindo-se os atos entre cooperativa e cooperado em atos cooperativos, conforme o art. 79 da Lei nº 5.764/71. Prevalência do foro de eleição. Exceção de incompetência julgada procedente. AGRADO DE INSTRUMENTO PROVIDO, POR MAIORIA, VENCIDA A DESA. ANA LÚCIA REBOUT. *Agravo de Instrumento nº 0282- 70071189963*. Agravante: Cresol Pranchita Cooperativa de Crédito Rural S.A. Agravada: Lurdes Adler Brandt. Relator: Des. Pedro Luiz Pozza. Porto Alegre, DJ Eletrônico nº 5980-11, 7 mar. 2017.

7 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. COMPETÊNCIA. COOPERATIVA DE CRÉDITO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. 1. Não incidem as disposições do Código de Defesa do Consumidor sobre a relação existente entre o cooperado e a cooperativa, pois o vínculo que se estabelece não é de consumo, mas de cooperação. Precedentes deste e. Tribunal. 2. Ainda que se trate de relação consumerista, não cabe ao julgador declinar de sua competência de ofício, porquanto cabe ao consumidor escolher o foro que melhor atenda às suas necessidades e lhe proporcione os melhores meios de defesa. Precedentes deste e. Tribunal. 3. Considerando que tanto o Estatuto Social da Cooperativa quanto o contrato celebrado entre as partes preveem a competência do foro da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília para dirimir quaisquer discussões ou ações entre a cooperativa e cooperados, inviável se mostra a declinação da competência para o foro do domicílio do devedor. 4. Deu-se provimento ao agravo de instrumento. *Agravo de Instrumento nº 20160020459430*. Agravante: Sicoob Credijustra – Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Servidores e Membros da Justiça do Trabalho e MPT, Poder Judiciário Federal e MPU nos Estados do Pará, Santa Catarina, do TST e STM. Agravado: Daniel Martins Fernandes. Relator: Des. Flavio Rostirola. Brasília, DF, DJ 8 mar. 2017. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

Quanto às instituições financeiras, o problema se agrava em razão da aplicação indistinta da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Tal como destaca Marianna Teixeira (2016, p. 59, 67-69), nenhum dos precedentes que originaram o enunciado da súmula dizem respeito ao exercício da empresa cooperativa, embora ela arraste a maioria dos acórdãos que terminam por aplicar o CDC como regime jurídico adequado em vez do regime próprio do ato cooperativo, tais como nos casos do Recurso Especial nº 1.224.838/DF, no Agravo Regimental no Agravo nº 499.807/MG e no Agravo Regimental do Agravo no Recurso do Especial nº 460.663/PR.

A mesma autora, ao mencionar a preponderância do entendimento do STJ sobre a aplicabilidade do CDC às relações entre consumidor cooperativista e cooperativa (TEIXEIRA, p. 61), cita que uma mesma Ministra já proferiu voto nos dois sentidos – contra e a favor da aplicabilidade do CDC (TEIXEIRA, p. 67-68). Mais recentemente, por meio da mesma Ministra, que relatou o Recurso Especial nº 1.535.888, o STJ chegou a se pronunciar em sentido contrário ao seu entendimento preponderante.<sup>8</sup>

## 2.2 A fragilização do substrato científico a partir da vulnerabilidade – Diálogo das fontes

Os problemas que levam a declarar a incidência da Lei nº 8.078, de 1990, sobre as relações do consumo cooperativo não podem, a toda evidência, decorrer da mera incompreensão e não aceitação do regime próprio do ato cooperativo.

A violação de alguma das características essenciais das cooperativas tende a produzir desequilíbrios que têm assediado os tribunais brasileiros a buscar o CDC para proteger sócios cooperados que têm se encontrado em vulnerabilidade. Com essa nota, entretanto, não deixamos de identificar que várias são as decisões pela aplicação do CDC por puro pragmatismo e falta de técnica estimulada pelo quase vácuo acadêmico.

---

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.535.888-MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Publicado no DJ Eletrônico 26 maio 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ITA&sequencial=1602614&num\\_registro=201501309644&data=20170526&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ITA&sequencial=1602614&num_registro=201501309644&data=20170526&formato=PDF)>. Acesso em: 5 jun. 2017.

Fato é que a proteção do consumidor é o valor constitucional a ser tutelado, impedindo a ausência de resposta do Estado-juiz. E a ideia de proteção ou defesa do consumidor é, contudo, o elemento que liga os propósitos do cooperativismo e do sistema de defesa do consumidor de mercado e que tem autorizado as respostas mais fundamentadas do Judiciário a desvios ocasionalmente verificados em cooperativas. É o elemento normativo que autoriza o diálogo das fontes, pois ambos os regimes coexistem – o de mercado e o cooperativo-societário.

O desvio intencional de finalidade ou o funcionamento desconforme das cooperativas somente é que justificariam a não incidência do regime próprio. E isso não diz respeito às contingências da má gestão, macroeconômicas ou de competição no mercado. O desvio da finalidade não é o mero não atingimento do resultado ideal das cooperativas, pois não se pode deixar de considerar que “a experiência demonstra que as cooperativas cumprem sua possível função social somente depois de haverem obtido êxito em sua atividade econômica” (BENECKE, 1980, p. 82), mas a infiltração e a condução da sociedade para interesses individualistas ou assimétricos aos propósitos das cooperativas.

A constatação da vulnerabilidade como elemento acionador da garantia de defesa do Estado é explicitada pela doutrina:

Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso ocorre porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito chave aqui é o de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade, como afirma sempre Antônio Herman Benjamin, é a ‘peça fundamental’ do direito do consumidor, é o ‘ponto de partida’ de toda a sua aplicação, principalmente em matéria de contratos. [...] Vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo.

**Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção** (BENJAMIN, 2007, p. 71, grifo nosso).

Quando ocorre o desvio, justamente a vulnerabilidade que constitucionalmente justifica a proteção do Estado se manifesta necessária em relação ao consumidor cooperado, autorizando a tentativa de resposta do Judiciário ao fato social deletério. Sem o fundamento de afastamento do regime próprio, trata-se de *error in judicando*.

As infiltrações de interesse inadequado às cooperativas produzem, por meio de diferentes estratagemas entregues à pródiga criatividade humana, verdadeira “privatização dos lucros” e “socialização das responsabilidades” nas cooperativas. Puro desvio de finalidade. Quando as cooperativas se distanciam do atendimento aos interesses socioeconômicos dos seus sócios, produzem, correntemente, uma grave externalidade negativa que macula o modelo econômico e a espécie societária em si mesmos, desacreditando-a, posto que a leitura social feita se dá a partir das externalidades.

O fato social negativo é tratado pelo Poder Público com pragmatismo, e não tecnicamente, criando modelos normativos que, ao invés de tutelar o problema em sua essência, fulminam as cooperativas como quem extermina o doente para acabar com a doença. Tratam o desvio como regra por meio da forçosa incidência de direito inadequado à essência das relações jurídicas de todo gênero estabelecidas pelas cooperativas.

Em particular, as denominadas cooperativas habitacionais, de crédito (ou instituições financeiras cooperativas), de infraestrutura e de consumo propriamente ditas, vêm amargando a construção de Jurisprudência que declara incidir o Sistema de Proteção do Consumidor (de mercado) entre elas e seus sócios, mas a própria Lei nº 8.078, de 1990, aporta elementos para o reconhecimento da inaplicabilidade desse regime ao consumidor cooperativo – como visto.

### 3 Lineamentos estratégicos para o contorno do problema

Diversos vetores apontam para equalização da assimetria entre o “dever ser” das cooperativas e a Jurisprudência em formação. Alguns deles, de escopo bastante prático, tem por objetivo facilitar a percepção do Estado-juiz por meio do alinhamento entre a teoria cooperativista e a documentação de sua prática regular. Outras iniciativas, de prazo mais dilatado, mostram-se não menos urgentes e estratégicas.

#### 3.1 Conhecimento científico e educação cooperativista

A ausência de formação sobre o regime jurídico das cooperativas é entrave que somente pode ser remediado pela produção acadêmica e pelo reconhecimento da relevância do Direito Cooperativo. Tal frente de combate ao problema cabe essencialmente ao empenho dos cooperativistas em permear o conhecimento com coerência e rigor científico até que os conteúdos estejam minimamente internalizados nas universidades para que tenham um natural desenvolvimento. No plano dos cursos de graduação, a despeito de toda relevância científica e econômica, nas localidades onde o cooperativismo costuma se destacar economicamente, demandando a formação de alguma mão de obra, as universidades oferecem formação na área. De todo modo, o fazem em cursos específicos para o setor, sem introduzir a temática na grade dos cursos tradicionais e contribuindo para a sectarização desse conhecimento.

Alguns deles constituem desafios típicos da atuação das cooperativas ocorrer no modelo econômico e cultural diverso, desafiando o modelo de racionalidade da sociedade imersa no modelo econômico hegemônico (GAUDIO; HELFER, 2014, p. 50).

Noutro aspecto, a doutrina, já há muito tempo, em diferentes campos do conhecimento em matéria cooperativista, destaca o papel essencial da educação, formação e informação, sendo um dos alicerces fundamentais tanto para o êxito dessas sociedades individualmente quanto para a percepção e evolução do movimento.

Esse ponto se liga à questão crucial para as relações de consumo e que vem sendo destacada como uma quarta espécie de vulnerabilidade: a informacional,

ao lado da técnica, da jurídica e da fática (BENJAMIN; MARQUES, 2007, p. 71-76).

Essa quarta espécie deve ser suprida pelas ferramentas de educação, formação e informação do quadro social, maciçamente ratificadas pela doutrina internacional do cooperativismo e jamais excluída do rol de Princípios do Cooperativismo reconhecidos pela Aliança Cooperativista Internacional.

É estratégico e fundamental eliminar os riscos decorrentes da ausência de conhecimentos adequados e que colocam em risco o equilíbrio e a expansão coerente das cooperativas (LASSERRE, 1972, p. 117/118).

Não é sem razão que a temática da educação cooperativista é apontada como o maior de todos os vetores de sucesso das cooperativas em geral e das cooperativas de crédito em específico (PINHO, 2006, p. 18). Tudo nas cooperativas impõe um comportamento adaptado, cuja compreensão é indelevelmente retardada pela ausência de políticas públicas de fomento pela educação, pelas graves lacunas acadêmicas nas universidades e pela ostensiva preponderância da competitividade, do individualismo e dos demais métodos característicos do modelo de produção e de consumo hegemônicos. A cooperativa *“sobre todo, deberá formar hombres”*, posto que, ao contrário do capitalismo, *“el cooperativismo es mucho más sensible a la calidad humana”* (HOLYOAKE, 1933, p. 123).

A ausência de tal formação é um dos fatores que permite o aumento de processos judiciais entre cooperadores e sociedade cooperativa, reivindicando a incidência do regime do CDC. Se as cooperativas não procuram informar os sócios, formá-los enquanto cooperativistas e informá-los sobre as operações da sociedade, seus produtos e/ou serviços, eles tenderão a ter dificuldade de demonstrar, quando necessário, a condição de cooperador e a relação jurídica própria estabelecida com a cooperativa.

Apenas a título de mínima ilustração, vale a remissão ao papel crucial desempenhado, nessa temática, no seio da cooperativa dos Probos Pioneiros de Rochdale, que, com arraigado esforço, superou sucessivas manifestações de desafios análogos aos contemporâneos das instituições financeiras cooperativas, das cooperativas habitacionais, de infraestrutura e de consumo em geral.

A educação, a formação e a informação do quadro social são reconhecidas como a raiz primária do sucesso (HOLYOAKE, 1933, p. 123) e são minimamente acauteladas na Lei nº 5.764, de 1971, que exige a formação de reservas específicas

para assistência técnica, educacional e social aos sócios, conforme prescrito no inciso II do seu art. 28.

Se o consumidor de mercado tem direito a receber informações adequadas, não há razão que possa sustentar que o sócio da cooperativa, dono do empreendimento, seja credor de menos informações sobre os serviços ou bens distribuídos pela cooperativa que receberia o consumidor de mercado. Novamente, a vulnerabilidade mostra-se “pedra de toque” da questão.

Não só a formação cooperativista mas também a manutenção de canais de informação sobre a atividade da cooperativa e até a criação de comissões de propósito educacional, cultural, são preconizadas como estratégia própria ao bom funcionamento dessas sociedades. A informação, em sentido bastante amplo, é característica distintiva do cooperativismo muito antes do regime de proteção ao hipossuficiente (AGUDO, 1980, p. 91-97).

### 3.2 Adequado tratamento e documentação do ato cooperativo

Sendo de difícil visualização o diferencial operacional das cooperativas, é estratégico e, em alguns casos, mandatório evidenciá-lo.

No plano contábil, a escrituração das operações deve seguir as normas técnicas de contabilidade – *in casu* a NBCT nº 10.8. Exigências normativas ou regulatórias, sobretudo dirigidas às cooperativas que se inserem em mercados regulados, muito frequentemente se distanciam da coerência com o perfil próprio dessas operações, impondo regras inadequadas. De todo modo, não se deve olvidar a força probatória da escrituração contábil regular (art. 419 do novo CPC correspondente ao art. 380 do Código de Processo Civil de 1973), o que constitui relevante instrumento para as cooperativas demonstrarem diferencial de suas operações quando em juízo.

Tudo que for mencionado sobre informação e formação ao quadro social merece o devido registro, evidenciando não só o tratamento conforme, mas, sobretudo, a ciência, o conhecimento ou, no que couber e como permitido em lei, a anuência ou a participação dos cooperadores.

Nesse contexto, muitas fragilidades documentais são reveladas por algumas cooperativas, que ostentam uma parca documentação do procedimento de

admissão de sócios e que não conseguem demonstrar a ciência destes com as regras mais essenciais de funcionamento da sociedade.

A rigor, não é raro detectar procedimentos que pouco se diferenciam de uma aquisição de mercado, muitas vezes formalmente tratando o sócio como simples cliente, contratante, credenciado, adquirente etc. É possível que tais incongruências muitas vezes se manifestem por puro descuido ou por uso de modelos pré-formatados de fornecedoras de mercado, mas, ainda que estejam essencialmente funcionando sob uma relação de consumo cooperativista, muitas vezes as cooperativas documentam, sem perceber a relevância disso, atos que mais se assemelham ao consumo em mercado.

Muitas cooperativas oferecem publicamente produtos e serviços, aproximando-se muito de uma oferta de mercado. O risco que se apresenta é o da preponderância de ânimo de adquirir em mercado a intenção de se tornar sócio. É claro que o interesse em se filiar a uma cooperativa é econômico – receber delas os serviços ou bens de consumo – e que, para as cooperativas, o ingresso de novos sócios tende a ser estratégico para ganho de escala nas operações e em benefício do próprio empreendimento dos cooperados. Nesses casos, contudo, inspira-se uma especial atenção para a formação e informação, mitigando os riscos na intenção contratual e fortalecendo o caráter mutualístico-societário. Tal fenômeno costuma apresentar semelhanças entre cooperativas de diferentes segmentos e merece cuidadosa e especial atenção. Por vezes, a falta de opção de fornecedores em determinadas regiões, tornando-se a cooperativa a única opção de acesso a determinados serviços ou produtos, pode fragilizar a intenção de associar-se à cooperativa – o que requer cuidado e tratamento especial.

A demonstração da regular convocação para assembleias, reuniões e outras atividades societárias, assim como o empenho estratégico dos sócios em fazer-se presente nelas, é capital para desenvolver e poder demonstrar a existência e incorporação da relação societária, não meramente consumerista.

Nomenclaturas utilizadas descuidadamente que não necessariamente afetariam a essência da relação, mas que formalmente documentam equivocadamente a natureza da relação cooperativa, merecem ser acauteladas, tais como denominar o cooperado “cliente”, a cooperativa “banco” ou “imobiliária”, o posto de atendimento “agência” etc.

Os próprios estatutos sociais e contratos comumente descrevem operações econômicas idênticas às realizadas em empresas capitalistas, sendo que são muitas as formas de plasmar o diferencial da operação adequadamente ao que de fato se processa nas cooperativas – malfadada a prática de simplesmente copiar os modelos preponderantes de mercado disponíveis inclusive na rede mundial de computadores.

São várias as oportunidades de recalibrar toda a estrutura documental das operações e dos atos societários das cooperativas, inspirando-se uma análise ampla e revisão de todo esse arsenal de documentos e normativos nas cooperativas.

### 3.3 Mediação cooperativa

É certo que a finalidade das cooperativas e a característica da dupla qualidade mitigam a bilateralidade e a oposição de interesses existentes originariamente entre fornecedores e consumidores de mercado. Contudo, mesmo com o alinhamento de interesses, o negócio cooperativo constitui uma relação obrigacional entre pessoas com personalidades jurídicas próprias, com prestações a adimplir entre si e entre as quais, não raro, o conflito se instalará.

Ocorre, entretanto, que, tal como exposto, para uma solução adequadamente fundamentada no Direito Cooperativo, ainda são desafios o forte desconhecimento da matéria nas universidades, as barreiras culturais, além da dificuldade de acesso a obras especializadas para os diferentes setores sociais não envolvidos diretamente com as cooperativas, mas que sobre elas exercem um papel decisivo, tais como agências reguladoras e órgãos de supervisão e fiscalização. Para o Judiciário, em particular, obsidiado pelo cumprimento de metas num inflacionário volume de processos, o acesso facilitado a esse material é estratégico. Contudo, não só como alternativa ao cenário jurisprudencial adverso, mas especialmente por sua vocação em relação às cooperativas, a mediação é uma tendência destacada na doutrina internacional (MIRANDA, 2012, p. 131): “[...] *la experiencia de la labor forense es suficiente para revelar que el litigio solucionado bajo la tutela dele Estado no reaproxima las partes y desencadena emociones personales que afectan los pilares de relación pasada*”.

Considerando que o consumo cooperativo tende a não eventualidade, pois esse consumidor é sócio da empresa a qual se associou para realizar suas aspirações de consumo, é socialmente relevante primar por alternativas de solução de conflitos que tenham mais chances de restaurar a relação entre as partes, que privilegie a cooperação na dimensão do diálogo e da autogestão – esta que caracteriza os empreendimentos de consumidores em cooperativas.

O desconhecimento da matéria e as pressões pelo rápido julgamento são fatores possivelmente remediáveis no ambiente da mediação, no qual a colaboração e a compreensão possuem melhores oportunidades que a mera entrega do litígio à sorte do Estado-juiz.

Além de prováveis custos mais amenos para os litígios, a mediação pode colaborar pedagogicamente com a formação da cultura de cooperação nos quadros da cooperativa, enquanto a pesquisa acadêmica e a formação cooperativista podem tentar ganhar mais espaço para estabelecer um ambiente de maior compreensão no Judiciário.

## Considerações finais

É possível concluir pela grande aproximação entre os propósitos do sistema de proteção ao consumidor de mercado e aqueles historicamente desempenhados pela iniciativa cooperativista em relação ao consumidor, sendo preponderante, contudo, que o segundo modelo, representando a autodefesa do consumidor, pretende fortalecer econômica e socialmente o consumidor para além de sua mera proteção.

Todo modelo estrutural das cooperativas redunda na consequente incidência de regime jurídico diferenciado, o que é confirmado pelos aspectos econômicos do cooperativismo de consumo (incluindo-se o financeiro) e também por toda estrutura legislativa e doutrinária do Direito Cooperativo e do Direito do Consumidor. Sobre o reconhecimento de tal regime, a doutrina cooperativista e a previsão legislativa vaticinam a regência do ato cooperativo nessas relações.

Se a finalidade, elemento do ato cooperativo, é desviada, se a cooperativa estiver sendo usada como instrumento para vulnerar o consumidor ao invés de promover sua defesa, é possível afastar seu regime próprio para fazer incidir o CDC.

A par disso, flagra-se o distanciamento entre tais fontes do Direito e a jurisprudência preponderante do Superior Tribunal de Justiça – o que, quando muito, tenta ser justificado no plano da proteção contra a vulnerabilidade do consumidor como salvaguarda para permanecer aplicando direito inadequado.

Entretanto, além de impor ônus desequilibrado sobre tais relações jurídico-econômicas, a atividade judicante sonega a compreensão de seu diferencial – não sabendo apontar em que medida há violação do sistema próprio da tutela do consumidor cooperado –, e deixando ainda de contribuir com sua blindagem por meio da evolução do estado das artes em matéria de Direito Cooperativo.

Indicia-se que qualquer vanguarda brasileira quanto ao ato cooperativo e sua recepção legislativa tem seguido sorte bastante diferente quanto à recepção jurisprudencial.

Possíveis soluções para o contorno do problema estão ligadas aos aspectos educacionais, informacionais e de formação cooperativista, à conformação documental e comportamental ao modelo das cooperativas, além da mediação cooperativa.

## Referências

ALIANÇA COOPERATIVISTA INTERNACIONAL (ACI). Brussels, 2013. Disponível em <<http://ica.coop/en/whats-co-op/co-operative-identity-values-principles>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

AGUDO, J. Dias. **Cooperativas de Consumo**. 2. ed. Lisboa: Livros Horizonte, 1980.

ALMEIDA, Amador Paes. **Manual das sociedades comerciais (direito de empresa)**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A autonomia do direito cooperativo**. In: KRUEGER, Guilherme (coord.) **Cooperativismo e o novo código civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

BECHO, Renato Lopes. **Elementos de Direito Cooperativo (de acordo com o Código Civil)**. São Paulo: Dialética, 2002.

BENECKE, Dieter W. **Cooperação e desenvolvimento**. O papel das cooperativas no processo de desenvolvimento econômico nos países de Terceiro Mundo. Porto Alegre: Coorjornal, 1980.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

BIALOSKORSKI NETO, Sigismundo. **Economia e gestão de organizações cooperativas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5764.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm)>. Acesso em: 28 mar. de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 28 mar. de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 28 mar. de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 28 março de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 289. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. In: Diário da Justiça, 9 de setembro de 2004, p. 149.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.535.888-MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Publicado no DJ Eletrônico 26 maio 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ITA&sequencial=1602614&num\\_registro=201501309644&data=20170526&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ITA&sequencial=1602614&num_registro=201501309644&data=20170526&formato=PDF)>. Acesso em: 5 jun. 2017>.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 0282- 70071189963**. Agravante: Cresol Pranchita Cooperativa de Crédito

Rural S.A. Agravada: Lurdes Adler Brandt. Relator: Pedro Luiz Pozza. Porto Alegre, DJ Eletrônico nº 5980-11, 7 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Agravo de Instrumento nº 20160020459430**. Agravante: Sicoob Credijustra – Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Servidores e Membros da Justiça do Trabalho e MPT, Poder Judiciário Federal e MPU nos Estados do Pará, Santa Catarina, do TST e STM. Agravado: Daniel Martins Fernandes. Relator: Des. Flavio Rostirola. Brasília, DF, DJ 8 mar. 2017. Disponível em <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

BULGARELLI, Waldirio. **As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Elaboração do Direito Cooperativo (um ensaio de autonomia)**. São Paulo: Atlas, 1967.

\_\_\_\_\_. **Regime Jurídico das Sociedades Cooperativas**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1965.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK (Coords.). **Comentários à Constituição Federal do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito econômico: obras completas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRACOGNA, Dante. O Acto Cooperativo. In: NAMORADO, Rui e OLIVEIRA, Celso Claro de (coord). **Pensamento Cooperativo – As Relações entre Cooperativas e Cooperadores**, nº 3 – ano 3. Lisboa: Tipografia Peres, 2002.

FILOMENO, José Geral Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FRANK, Walmor. **Direito das Sociedades Cooperativas**. São Paulo: Saraiva, 1973.

GAUDIO, Ronaldo. Desenvolvimento econômico e cooperativismo: fundamentos e desafios para implementação do art. 174, §2º, da Constituição Federal, a partir das características essenciais das sociedades cooperativas. In: MIRANDA, Jose Eduardo de; REIS, Marcelo Terra; GAUDIO, Ronaldo; SIELICHOW (coord). **Ordem econômica constitucional: compreensão e comparativo da ordem econômica na Constituição de 1988 com outros sistemas jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2016.

\_\_\_\_\_. FARIAS, Eduardo Helfer de. **Barreiras da razão indolente ao Cooperativismo: violação e incompreensão das características essenciais das sociedades cooperativas como fatores de prejuízo socioeconômico**. Artigo in *Anais do 4º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito*. Niterói: Ed. PPGSD-UFF, 2014. Disponível em: <<http://www.sociologiaedireito.uff.br/index.php/anais-s-d/4-s-d>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

HOLYOAKE, G.J. **Os 28 tecelões de Rochdale (História dos probos pioneiros de Rochdale)**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1933.

LASSERRE, Georges. **La coopération**. 3º édition, Paris: Presses universitaires de France, 1967.

\_\_\_\_\_. **El Cooperativismo**. Barcelona: Oikos-tau, 1972.

LUZ FILHO, Fábio. **O direito cooperativo**. Rio de Janeiro: Irmaãos Pongetti Editora, 1962.

MEINEN, Ênio; GAUDIO, Ronaldo. **Sobre o diferencial estrutural e desafios das instituições financeiras cooperativas no ambiente regulatório brasileiro**. In: Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, nº 49 – Sistemas de crédito cooperativo. Bilbao: Universidad de Deusto, 2015.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho. **Tratado de Direito Comercial**. 4. ed. vol. 4, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

MIRANDA, José Eduardo. **De La Crisis de Identidad Al Rescate de La Génesis Del Cooperativismo**. Madrid: Dykinson S.L., 2012.

MORALES, Carlos Torres. **El reconocimiento del acto cooperativo en la legislación peruana**. Lima: Biblioteca Nacional del Perú, 2014.

MUSA, Orestes Rodriguez. **La constitucionalización de la cooperativa: una propuesta para su redimensionamiento en Cuba**. Brasília: Vincere Associados, 2017.

PASTORINO, Roberto Jorge. **Teoría general del acto cooperativo**. Buenos Aires: Intercoop, 1993.

PINHO, Diva Benevides. **Brasil: crédito cooperativo e sistema financeiro**. São Paulo: Esetec, 2006, p. 18.

\_\_\_\_\_. **Economia e cooperativismo**. São Paulo: Saraiva: 1977.

\_\_\_\_\_. **O que é cooperativismo?** São Paulo: São Paulo Editora, 1966.

\_\_\_\_\_. VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de (org.). **Manual de Economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PINHO Carlos Marques e PINHO, Diva Benevides. **Sistema Econômicos Comparados**. São Paulo: Saraiva: Editora da Universidade de São Paulo, 1984.

PUENTES, Antonio Salinas. **Derecho Cooperativo**. México: Editorial Cooperativo, 1954.

TEIXEIRA, Marianna Ferraz. **A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às cooperativas de crédito: uma abordagem da jurisprudência do STJ e do TJDF à luz do princípio da igualdade e das regras de interpretação normativa**. Brasília: Vincere Associados, 2016.

WALD, Arnold. **Da natureza e do regime jurídico das Cooperativas e do sócio demitido que se retira da sociedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. 84, nº 771.

# A Controvertida Relação entre as Receitas Financeiras e a Base de Cálculo do PIS e da Cofins Incidente sobre Instituições Financeiras no Regime Cumulativo

André Mendes Moreira\*

Vinícius Simões Borges Espinheira Fonseca\*

*Introdução. 1 Escorço histórico-legislativo da base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins. 2 A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins no regime cumulativo e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3 A incidência da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins sobre o faturamento das instituições financeiras antes e depois da Lei nº 12.973, de 2014.*

*Conclusão.*

## Resumo

O presente trabalho trata da controvertida definição do conteúdo da base de cálculo da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) incidentes sobre o faturamento das instituições financeiras no regime cumulativo, especialmente após a edição da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014. Investigou-se o escorço histórico-legislativo da base de cálculo das mencionadas contribuições para, em um segundo momento, tratar especificamente da base de cálculo no regime cumulativo daquelas

---

\* André Mendes Moreira é Professor Adjunto de Direito Tributário da UFMG, Doutor em Direito Tributário pela USP e Advogado.

\*\* Vinícius Simões Borges Espinheira Fonseca é Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG e Advogado

contribuições, bem como do entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da matéria enquanto não resolve a questão definitivamente. Analisou-se o impacto da edição da referida Lei nº 12.973, de 2014, que alterou o conceito de receita bruta, e os seus reflexos no que concerne à determinação da base de cálculo do PIS e da Cofins. Com efeito, antes da edição da Emenda Constitucional (EC) nº 20, de 15 de novembro de 1998, e da Lei nº 12.973, de 2014, consistia em grave equívoco submeter as receitas financeiras à tributação por essas contribuições sociais, na medida em que não seria possível classificá-las como espécie de receita da prestação de serviços. Após a promulgação daquelas normas, no entanto, se a atividade principal (maior representatividade em termos de receitas operacionais) for a financeira, apenas esta comporá a receita bruta para fins de incidências das contribuições sobre o faturamento.

**Palavras-chave:** Programa de Integração Social. Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público. Contribuição para Financiamento da Seguridade Social. Regime cumulativo. Faturamento. Instituições financeiras.

*The Controversial Relationship between Financial Revenues and  
the Calculation Basis of PIS/Cofins Levied on  
Financial Institutions under the Cumulative System*

*Abstract*

*This study aims to examine the controversial issue of the calculation basis of the social contributions levied on revenues (PIS and Cofins) arising from financial institutions' core business under the cumulative taxation system, especially after the changes enacted by Law No. 12.973/14, published in the Brazilian Official Gazette on May 13, 2014. In order to achieve this goal, the study first undertook the legislative and jurisprudential history involving the calculation basis of these social contributions and then analyzed it specifically in the cumulative taxation*

*system, which remains applicable for financial institutions, as well as the Federal Supreme Court's (STF) current understanding on the matter while its final word is not given in the judgement of the RE 609.096-RG/RS. The study also analyzed the impacts enacted by Law No. 12.973/14, which changed the concept of "gross revenues", the taxable basis for PIS/Cofins, thereby also modifying the calculation basis for these social contributions. Indeed, it was a mistake to subject typically derived income from the activities of financial institutions to taxation by PIS/Cofins, because such income did not fall within the concept of revenues arising from the company's core business, whose meaning was then limited to the provision of goods and services. After the enactment of Constitutional Amendment No. 20/98 and Law No. 12.973/14, however, if the financial institution's main activity is financial (that is, financial revenues have the greatest representativeness in terms of operating revenues for it), then this will be accounted as the gross revenue for PIS and Cofins.*

**Keywords:** Social Integration Program (PIS). Public Servants' Fund Financing Program (Pasep). Social Security Financing Contribution (Cofins). Cumulative taxation system. Operating revenue. Financial institutions.

## Introdução

A controvérsia em torno da exigência da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS)/Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep) e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins), no regime cumulativo, sobre as receitas financeiras das instituições financeiras ocupa uma posição destacada na literatura jurídica e jurisprudência nacionais (AGUIAR, 2014, p. 121). A *quaestio juris* gira em torno da definição do conteúdo de sua base de cálculo: o faturamento, em especial após a edição da Lei nº 9.718, de 1998.

Historicamente, de um lado a Fazenda Pública entende que a Cofins e a contribuição ao PIS incidiriam cumulativamente sobre as receitas de intermediação bancária, ou seja, as instituições financeiras deveriam recolhê-las

sobre o total da receita auferida com as suas operações de crédito, de arrendamento mercantil, de títulos e valores mobiliários, de câmbio e de aplicações compulsórias.

Instituições financeiras, nos termos do artigo 17 da Lei nº 4.595, de 1964, são “as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros” (BRASIL, 1965). Em outros termos, trata-se de bancos de investimento, sociedades de crédito e investimento, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, dentre outras igualmente autorizadas a operar no campo da intermediação financeira.

Como exemplo clássico de receita financeira dos bancos, segundo o Banco Central do Brasil (BC), tem-se o chamado *spread* bancário, que consiste na diferença, em pontos percentuais, entre a taxa de juros pactuada nos empréstimos e financiamentos concedidos (taxa de aplicação) e a taxa de captação dos recursos necessários para concedê-los.

De outro lado, os contribuintes defendem que apenas as receitas oriundas da prestação de serviços em sentido estrito comporiam a base de cálculo do PIS e da Cofins, sob o regime cumulativo<sup>1</sup>, a saber: tarifas de abertura, administração e manutenção de contas. Destarte, os serviços prestados pelas instituições financeiras de fato passíveis de suportar a incidência das referidas contribuições sociais corresponderiam apenas àqueles elencados, embora para fins de incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), no item 15 da lista anexa, da Lei Complementar (LC) nº 116, de 31 de julho de 2003<sup>2</sup>.

1 Após a edição da EC nº 20, de 1998, as Leis nº 10.637, de 2002, e nº 10.833, de 2003, que introduziram o regime não cumulativo para a contribuição para o PIS/Pasep e para a Cofins, não incluíram nele as instituições financeiras, submetendo-as ao regime cumulativo de apuração nos termos da Lei nº 9.718, de 1998.

2 “15 – Serviços relacionados ao setor bancário ou financeiro, inclusive aqueles prestados por instituições financeiras autorizadas a funcionar pela União ou por quem de direito. 15.01 – Administração de fundos quaisquer, de consórcio, de cartão de crédito ou débito e congêneres, de carteira de clientes, de cheques pré-datados e congêneres. 15.02 – Abertura de contas em geral, inclusive conta-corrente, conta de investimentos e aplicação e caderneta de poupança, no País e no exterior, bem como a manutenção das referidas contas ativas e inativas. 15.03 – Locação e manutenção de cofres particulares, de terminais eletrônicos, de terminais de atendimento e de bens e equipamentos em geral. 15.04 – Fornecimento ou emissão de atestados em geral, inclusive atestado de idoneidade, atestado de capacidade financeira e congêneres. 15.05 – Cadastro, elaboração de ficha cadastral, renovação cadastral e congêneres, inclusão ou exclusão no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos – CCF ou em quaisquer outros bancos cadastrais. 15.06 – Emissão, reemissão e fornecimento de avisos, comprovantes e documentos em geral; abono de firmas; coleta e entrega de documentos, bens e valores; comunicação com outra agência ou com a administração central; licenciamento eletrônico de veículos; transferência de veículos; agenciamento fiduciário ou depositário; devolução de bens em custódia. 15.07 – Acesso, movimentação, atendimento e consulta a contas em geral, por qualquer meio ou processo, inclusive por telefone, fac-símile, internet e telex, acesso a terminais de atendimento, inclusive vinte e quatro horas; acesso a outro banco e a rede compartilhada; fornecimento de saldo, extrato e demais informações relativas a contas em geral, por qualquer meio ou processo.

De todo modo, a solução dessa disputa entre Fisco e instituições financeiras não foi ainda alcançada. Ela se arrasta no Supremo Tribunal Federal (STF) desde quando este decidiu declarar a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins operado pelo artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998<sup>3</sup> (ampliação indevida do conceito de faturamento para abarcar todas as receitas da pessoa jurídica, operacionais ou não).

Com essa decisão, a Suprema Corte determinou que o PIS/Cofins fosse recolhido somente sobre o faturamento das empresas, isto é, sobre todas as receitas vinculadas às suas atividades-fim (receitas operacionais), estas entendidas como as estritamente relacionadas à venda de mercadorias e à prestação de serviços (BRASIL, 2017b).

Assim sendo, no caso, por exemplo, das empresas comerciais, a cobrança das referidas contribuições sociais recairia sobre o faturamento oriundo da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços, excluindo-lhe da base de cálculo as receitas não operacionais, tais quais as receitas financeiras advindas de investimentos, na medida em que se afastam das receitas vinculadas à sua atividade-fim.

15.08 – Emissão, reemissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito; emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres; serviços relativos a abertura de crédito, para quaisquer fins. 15.09 – Arrendamento mercantil (*leasing*) de quaisquer bens, inclusive cessão de direitos e obrigações, substituição de garantia, alteração, cancelamento e registro de contrato, e demais serviços relacionados ao arrendamento mercantil (*leasing*). 15.10 – Serviços relacionados a cobranças, recebimentos ou pagamentos em geral, de títulos quaisquer, de contas ou carnês, de câmbio, de tributos e por conta de terceiros, inclusive os efetuados por meio eletrônico, automático ou por máquinas de atendimento; fornecimento de posição de cobrança, recebimento ou pagamento; emissão de carnês, fichas de compensação, impressos e documentos em geral. 15.11 – Devolução de títulos, protesto de títulos, sustação de protesto, manutenção de títulos, reapresentação de títulos, e demais serviços a eles relacionados. 15.12 – Custódia em geral, inclusive de títulos e valores mobiliários. 15.13 – Serviços relacionados a operações de câmbio em geral, edição, alteração, prorrogação, cancelamento e baixa de contrato de câmbio; emissão de registro de exportação ou de crédito; cobrança ou depósito no exterior; emissão, fornecimento e cancelamento de cheques de viagem; fornecimento, transferência, cancelamento e demais serviços relativos a carta de crédito de importação, exportação e garantias recebidas; envio e recebimento de mensagens em geral relacionadas a operações de câmbio. 15.14 – Fornecimento, emissão, reemissão, renovação e manutenção de cartão magnético, cartão de crédito, cartão de débito, cartão salário e congêneres. 15.15 – Compensação de cheques e títulos quaisquer; serviços relacionados a depósito, inclusive depósito identificado, a saque de contas quaisquer, por qualquer meio ou processo, inclusive em terminais eletrônicos e de atendimento. 15.16 – Emissão, reemissão, liquidação, alteração, cancelamento e baixa de ordens de pagamento, ordens de crédito e similares, por qualquer meio ou processo; serviços relacionados à transferência de valores, dados, fundos, pagamentos e similares, inclusive entre contas em geral. 15.17 – Emissão, fornecimento, devolução, sustação, cancelamento e oposição de cheques quaisquer, avulso ou por talão. 15.18 – Serviços relacionados a crédito imobiliário, avaliação e vistoria de imóvel ou obra, análise técnica e jurídica, emissão, reemissão, alteração, transferência e renegociação de contrato, emissão e reemissão do termo de quitação e demais serviços relacionados a crédito imobiliário.” (BRASIL, 2003a).

3 Cf. “Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. § 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas” (BRASIL, 1998a).

Destarte, as instituições financeiras entendem que o pagamento do PIS e da Cofins será efetuado apenas sobre as receitas obtidas com a prestação de serviços *stricto sensu*, como, por exemplo, as tarifas cobradas pela manutenção de contas-correntes, e jamais sobre as decorrentes das operações de intermediação de financeira, como empréstimos e financiamentos, que não seriam consideradas faturamento, embora representem, aproximadamente, 70% de sua receita bruta total.

De todo modo, a discussão segue perante o STF, com repercussão geral reconhecida (Tema 372), no Recurso Extraordinário (RE) nº 609.096/RS, *leading case* da matéria, que se encontra sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Nesse recurso extraordinário, interposto pela União contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>4</sup>, definir-se-ão os limites do conceito do faturamento constante da base de cálculo prevista no artigo 2º da Lei nº 9.718, de 1998, para aquelas contribuições sociais e, portanto, a própria incidência do PIS e da Cofins sobre as receitas financeiras das instituições financeiras (BRASIL, 2017a).

No que concerne à tributação das receitas financeiras das instituições financeiras pelas já mencionadas contribuições sociais, não obstante ainda se esteja a aguardar a manifestação definitiva do STF sobre a abrangência do termo “faturamento” e se este guardaria identidade com a expressão “receita bruta”, cumpre inafastavelmente destacar e analisar o papel exercido pela Lei nº 12.973, de 2014, especialmente ante a alteração que promoveu sobre o conceito de receita bruta e os seus reflexos para fins de determinação da base de cálculo do PIS e da Cofins.

Fruto da conversão da Medida Provisória (MP) nº 627, de 11 de novembro de 2013, a Lei nº 12.973, de 2014, além de adaptar a legislação tributária federal à nova realidade contábil do Brasil<sup>5</sup>, trouxe, em seu artigo 2º, uma clara

4 O acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sede de recurso de apelação interposto contra sentença em mandado de segurança, estabeleceu-se a premissa de que, apesar de as instituições financeiras auferirem algumas receitas decorrentes da prestação de serviços, as receitas financeiras não se enquadram no conceito de faturamento, haja vista que a tomada da expressão “receita bruta” para defini-lo foi realizada levando em consideração tão somente aquilo que correspondia à venda de mercadorias e serviços e desprezando, por conseguinte, os demais ingressos que compõem a receita bruta das empresas.

5 No Brasil, o processo de convergência do modelo contábil brasileiro aos padrões internacionais da Contabilidade iniciou-se paulatinamente desde há décadas, especialmente a partir da edição da Lei nº 11.638, de 2007, por meio da qual se buscou expressamente a adequação das normas contábeis brasileiras em relação aos padrões internacionais. Cf. FONSECA, Fernando Daniel de Moura. *Normas tributárias e a convergência das regras contábeis internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

modificação do conceito de receita bruta, ao menos para fins tributários. Demais disso, por meio do seu artigo 52, remeteu a este conceito a definição da base de cálculo da contribuição para o PIS/Cofins no regime cumulativo, que passou, assim, a compreender expressamente não só o produto da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas também o resultado auferido nas operações de conta alheia e as receitas da atividade típica ou objeto principal da empresa que não estejam compreendidas nas demais hipóteses.

O presente trabalho traz, em um primeiro momento, o esboço histórico-legislativo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins para, em seguida, analisar os reflexos da ampliação do conceito de receita bruta, tal qual promovido a partir da promulgação da Lei nº 12.973, de 2014, em relação à incidência daquelas contribuições sobre as receitas de intermediação financeira das instituições financeiras, considerando, também, a jurisprudência do STF.

## **1 Esboço histórico-legislativo da base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins**

Diante das diversas e sucessivas modificações por que passaram as leis do PIS/Pasep e da Cofins, faz-se mister realizar, *ab initio*, uma resenha histórico-legislativa dessas contribuições para se delinear, com segurança, a base de cálculo sobre a qual efetivamente incidem.

Nesse sentido, a primeira dessas contribuições foi instituída pela Lei Complementar (LC) nº 7, de 7 de setembro de 1970 (BRASIL, 1970), visando ao financiamento do PIS, destinado a “promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas”. Sua base de cálculo era o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador e previa, de modo expresso, a participação das instituições financeiras em parágrafo próprio, segregando-as das pessoas jurídicas cuja atividade-fim consistisse na venda de mercadorias.

Análoga ao PIS, a contribuição ao Pasep foi instituída pela LC nº 8, de 3 de dezembro de 1970. A contribuição para o Pasep é devida pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, suas autarquias, fundações e empresas estatais, visando a custear benefícios para os servidores públicos, como o auxílio para compra de casa própria. Sua base de cálculo era a receita das referidas pessoas jurídicas.

O suporte constitucional das fontes de financiamento do PIS e do Pasep era o artigo 165, V, da Constituição Federal de 1967, segundo o qual deveria ser instituída contribuição que visasse a integrar o empregado “na vida e no desenvolvimento das empresas”. Ambos os programas sociais foram unificados, em 11 de setembro de 1975, pela LC nº 26 (MOREIRA, 2012, p. 429).

A sistemática de ambas as leis complementares acima mencionadas, expressamente recepcionadas pela CF de 1988 (artigo 239), perdurou em vigor até o surgimento da Lei nº 9.715, de 1998. Esta, a seu turno, unificou as contribuições para o PIS/Pasep e redefiniu a base de cálculo do PIS – que era o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador – para o faturamento do mês da ocorrência do fato gerador.

A contribuição para o Fundo de Investimento Social (Finsocial), predecessora da atual Cofins, foi instituída pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 1982, com o fito de custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, justiça e amparo ao pequeno agricultor. Sua base de cálculo, à época, consistia na “receita bruta das vendas de mercadorias e serviços, com a dedução das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos incondicionais” (BRASIL, 1982).

Conquanto a contribuição para o Finsocial fosse aplicada de modo diferenciado em relação às pessoas jurídicas exclusivamente prestadoras de serviços, as instituições financeiras eram tributadas sob o mesmo regime das empresas comerciais e industriais. Nesse sentido, originariamente, o Decreto nº 1.940, de 1982, previu como base de cálculo a expressão “receita bruta”, entendida como o total das receitas advindas da atividade da pessoa jurídica, e não o termo “faturamento” (artigo 1º)<sup>6</sup>.

Posteriormente, porém, com a edição do Decreto-Lei nº 2.397, em 21 de dezembro de 1987, não só se modificou a disciplina do PIS/Pasep mas também a redação do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.940, de 1982, mencionado *supra*. O legislador cuidou de explicitar a composição da base de cálculo da contribuição para o Finsocial devida pelas instituições financeiras, diferenciando-a da

6 Cf. “Art. 1º [...] § 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento) e incidirá mensalmente sobre: a) a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza, das empresas públicas ou privadas definidas como pessoa jurídica ou a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda; b) as rendas e receitas operacionais das instituições financeiras e entidades a elas equiparadas, permitidas as seguintes exclusões: [...]” (BRASIL, 1982) (grifo nosso).

aplicável às demais empresas (comerciais e industriais), a saber: a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços (faturamento) para as pessoas jurídicas em geral e as rendas e receitas operacionais para as instituições financeiras (receitas operacionais).

Nada obstante, em 30 de dezembro de 1991, a LC nº 70, além de expressamente isentar<sup>7</sup> as instituições financeiras, criou a Cofins, definindo-lhe, enquanto base de cálculo, o faturamento mensal, assim entendido como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Desse modo, a Cofins lastreava-se na redação original do artigo 195, I, da CF de 1988, que autorizava a cobrança de contribuição sobre o faturamento das empresas.

Com a unificação dos regimes jurídicos do PIS/Pasep e da Cofins realizada pela Lei nº 9.718, de 1998, embora se tenha mantido a incidência do PIS e da Cofins sobre o faturamento das empresas, conforme permitido pela CF de 1988 (artigo 195, I), pretendeu-se modificar o conceito de faturamento a fim de equipará-lo ao de receita bruta, tal qual definido no artigo 3º, § 1º, da referida lei, isto é, como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo, pois, irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida bem como a classificação contábil adotada para a sua classificação ou escrituração.

Assim, conquanto tenha inicialmente se referido à incidência sobre o faturamento, a Lei nº 9.718, de 1998, almejou que a cobrança da contribuição para o PIS/Cofins fosse feita sobre a receita bruta, o que contrariava a autorização constitucional vigente. Afinal, à época, como já mencionado, a CF de 1988 autorizava a instituição de contribuição tão somente sobre o faturamento (produto da venda de bens ou serviços), e não sobre a totalidade das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas.

Todavia, a CF de 1988 foi alterada pela Emenda Constitucional (EC) nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que instituiu como base de cálculo possível, ladeando o termo faturamento, a “receita”, permitindo, também, a criação de contribuições sobre essa nova base de cálculo, ampliando o campo de incidência das contribuições, para permitir à Fazenda Pública o alcance, também, das

---

7 Considerando que a LC nº 70, de 1991, ao tomar como base de cálculo da Cofins o faturamento, este entendido como a totalidade das receitas auferidas em decorrência da venda de mercadorias e da prestação de serviços, afirma-se que as instituições financeiras, haja vista que das suas atividades típicas não advém faturamento, não figuravam como sujeito passivo da obrigação tributária relativa àquela contribuição social.

receitas financeiras das instituições financeiras, que resistiam à tributação dessas receitas ao argumento de que não consistiriam em resultado de operações que pudessem configurar faturamento, assim entendido como receita derivada da venda de mercadorias e de serviços em sentido estrito (MINATEL, 2007, p. 538).

Logo, por ter sido editada anteriormente à promulgação da EC nº 20, de 1998, cuja publicação se deu em 16 de dezembro de 1998, a Lei nº 9.718, de 1998, padecia de inconstitucionalidade no concernente ao alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins. Afinal, como dito, a redação originária da CF de 1988 outorgava à União competência tão somente para criar contribuições sobre o faturamento. Nesse sentido, para que a contribuição sobre a receita fosse válida e, portanto, legitimamente instituída, previamente à EC nº 20, de 1998, seria imprescindível a sua veiculação por meio de lei complementar, na medida em que, não estando prevista no artigo 195 da CF de 1988, seria tributo instituído com fundamento na competência residual da União (artigo 195, § 4º, c/c artigo 154, I, da CF de 1988).

Perfilhando o entendimento supraexposto, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da contribuição para o PIS/Cofins, ao menos nos termos pretendidos pelo artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, 1998, que determinava a incidência das aludidas contribuições sobre “a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica” (BRASIL, 1998a). A partir de então, o PIS/Cofins tornou a incidir exclusivamente sobre o faturamento (o produto da venda dos bens e serviços em sentido estrito da empresa). Posteriormente, a Lei nº 11.941, de 2009 (artigo 79, XII), revogou expressamente o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, estendendo, desde então, a todos os contribuintes o direito de apurar aquelas contribuições sociais sobre o faturamento, e não sobre a integralidade de suas receitas.

A efetiva instituição das contribuições em comento sobre a receita bruta, consoante autorizado pela atual redação da CF de 1988, ocorreu por meio da Lei nº 10.637, de 2002, para o PIS/Pasep, e da Lei nº 10.833, de 2003, para a Cofins. Tais diplomas legislativos trouxeram, ainda, a forma de cobrança não cumulativa do PIS e da Cofins. Entretanto, alguns contribuintes permaneceram, por expreso desígnio da nova legislação, sob a égide do regime cumulativo veiculado pela Lei nº 9.718, de 1998, como as instituições financeiras<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Dentre as pessoas jurídicas que permaneceram na sistemática cumulativa das contribuições, como as que se sujeitam ao Simples, lucro presumido ou lucro arbitrado, podem ser citadas as instituições financeiras, como, por exemplo, bancos

Sob o regime de incidência plurifásica cumulativa, tem-se que, antes da edição da Lei nº 12.973, de 2014, que promoveu a ampliação da base de cálculo das contribuições em questão compreendida no termo “faturamento”, este era entendido tal qual definido por sua legislação de regência, a saber, a LC nº 70, de 1991 (Cofins), e a Lei nº 9.715, de 1998 (PIS/Pasep). Logo, faturamento não era senão a receita bruta advinda da venda de mercadorias ou da prestação de serviços em sentido estrito. No entanto, após a edição da referida lei, alterou-se o conceito de receita bruta para abarcar não só as receitas advindas da venda de mercadorias e da prestação de serviços mas também todas as receitas obtidas em razão do exercício da atividade-fim da pessoa jurídica.

O artigo 2º da Lei nº 12.973, de 2014, cuidou de alterar o artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, para incluir, no conceito de receita bruta, “as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica” (BRASIL, 1977). A seu turno, o artigo 52 da referida lei conferiu nova redação à Lei nº 9.718, de 1998 (BRASIL, 1998a), para modificar a base de cálculo do PIS e da Cofins, estabelecendo que “faturamento a que se refere o artigo 2º compreende a receita bruta de que trata o artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977”.

Destarte, há atualmente duas formas distintas de apuração do PIS e da Cofins em coexistência no Brasil que podem ser sumarizadas, no tocante à base de cálculo, da seguinte forma: a) o regime cumulativo, veiculado pela Lei nº 9.718, de 1998, com incidência sobre o faturamento, objeto do presente do trabalho; e b) o regime não cumulativo, instituído b.1) para o PIS, pela Lei nº 10.637, de 2002, tributando a totalidade das receitas auferidas no mês, com possibilidade de abatimento de créditos calculados sobre as despesas incorridas no mesmo período, e b.2) para a Cofins, pela Lei nº 10.833, de 2003, também incidindo sobre a receita bruta mensal e, igualmente, com direito ao desconto de créditos sobre as despesas do mês.

---

comerciais, de investimentos e de desenvolvimento. É dizer: tais pessoas jurídicas continuam a ser regidas pela sistemática cumulativa do PIS e da Cofins, com alíquota global de 3,65% e incidência sobre o faturamento, sem possibilidade de desconto de créditos, conforme a Lei nº 9.718, de 1998.

## 2 A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins no regime cumulativo e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A CF de 1988 outorgou à União a competência tributária para instituir contribuições sociais, visando a custear a seguridade social, exigindo-as do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, dentre outras bases de cálculo autorizadas pelo texto constitucional, sobre a receita ou faturamento, segundo a redação dada pela EC nº 20, de 1998, ao inciso I do artigo 195.

Pelo exposto, pode-se afirmar que os conceitos de faturamento e de receita bruta encontram-se no âmago da controversa incidência do PIS e da Cofins, mormente a partir da edição da Lei nº 9.718, de 1998, que alargou, indevidamente, a base de cálculo dessas contribuições, passando de faturamento para receita bruta total.

Nada obstante, receita e faturamento representam realidades econômicas distintas, embora compartilhem de um núcleo em comum. Por isso, de um lado, a receita possui um espectro mais amplo, abrangendo todas as entradas que impliquem aumento do patrimônio da pessoa jurídica; de outro lado, o faturamento resume-se à denominada receita bruta operacional, ou seja, aos ingressos oriundos da realização do objeto social da empresa no tocante à venda de mercadoria ou à prestação de serviços.

A propósito, esse foi o entendimento sufragado pela Suprema Corte brasileira ao tratar da inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998. Nessa oportunidade, o STF assentou as definições de faturamento e de receita bruta, sendo o primeiro a “receita derivada da venda de bens e/ou prestação de serviços” e a segunda a “totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica”, inclusive “a receita bruta das vendas e serviços, gerais, administrativas e não operacionais” (RE nº 346.084/PR – BRASIL, 2005).

Essa foi a razão pela qual a Lei nº 9.718, de 1998, foi declarada inconstitucional no particular da previsão da incidência do PIS e da Cofins sobre “a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada” (BRASIL, 1998a). Afinal, como a CF de 1988, em vigor quando da publicação da referida lei, não permitia

a instituição de contribuições sociais sobre a receita bruta, a incidência do PIS e da Cofins sobre base de cálculo não prevista no artigo 195, I, da CF de 1988 somente seria possível nos termos do artigo 195, § 4º, da CF de 1988, isto é, por meio de lei complementar.

Originariamente, a realidade com substrato econômico passível de suportar a incidência das contribuições sociais para o custeio do PIS e do Finsocial foi revelada, na qualidade de base de cálculo dessas contribuições, pelo termo “faturamento”, entendido como a receita advinda das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços de qualquer natureza.

Entretanto, a definição do conteúdo do conceito de “faturamento” é controvérsia que se encontra desde há muito presente em pauta na Suprema Corte, como, por exemplo, no julgamento do RE nº 150.755/PE, em 18 de novembro de 1992, quando o STF decidiu ser constitucional a previsão legal de incidência da contribuição para o Finsocial sobre a receita bruta, constante do artigo 28 da Lei nº 7.738, de 1989, desde que ela correspondesse à noção de faturamento nos termos do Decreto-Lei nº 2.397, de 1987.

A partir desse julgamento, tem-se que o STF, interpretando a CF de 1988, considerou faturamento como a receita bruta oriunda da venda de mercadorias e da prestação de serviços. Em outros termos, conquanto não tenha tão só e simplesmente equiparado os conceitos, a previsão de incidência de quaisquer das referidas contribuições sociais sobre a “receita bruta” só seria constitucional se se enquadrasse no já referido conceito de faturamento.

Novamente, porém já em 9 de novembro de 2005, ao julgar o RE nº 346.084/PR, discutia-se não só a ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins no regime cumulativo – tal qual contida no artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.718, de 1998 – para abranger a totalidade das receitas auferidas pelos contribuintes daquelas contribuições sociais, mas também o alcance do termo “faturamento” para fins tributários. Nessa oportunidade, quanto ao alargamento da base de cálculo, o STF declarou-o inconstitucional, ao fundamento de que o conceito de receita bruta (faturamento) não havia sido respeitado, na medida em que a incidência pretendia alcançar outros ingressos que não apenas os oriundos da venda de mercadorias e da prestação de serviços.

Somente a partir de 1998, com a edição da EC nº 20, é que, deliberadamente, acrescentou-se o termo “receita” ao artigo 195 da CF de 1988, ao lado do

“faturamento”, para ampliar o campo de incidência das contribuições e, assim, permitir à Fazenda Pública alcançar, também, as receitas financeiras das instituições financeiras, que resistiam à tributação dessas receitas, uma vez que elas não consistiriam no resultado de operações que pudessem configurar faturamento no sentido estrito, isto é, entendido como receita derivada da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços.

No entanto, mesmo no RE nº 346.084/PR, o Ministro Cezar Peluso consignou em seu voto, embora tenha sido vencido, que o conceito de faturamento, entendido como receita bruta da venda de mercadorias ou da prestação de serviços, consistiria, em verdade, no produto do exercício de atividades empresariais típicas. Com efeito, no que concerne às receitas financeiras, para o Ministro Cezar Peluso, o único ministro naquela oportunidade a tratar delas especificamente, “tal produto entra no conceito de ‘receita bruta igual a faturamento’” (BRASIL, 2005).<sup>9</sup>

Pode-se afirmar, porém, que, em mais de uma oportunidade<sup>10</sup>, a Suprema Corte brasileira manifestou seu entendimento de que a contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins incidem tão somente sobre o faturamento das pessoas jurídicas de Direito privado, isto é, sobre a receita bruta proveniente da venda de mercadorias e da prestação de serviços.

Destarte, cabe agora ao STF definir, no RE nº 609.096/RS<sup>11</sup>, ao qual reconheceu repercussão geral, os limites do conceito do faturamento constante da base de cálculo prevista no artigo 2º da Lei nº 9.718, de 1998, para o PIS/Pasep e a Cofins – se existe ou não identidade plena daquele com a expressão “receita bruta operacional” – e, portanto, pôr fim ao imbróglie envolvendo os limites da incidência dessas contribuições sobre as receitas financeiras dos bancos, ao menos, em todos os casos anteriores à edição da Lei nº 12.973, de 2014.<sup>12</sup>

9 Posteriormente, quando do julgamento do RE nº 400.479/RJ, o Ministro Cezar Peluso aplicou ao caso concreto, que envolvia uma seguradora, a mesma solução, isto é, a de que o conceito de receita bruta, para fins de definição de faturamento, envolve, não só aquela receita decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas advindas do exercício das atividades empresariais típicas.

10 Cf. Recursos Extraordinários nºs 357.950/RS, 358.273/RS, 346.084/PR e 390.840/MG.

11 O tema das receitas financeiras e do alcance do conceito de faturamento encontra-se igualmente em pauta no julgamento do RE nº 400.479/RJ, que estava sob a relatoria do Ministro Cezar Peluso, em que se discute a incidência da Cofins sobre as receitas financeiras operacionais das companhias seguradoras.

12 A CSRF também decidiu que, até que reste definitivamente julgada a questão pelo STF no RE nº 609.096/RS, a conclusão que se impõe é no sentido de que, após a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, apenas a receita típica da pessoa jurídica, não a totalidade das receitas auferidas por ela, poderia integrar a base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins (BRASIL, 2014b).

### 3 A incidência da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins sobre o faturamento das instituições financeiras antes e depois da Lei nº 12.973, de 2014

Por suposto, a controvérsia em torno da incidência do PIS e da Cofins sobre as receitas financeiras das instituições financeiras ganhou vulto a partir da edição da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, que pretendeu, nos termos do seu parágrafo 1º do artigo 3º, ampliar o conceito de faturamento para incluir nele todas as receitas operacionais, isto é, qualquer receita ligada à atividade-fim da pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

De um lado, embora a Suprema Corte já tenha se manifestado acerca do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, declarando-o inconstitucional em sede de controle difuso quando do julgamento do RE nº 585.235/MG, o imbróglio remanesce em aberto, e as instituições financeiras têm enfrentado as dificuldades oriundas da indefinição do conceito de faturamento para fins de apuração do PIS e da Cofins<sup>13</sup>.

Essa disputa, como já mencionado, adveio do julgamento em que o STF declarou inconstitucional o alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins nos termos pretendidos pelo artigo 3º, § 1º, também da Lei nº 9.718, de 1998, o qual, a pretexto de disciplinar a base de cálculo das referidas contribuições, equiparou faturamento à receita bruta, assim incorporando nesta “a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas”.

Também vimos que o STF, na oportunidade, decidiu que a CF de 1988 na redação do artigo 195, I, *b*, em vigor à época da publicação da Lei nº 9.718, de 1998, continha autorização para que o legislador ordinário tributasse apenas o faturamento das empresas, assim entendido como o produto das receitas decorrentes das vendas de mercadorias e da prestação de serviços. Para o STF, o termo faturamento possui um sentido técnico, consagrado na legislação

---

13 Cf. “Em que pese o fato de a Corte Suprema ter indicado um processo com repercussão geral para analisar esta questão, a Procuradoria da Fazenda Nacional (PGFN) não se olvidou em firmar sua posição através do Parecer/CAT nº 2.773/2007 e, assim, em conjunto com a Receita Federal, promoveram a inscrição dos débitos de PIS e Cofins dos contribuintes instituições financeiras em dívida ativa, até mesmo nas hipóteses em que havia provimento jurisdicional suspendendo a sua exigibilidade” (PAZELLO, 2013, p. 36).

pré-constitucional e incorporado ao texto constitucional, albergando apenas aquelas operações objeto das faturas mercantis, é dizer, da venda de mercadorias e da prestação de serviços.

Diante das já mencionadas manifestações do Ministro Cezar Peluso e no mesmo sentido delas, a Fazenda Nacional, que expediu o Parecer PGFN/CAT nº 2.773/07 e a Nota Técnica Cosit nº 21/06, por considerar que a base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins consiste na receita bruta decorrente das atividades empresariais típicas, tem exigido dos bancos o recolhimento da Cofins também sobre as receitas financeiras, uma vez que, para o Fisco, somente as receitas não operacionais estariam fora do conceito de faturamento.

De outro lado, em face das inúmeras diferenças que havia entre as práticas contábeis mundo afora e dos prejuízos delas advindos, mostrou-se inadiável a busca pela harmonização internacional dos padrões contábeis, a fim de estabelecer um ambiente favorável à dinâmica global de negócios, reduzindo a assimetria de informações e, assim, atrair e manter investimentos nacionais e estrangeiros.

No Brasil, em suma, o panorama do processo de convergência das normas contábeis ao padrão internacional envolve, em um primeiro momento, o afastamento do Direito Tributário da Contabilidade, com a edição das Leis nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e nº 11.941, de 27 de maio de 2009, e a reaproximação, com a Lei nº 12.973, de 2014, que ampliou a base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins no regime cumulativo, influenciando diretamente as instituições financeiras, por meio do seu artigo 52, que expressamente alterou o *caput* do controvertido artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998 (BRASIL, 1998a), que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014, grifo nosso).

A Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), ao proferir o Acórdão nº 9303-002.994 (BRASIL, 2014b), manifestou-se a respeito da alteração promovida no particular pelo artigo 52 da Lei nº 12.973, de 2014, considerando-a uma inovação na definição do conceito de receita bruta, a qual, porém, não

encerra a questão da incidência ou não do PIS e da Cofins sobre o *spread* bancário de fatos geradores ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor.

Nesse sentido, é cediço que, apesar de o STF ter julgado inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, que previa a incidência do PIS e da Cofins sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, a Suprema Corte não invalidou o *caput* do referido dispositivo, que equipara o faturamento, base de cálculo das contribuições, à receita bruta da pessoa jurídica. Demais disso, conquanto o STF tenha definido o que deveria ser entendido pela expressão receita bruta, a saber, a venda de mercadorias e prestação de serviços (o mesmo conceito de receita bruta previsto na redação original do artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977), a questão da incidência do PIS e da Cofins sobre as receitas financeiras dos bancos aguarda seu desfecho no julgamento do RE nº 609.096/RS (BRASIL, 2016a).

Importa, ainda, ressaltar que, no ordenamento jurídico brasileiro, antes da edição da Lei nº 12.973, de 2014, o PIS e a Cofins incidiam tão somente sobre o faturamento, cujo conceito tradicionalmente pressupunha a existência de operações de compra e venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços. Atualmente, todavia, com a edição dessa lei, é possível sustentar que as instituições financeiras, enquanto intermediadoras de crédito, devem recolher as contribuições sobre as suas receitas financeiras, porque estas resultariam do exercício de sua “atividade ou objeto principal”.

Portanto, anteriormente à edição da Lei nº 12.973, de 2014, afirma-se que toda a literatura tributária e jurisprudência pátrias que se referiam à base de cálculo “faturamento” como a receita da atividade principal da pessoa jurídica deve ser vista com reservas (PETRY, 2007, p. 117). Isso porque sua premissa considerava apenas as pessoas jurídicas cuja principal atividade de fato correspondia à venda de mercadorias ou à prestação de serviços. Assim, a receita principal das instituições financeiras não se consubstanciava, a rigor, em faturamento em sentido estrito e, portanto, não se submetia à incidência daquelas contribuições sociais.

Cumprе, ainda, observar que o Pronunciamento Técnico CPC nº 30 (R1), que trata de “receitas”, procura adaptar o *International Accounting Standard* (IAS) nº 18, responsável por tratar de receitas no âmbito do *International Fiscal Reporting Standards* (IFRS), para o novo padrão contábil brasileiro. Da comparação entre o conceito de receita definido pelo CPC 30 (R1) e posto pelo

IAS 18, percebe-se que o conceito de “receita bruta”, ou *gross revenue*, não possui correspondente no padrão internacional, para o qual há apenas o conceito de receita, ou *revenue*, persistindo no Brasil apenas por questões tributárias<sup>14</sup>.

A própria menção à receita bruta feita pelos itens 8, 8A e 8B, todos do CPC 30 (R1) – COMITÊ, 2012 –, indica que a sua demonstração contábil se dá fundamentalmente para fins tributários<sup>15</sup>. Em todo o caso, esse Pronunciamento Técnico define as receitas advindas do exercício da atividade típica da pessoa jurídica como:

[...] o ingresso bruto de benefícios econômicos durante o período observado no curso das atividades ordinárias da entidade que resultam no aumento do seu patrimônio líquido, exceto os aumentos de patrimônio líquido relacionados às contribuições dos proprietários.<sup>16</sup>

Ante a inegável elevação do grau de subjetividade provocado pela definição *supra* no tocante à contabilização dos ingressos que serão efetivamente considerados receita, tem-se, quanto à definição do que se entende por receita, um distanciamento entre o Direito Tributário e a Contabilidade. Ciente disso, o legislador ordinário, ao editar a Lei nº 12.973, de 2014, gozou de sua autonomia conceitual e procurou estabelecer, para além de qualquer dúvida, uma receita autônoma, especificamente para fins tributários.

Para tanto, a Lei nº 12.973, de 2014, por meio do seu artigo 2º, promoveu algumas alterações<sup>17</sup> na redação do artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 (BRASIL, 1977), dentre as quais a ampliação do conceito contido na expressão

14 Cf. “[...] como sustentam Ricardo Mariz de Oliveira e outros autores (posição à qual nos filiamos neste artigo), então a contabilização não deveria ter impactos sobre a aplicação da regra fiscal, já que, como falamos, as mesmas possuem fins diversos” (ROCHA, 2010. p. 462).

15 Cf. “8A. A divulgação da receita na demonstração do resultado deve ser feita a partir das receitas conforme conceituadas neste Pronunciamento. A entidade deve fazer uso de outras contas de controle interno, como “Receita Bruta Tributável”, para fins fiscais e outros. 8B. A conciliação entre os valores registrados conforme o item 8A para finalidades fiscais e os evidenciados como receita para fins de divulgação conforme item 8 será evidenciada em nota explicativa às demonstrações contábeis” (COMITÊ, 2012).

16 Cf. “8. “Para fins de divulgação na demonstração do resultado, a receita inclui somente os ingressos brutos de benefícios econômicos recebidos e a receber pela entidade quando originários de suas próprias atividades. As quantias cobradas por conta de terceiros – tais como tributos sobre vendas tributos sobre bens e serviços e tributos sobre valor adicionado não são benefícios econômicos que fluam para a entidade e não resultam em aumento do patrimônio líquido. Portanto, são excluídos da receita. Da mesma forma, na relação de agenciamento (entre o principal e o agente), os ingressos brutos de benefícios econômicos provenientes dos montantes arrecadados pela entidade (agente), em nome do principal, não resultam em aumentos do patrimônio líquido da entidade (agente), uma vez que sua receita corresponde tão-somente à comissão combinada entre as partes contratantes” (COMITÊ, 2012).

17 Cf. BECHARA; CARVALHO, 2015. v. 4. cap. 3, p. 79-106.

“receita bruta”, à qual se refere atualmente o *caput* do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998. Eis a atual redação do artigo 12:

Art. 12. A receita bruta compreende:

I – o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II – o preço da prestação de serviços em geral;

III – o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV – as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

[...]

§ 4º Na receita bruta não se incluem os tributos não cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de mero depositário.

§ 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do *caput* do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no *caput*, observado o disposto no § 4º (grifo nosso).

Dentre as alterações sofridas especificamente pelo artigo *supra*, a que interessa ao presente trabalho consiste na ampliação do conceito de “receita bruta”, nela inserindo as receitas da atividade típica ou objeto principal da pessoa jurídica. Está-se, pois, diante de clara inovação jurídica, especialmente no tocante à definição da base de cálculo do PIS e da Cofins para as pessoas jurídicas submetidas ao regime cumulativo e que têm atividade principal diversa da venda de mercadorias e da prestação de serviços<sup>18</sup>.

Em síntese, com a nova redação, ampliou-se o conceito de receita bruta para fazer com que ele compreendesse: i) o preço da venda de mercadorias; ii) o produto da prestação de serviços; iii) o resultado auferido nas operações de conta alheia; e iv) as demais receitas que, por não estarem compreendidas nas hipóteses anteriores, decorram da atividade ou do objeto principal da pessoa jurídica<sup>19</sup>. Em outros termos, o que qualifica a receita bruta não é mais a sua origem, mas, sim, o fato de derivar da atividade principal da pessoa jurídica.

---

18 No que diz respeito à base de cálculo daquelas contribuições sociais no regime não cumulativo, não houve maiores alterações, na medida em que, além de fazer remissão ao conceito de receita bruta contido no art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, as Leis nº 10.637, de 2002, e nº 10.833, de 2003 preveem, de maneira expressa, que a base de cálculo do PIS e da Cofins é composta pela totalidade das receitas da pessoa jurídica.

19 Para o Direito Tributário, se, de um lado, as hipóteses elencadas nos itens “i” a “iii” não representam inovação, por outro, a inclusão das receitas da atividade (ou objeto principal) da pessoa jurídica no conceito de receita bruta amplia-lhe o alcance e, por consequência, a base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins no regime cumulativo de apuração.

Diante disso, é possível afirmar que a Lei nº 12.973, de 2014, a fim de encerrar as inúmeras discussões em torno da incidência da contribuição ao PIS/Pasep e da Cofins sobre as receitas financeiras das instituições financeiras, buscou, no voto do Ministro Cezar Peluso (RE nº 346.084/PR), as razões para ampliar a base de cálculo daquelas contribuições de modo que nela “se inclui todo o incremento patrimonial resultante do exercício de atividades empresariais típicas”. Nesse sentido, bem o perceberam Carlos Henrique Tranjan Bechara e João Rafael L. Gândara de Carvalho (2015, p. 84-85), segundo os quais:

[...] é possível que o embrião dessa ampliação do conceito de receita bruta esteja contido nos debates do STF em torno da constitucionalidade da ampliação da base de cálculo da Cofins, mais precisamente no voto do Ministro Cezar Peluso, que partiu de um conceito mais abrangente de *faturamento* para justificar que as receitas financeiras (v.g. juros do *spread bancário*) decorrentes das atividades realizadas por instituições financeiras deveriam integrar o conceito de faturamento e, dessa forma, deveriam ser tributadas pela Cofins. [...] Por ora, vale notar que a origem dessa modificação no conceito de receita bruta parece ser muito mais um desdobramento desse voto do que uma necessidade de alinhamento do conceito de receita bruta aos padrões contábeis internacionais.

Todavia, remanesce o questionamento acerca de qual seria o parâmetro a ser adotado para decidir adequadamente quais receitas não de ser consideradas como resultantes do exercício das atividades empresariais típicas da pessoa jurídica. A pergunta que remanesce carente de resposta em razão da alteração promovida no particular pela Lei nº 12.973, de 2014 (BRASIL, 2014a), consiste em saber o que se entenderia por “atividade ou objeto principal da pessoa jurídica”.

Se, de um lado, não se pode aceitar que essa definição seja pautada pela subjetividade do intérprete que, de mais a mais, é manifestamente incompatível com as obrigações tributárias, por outro lado, os critérios a serem seguidos pelos intérpretes, em prol da segurança jurídica do próprio ordenamento, deveriam estar postos aprioristicamente, algo que a Lei nº 12.973, de 2014, não logrou realizar.

Assim sendo, faz-se mister precisá-los. Eis a que se propõe o presente trabalho. Considerando a norma do artigo 108 do Código Tributário Nacional

(CTN), por analogia ao disposto no artigo 37<sup>20</sup> do CTN, norma geral de Direito Tributário responsável por disciplinar o artigo 156, II, § 2º, I, da CF de 1988<sup>21</sup>, no que concerne à imunidade tributária conferida às pessoas jurídicas cuja atividade principal (preponderante) não seja a locação de imóveis ao Imposto de Transmissão de Bens Imóveis *Inter Vivos* (ITBI), sustenta-se que atividade principal é a que representa a parcela preponderante da receita operacional total gerada pela empresa.

Nesse sentido, a norma do CTN conceitua “atividade preponderante” como aquela atividade realizada pela pessoa jurídica que gera mais de 50% da sua receita operacional. Ainda com respaldo no parágrafo 1º do artigo 37 do CTN, e para dar mais segurança à definição da atividade preponderante, há de se considerar a receita operacional gerada nos últimos dois anos anteriores à ocorrência do fato gerador das contribuições sociais. Caso a pessoa jurídica não tenha iniciado sua operação há, ao menos, dois anos antes da ocorrência do fato gerador, nos termos do § 2º do artigo 37, “apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição” (BRASIL, 1966).

Desse modo, se a atividade principal (maior representatividade em termos de receitas operacionais) for a financeira, apenas esta comporá a receita bruta para fins de incidências das contribuições sobre o faturamento. Logo, se a instituição financeira auferir qualquer receita (por exemplo, com a locação de imóveis) que não represente a maior parte da receita bruta, desta não poderá fazer parte. Contudo, não será toda e qualquer receita decorrente do exercício do objeto

---

20 “Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§ 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data. § 4º O disposto neste artigo não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante” (BRASIL, 1966, grifo nosso).

21 “Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...] II – transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; § 2º O imposto previsto no inciso II: I – não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil; [...]” (BRASIL, 1988).

social, mas apenas as que advierem da atividade principal que comporão a base de cálculo do PIS e da Cofins. Com a definição de atividade preponderante acima, tem-se que, na referência à receita operacional da pessoa jurídica, prevalece a substância da atividade econômica tipicamente exercida em detrimento da forma consignada no objeto social constante dos atos constitutivos da empresa.

Destarte, cabe à Fazenda Pública, a partir da escrituração contábil do contribuinte, verificar a receita operacional preponderante deste. Com fulcro nas lições de Aires Fernandino Barreto (2009, p. 165-166), cumpre distinguir as receitas operacionais das não operacionais e concluir que, para fins tributários, o que importa, muito mais do que a atividade prevista como objeto social das pessoas jurídicas nos seus atos constitutivos, é a atividade que de fato exercem ordinariamente:

Receitas operacionais são as resultantes das atividades que constituem o objeto social da pessoa jurídica, sendo a principal fonte da busca do lucro. Em outras palavras: receitas operacionais são as percebidas como resultado das atividades que constituem o objeto social da empresa.

Por sua vez, receitas não operacionais são as que não provêm da atividade da empresa ou de operação produtiva, mas resultam da prática de fatos, como regras episódicos, estranhos ao fim precípua perseguido pela pessoa jurídica (grifo nosso).

Diante do caso concreto, o Fisco pode verificar que, por exemplo, a receita financeira advinda da participação societária permanente mantida em outras sociedades a título de juros sobre o capital próprio (JCP), haja vista que excepcional no tocante ao exercício da atividade empresarial típica de um banco<sup>22</sup>, não se sujeitará à tributação pelo PIS e pela Cofins. Contudo, as participações de caráter temporário podem integrar a receita operacional da instituição financeira a depender daquela que será considerada a sua atividade principal.

22 A Lei nº 4.595, de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências, condiciona a participação das instituições financeiras em outras pessoas jurídicas à autorização prévia do Banco Central do Brasil (Bacen): “Art. 30. As instituições financeiras de direito privado, exceto as de investimento, só poderão participar de capital de quaisquer sociedades com prévia autorização do Banco Central da República do Brasil, solicitada justificadamente e concedida expressamente, ressalvados os casos de garantia de subscrição, nas condições que forem estabelecidas, em caráter geral, pelo Conselho Monetário Nacional” (BRASIL, 1964, grifo nosso).

## Conclusão

Por todo o exposto, a solução dessa disputa entre Fisco e instituições financeiras não foi ainda alcançada, arrastando-se a questão no STF desde quando decidiu, em 2005, que o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, fruto da conversão da Medida Provisória nº 1.724, de 1998, que ampliava o conceito de faturamento para abranger a totalidade das receitas da pessoa jurídica, operacionais ou não, seria inconstitucional.

Com efeito, antes da edição da EC nº 20, de 1998, e da Lei nº 12.973, de 2014, que promoveu a referida alteração na base de cálculo da contribuição ao PIS/Pasep e da Cofins, consistia em grave equívoco submeter receitas financeiras à tributação por tais contribuições sociais, na medida em que não seria possível classificá-las como espécie de receita da prestação de serviços.

Aguarda-se, agora, a Suprema Corte definir, ao julgar o RE nº 609.096/RS, os limites do conceito do faturamento constante da base de cálculo prevista no artigo 2º da Lei nº 9.718, de 1998, para o PIS e a Cofins – se existe ou não identidade plena daquele com a expressão “receita bruta operacional” – e, portanto, pôr fim ao imbróglio envolvendo os limites da incidência dessas contribuições sobre as receitas financeiras das instituições financeiras, ao menos em relação a todos os casos anteriores à promulgação da Lei nº 12.973, de 2014.

Todavia, como demonstrado, remanesce o problema acerca de qual seria o parâmetro a ser adotado para decidir quais receitas hão de ser consideradas como resultantes do exercício “atividade ou objeto principal da pessoa jurídica”.

Se, por um lado, não se pode admitir que essa definição seja pautada pela pura subjetividade do intérprete que, de mais a mais, é manifestamente incompatível com as obrigações tributárias, por outro lado, os critérios a serem seguidos pelos intérpretes, em prol da segurança jurídica do próprio ordenamento jurídico, deveriam estar postos aprioristicamente, algo que a Lei nº 12.973, de 2014, não logrou êxito em realizar.

Considerando a norma do artigo 108 do CTN, por analogia ao disposto no artigo 37<sup>23</sup> do CTN, norma geral de Direito Tributário responsável por disciplinar o artigo 156, II, § 2º, I, da CF de 1988<sup>24</sup>, no que concerne à imunidade tributária conferida às pessoas jurídicas cuja atividade principal (preponderante) não seja a locação de imóveis ao Imposto de Transmissão de Bens Imóveis *Inter Vivos* (ITBI), sustenta-se que atividade principal é aquela que representa a parcela preponderante da receita operacional total gerada pela empresa.

Desse modo, se a atividade principal (maior representatividade em termos de receitas operacionais) for a financeira, apenas esta comporá a receita bruta para fins de incidências das contribuições sobre o faturamento. Ainda nesse sentido, se a instituição financeira auferir qualquer receita (por exemplo, com a locação de imóveis) que não represente a maior parte da receita bruta, esta não poderá fazer parte. Entretanto, não será toda e qualquer receita decorrente do exercício do objeto social, mas apenas as que advierem da atividade principal que comporão a base de cálculo do PIS e da Cofins. Portanto, cabe ao Fisco, a partir da escrituração contábil do contribuinte<sup>25</sup>, verificar a receita operacional preponderante deste para encontrar a base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins.

23 “Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo. § 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição. § 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data. § 4º O disposto neste artigo não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante” (BRASIL, 1966, grifo nosso).

24 “Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...] II – transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; § 2º O imposto previsto no inciso II: I – não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;” (BRASIL, 1988).

25 Cf. “Nesse sentido, a escrituração contábil dos contribuintes exerce um papel importante como prova das transações realizadas no curso de suas atividades. Contudo, tal capacidade probatória da contabilidade é apenas relativa. Não afasta o poder-dever da autoridade administrativa de buscar a verdade material, da mesma forma que não impede que o contribuinte venha a demonstrar um erro em seus lançamentos, o qual, por si só, não deve ter como efeito o nascimento de dever tributário sem lastro legal” (ROCHA, 2010, p. 454).

## Referências

- AGUIAR, Marcelo Enk de. O PIS e a Cofins das Instituições Financeiras: da inconstitucionalidade da Lei 9.718 à repercussão geral reconhecida. **Revista da Receita Federal**: estudos tributários e aduaneiros, Brasília, v.01, n.01, p. 120-139, ago./dez. 2014.
- ANDRADE, Leonardo Augusto. Desmistificando o PIS e a Cofins das instituições financeiras. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 216, p. 61-95, set. 2013.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Juros e Spread Bancário**: informações até junho de 2016. 15 p. (Série Perguntas Mais Frequentes). Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/FAQs/FAQ%2001-Juros%20e%20Spread%20Banc%C3%A1rio.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2016.
- BARRETO, Aires F. ITBI – Transmissão de bens imóveis da empresa “A” para as empresas “B” e “C” – conceito de “atividade preponderante” – a imunidade específica prevista no artigo 156, parágrafo 2º, I, da CF – observância dos requisitos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 37 do CTN (Parecer). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 166, p. 151-169, jul. 2009.
- BECHARA, Carlos Henrique Trajan; CARVALHO, João Rafael L. Gândara de. A Gênese do Novo Direito Tributário Brasileiro e as Velhas Disputas Fiscais: Lapidando o Conceito de Receita Bruta na Lei nº 12.973/2014. In:
- ROCHA, Sergio André (Coord.). **Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A – Desafios da Neutralidade e a Lei nº 12.973/2014**. São Paulo: QuartierLatin, 2015. v. 4. cap. 3, p. 79-106.
- BRASIL. (2014b). Câmara Superior de Recursos Fiscais. **Acórdão 9303-002.994**. Processo 10675.909505/2009-07. Banco Triângulo S/A e Fazenda Nacional. Relatora Conselheira Maria Teresa Martínez López. 31 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/>>. Acesso em: 9 jun. 2017.
- \_\_\_\_\_. (2016a). Câmara Superior de Recursos Fiscais. **Acórdão 3301-002.841**. Processo 13603.720097/2008-99. Banco Mercantil do Brasil e Fazenda Nacional. Relatora Conselheira Maria Eduarda Alencar Câmara Simões. 28 de

março de 2016. Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. (2016b). Câmara Superior de Recursos Fiscais. **Acórdão 9303-004.232**. Processo 16327.721116/2011-02. BCV – Banco de Crédito e Varejo S/A e Fazenda Nacional. Relatora Conselheira Vanessa Ceconello. 25 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, de 24 de janeiro de 1967. Seção 1. p. 953. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Seção 1. p. 1. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Constituição (1988). Emenda constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 de dezembro de 1998. Seção 1. p. 1. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977**. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 de dezembro de 1977. Seção 1. p. 17.957. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Decreto-Lei nº 1.940/82, de 25 de maio de 1982**. Institui contribuição social, cria o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL) e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de maio de 1982. Seção 1. p. 9.531. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987**. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 de dezembro de 1987. Seção 1. p. 22.229. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970**. Institui o Programa de Integração Social, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 de setembro de 1970. Seção 1. p. 7.801. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970**. Institui o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 de dezembro de 1970. Seção 1. p. 10.329. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei Complementar nº 26, de 11 de setembro de 1975**. Altera disposições da legislação que regula o Programa de Integração Social (PIS) e o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 de setembro de 1975. Seção 1. p. 11.986. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991**. Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1991. Seção 1. p. 31.057. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. (2003a). Congresso Nacional. **Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003**. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília,

DF, 1º de agosto de 2003. Seção 1. p. 3. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 de fevereiro de 1965. Seção 1. p. 28. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 de outubro de 1966. Seção 1. p. 12.452. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei nº 7.738/89, de 09 de março de 1989.** Baixa normas complementares para execução da Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 de março de 1989. Seção 1. p. 3.737. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. (1998a). Congresso Nacional. **Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998.** Dispõe sobre as contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federal do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de novembro de 1998. Seção 1. p. 2. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. (1998b). Congresso Nacional. **Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998.** Altera a Legislação Tributária Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 de novembro de 1998. Seção 1. p. 2. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002.** Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do

Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de dezembro de 2002. Edição extra. Seção 1. p. 2. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. (2003b). Congresso Nacional. **Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003**. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 de dezembro de 2003. Edição extra. Seção 1. p. 1. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007**. Altera e revoga dispositivos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e estende às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 de dezembro de 2007. Edição extra. Seção 1. p. 2. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009**. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 de maio de 2009. Seção 1. p. 3. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. (2014a) Congresso Nacional. **Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014**. Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 de maio de 2014a. Seção 1. p. 1. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. (2017a) Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão 3403-003.572**. Processo 10680.724147/201100. Banco Mercantil do Brasil S/A e

Fazenda Nacional. Relator Conselheiro Ivan Allegretti. 09 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. (2017b). Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão 9303-004.337**. Processo 16327.720275/2012-62. Banco Cruzeiro do Sul S.A. e Fazenda Nacional. Relator Conselheiro Fenelon Moscoso de Almeida. 24 de abril de 2017. Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão. RE n. 150.755/PE**. Recorrente: União Federal. Recorrido: Nordeste Segurança de Valores Ltda. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 18 de novembro de 1992. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 ago. 1993, p. 16.322. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão. RE 346.084/PR**. Recorrente: Divesa Distribuidora Curitibana de Veículos. Recorrida: União. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 09 de novembro de 2005. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 01 set. 2006, p. 19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão. RE n. 585.235 QO-RG/MG**. Recorrente: União. Recorrido: Banco Santander (Brasil) S/A. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 03 de março de 2011. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 maio 2011, p. 128. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão. RE n. 609.096 RG/RS**. Recorrente: União. Recorrido: Nordeste Segurança de Valores Ltda. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 18 de novembro de 1992. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 ago. 1993, p. 16.322. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS (CPC). **CPC-30 (R1)**: Receitas. Brasília, nov. 2012. Disponível em: <[http://static.cpc.medialogroup.com.br/Documentos/332\\_CPC%2030%20%28R1%29%2031102012-limpo%20final.pdf](http://static.cpc.medialogroup.com.br/Documentos/332_CPC%2030%20%28R1%29%2031102012-limpo%20final.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2016.

FONSECA, Fernando Daniel de Moura. **Normas tributárias e a convergência das regras contábeis internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GIARDINA, Francisco Carlos Rosas; SANTINI, João Carlos Lima. Da Incidência da Cofins sobre as Receitas Típicas das Atividades das Instituições Financeiras à Luz da Inconstitucionalidade do § 3º do art. 1º da Lei nº 9.718, de 1998. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 217-237, dez. 2016.

MINATEL, José Antonio. O Conceito de Receita, para Efeito da Incidência do Pis e da Cofins. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (Coord.). **Contribuições para a Seguridade Social**. São Paulo: QuartierLatin, 2007. p. 527-547.

MOREIRA, André Mendes. **A não cumulatividade dos tributos**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2012.

PAZELLO, Fernanda Ramos. PIS e Cofins das Instituições Financeiras e Equiparadas: Análise dos Conceitos de Faturamento e Receita Financeira. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 216, p. 36-46, set. 2013.

PETRY, Rodrigo Caramori. A Cofins e a Tributação sobre as Receitas das Instituições Financeiras. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 145, p. 116-131, out. 2007.

ROCHA, Sergio André. A Contabilidade como Prova no Processo Administrativo Fiscal. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010. p. 442-463.



# Desempenho no Judiciário: um modelo de análise empírica das decisões judiciais

Sérgio Freitas da Silva\*

*Introdução. 1 Marco teórico. 1.1 Modelo empírico. 2 Método de pesquisa. 3 Apresentação e discussão dos resultados. 3.1 Teste da Hipótese-1: “o Órgão não influencia a decisão”. 3.2 Teste da Hipótese-2: “o Relator não influencia a decisão final”. 3.3 Teste da Hipótese-3: “a Unidade Federativa de origem não influencia a decisão da turma”. 3.4 Teste da Hipótese-4: “o tempo de vigência da Constituição não influencia a decisão”. 3.5 Regressão Logística. Conclusão.*

## Resumo

Este artigo propõe um modelo de análise empírica das decisões judiciais aplicado ao desempenho judiciário. A avaliação qualitativa da decisão judicial tem sido considerada um desafio para os pesquisadores da Administração e do Direito, dada a sua complexidade e importância na geração de dados empíricos tão restritos nesse domínio de conhecimento. Para preencher essa lacuna, este estudo realizou uma análise de conteúdo nas decisões do Supremo Tribunal Federal relativas ao *habeas corpus*. Após a consolidação dos dados, investigou-se a relação entre a decisão judicial (deferimento ou indeferimento) e as seguintes variáveis recuperadas no conteúdo da decisão judicial: órgão, relator, unidade federativa e tempo de vigência da Constituição Federal. Os achados revelaram que a decisão não está associada ao órgão de julgamento, mas está significativamente associada

---

\* Mestre em Administração pela UnB. Advogado, Administrador e Analista de Sistemas-Desenvolvedor. Especialista em Engenharia de Software, Auditoria Pública e Administração Pública. Analista do Banco Central.

ao relator, à unidade federativa e ao tempo de vigência. Para essa investigação, utilizou-se testes não paramétricos e regressão logística.

**Palavras-chave:** Desempenho judiciário. Análise empírica das decisões judiciais. Jurimetria. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*.

### ***Judicial Performance: a model of empirical legal studies***

#### ***Abstract***

*This paper proposes an empirical legal studies model applied to judicial performance. The qualitative assessment of the ruling has been considered a challenge for researchers of Administration and Law given its complexity and importance in generating empirical data so restricted in this knowledge domain. To fill this gap this study conducted a content analysis in the decisions of the Supreme Court concerning the “Habeas Corpus”. After the consolidation of the data, we investigated the relationship between the judicial decision (approval or rejection) and the following variables retrieved the content of the judgment: Organ Rapporteur, Federal Unit and time of application of the Constitution. The findings revealed that the decision is not associated with judgment Authority, but is significantly associated with the Rapporteur, the Federal Unit and the lifetime of Constitution. For this investigation we used nonparametric tests and logistic regression.*

**Keywords:** *judicial performance; empirical legal studies; Federal Court Of Justice; Habeas Corpus.*

## Introdução

Nos últimos anos, a pesquisa científica brasileira na área de gestão do judiciário tem buscado novos métodos e novas abordagens na tentativa de responder às transformações e demandas da sociedade em geral e do Poder Judiciário, em particular.

Nesse contexto, algumas instituições de pesquisa e órgãos do judiciário, incluindo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), têm estimulado o desenvolvimento de pesquisas empíricas que contribuam para formulação, aprimoramento e controle das políticas judiciárias.

A análise empírica das decisões judiciais (*empirical legal studies*), também conhecida como Jurimetria, é um tipo de pesquisa que aplica métodos estatísticos ao estudo e à elucidação dos fenômenos jurídicos. Essa abordagem permite recolher, resumir, interpretar e modelar dados da realidade, esclarecendo como uma determinada população de eventos se comporta na aplicação do Direito ao caso concreto.

No mesmo sentido, a avaliação do desempenho judicial também expressa uma demanda social por maior produtividade, eficiência e efetividade na prestação jurisdicional. Além do aspecto de controle, a avaliação do desempenho judicial também remete à necessidade de transparência e responsabilização das instituições (BRASIL, 2011).

O Poder Judiciário tem como função precípua exercer a jurisdição (do latim, *juris dicere*), ou seja, o poder-dever de dizer o direito. Do ponto de vista da Administração, esse serviço de “dizer o direito” produz como principal resultado uma decisão judicial, ou seja, o produto que busca responder à demanda social inicialmente levada ao Poder Judiciário.

Ocorre que, no processo tradicional de avaliação do desempenho judicial, muitas informações de mérito (expressas no conteúdo textual das decisões judiciais) não são adequadamente mensuradas e avaliadas, dificultando a avaliação qualitativa da decisão e restringindo a avaliação ao aspecto quantitativo e aos dados estruturados disponibilizados. Ratificando esse entendimento, Gomes e Guimarães (2013) destacam o seguinte:

- a) A avaliação qualitativa do produto da jurisdição (decisão judicial) não é trivial.

- b) Para simplificar o processo, a maioria dos estudos utiliza indicadores quantitativos. Porém, essa simplificação ignora o mérito das decisões judiciais que, para alguns estudiosos, é exatamente o que define a qualidade do produto.
- c) Sugere-se como agenda de pesquisa a realização de estudos comparativos com base na qualidade das decisões proferidas (já que quase todos os estudos comparativos utilizam indicadores de eficiência).
- d) Há escassez de dados empíricos disponíveis na avaliação do desempenho judicial, implicando em riscos na utilização de variáveis e de indicadores agregados.

Um aspecto importante de uma decisão judicial é o resultado dela, ou seja, o conteúdo qualitativo da decisão de deferimento ou indeferimento do pedido formulado pelo autor. Investigar quais são os fatores que influenciam nessa decisão é fundamental para compreender o complexo fenômeno da prestação jurisdicional e gerir seu desempenho. Nesse contexto, o problema de pesquisa é o seguinte: quais são as variáveis que influenciam no deferimento ou indeferimento de uma decisão judicial?

O objetivo geral da pesquisa é investigar quais são as variáveis que influenciam no resultado de uma decisão judicial. Os objetivos específicos são os seguintes:

- a) analisar o conteúdo das decisões judiciais (análise qualitativa);
- b) analisar quantitativamente as decisões judiciais;
- c) testar a relação entre a decisão final e as demais variáveis.

As justificativas para escolha do tema, que visam evidenciar que é cientificamente relevante investigar o problema de pesquisa, são as seguintes:

- a) o tema e o escopo da pesquisa pertencem à linha de pesquisa Governança, Inovação e Desempenho no Judiciário, inserida na área de Administração;
- b) a análise da decisão judicial prioriza a análise no principal produto da prestação jurisdicional, constituindo-se uma fonte essencial para a avaliação de desempenho;
- c) a análise de aspectos do mérito da decisão judicial viabiliza a avaliação da qualidade da decisão judicial e dos estudos comparativos com base na qualidade da jurisdição;

- d) a análise empírica da decisão judicial pode disponibilizar novos dados estatísticos para futuros estudos empíricos de avaliação de desempenho.

## 1 Marco teórico

Em 1897, o americano Oliver Wendell Holmes Jr., juiz da Suprema Corte, previu que o jurista do futuro seria um homem das estatísticas e o mestre da economia (HOLMES, 2009). Todavia, somente após a publicação da obra *Analysis Economic of Law* de Richard Posner (1973) surge uma nova corrente de pensamento chamada Direito e Economia, ou *Law & Economics*. Este artigo vai ao encontro dessa previsão de Holmes ao adotar uma visão interdisciplinar entre Direito, Economia e Administração e ao utilizar a análise empírica das decisões judiciais para avaliar o desempenho do Judiciário.

A pesquisa empírica no Direito estuda um conjunto de variáveis sociais (agentes, regras, procedimentos etc.) para compreender suas interações e os efeitos produzidos na sociedade, ou seja, seu objetivo é entender como o Direito se concretiza na sociedade.

Segundo Oliveira (2012), a pesquisa empírica é baseada na observação sistemática da realidade, na coleta de informações e na transformação dessas informações em dados (codificação), com o objetivo de descrever, compreender e explicar a realidade observada.

Segundo Nunes (2012), a Jurimetria, ou análise empírica das decisões judiciais, é uma ferramenta para a compreensão do universo de processos e fatos jurídicos. Diferentemente das normas abstratas, os processos e fatos jurídicos surgem em populações numerosas, que se replicam em torno de estruturas elementares comuns, com cada indivíduo, porém ostentando características próprias. Quando se estuda uma única norma geral e abstrata, por exemplo, um artigo de lei, há ferramentas apropriadas para a sua descrição, como a História, a Gramática ou a Lógica. Já o estudo de populações demanda a utilização de outras áreas do conhecimento capazes de descrever, de forma resumida, as suas tendências centrais e a sua variabilidade: a Estatística e a Probabilidade. A Jurimetria é, portanto, uma disciplina resultante da aplicação de modelos estatísticos e probabilísticos na compreensão dos processos e fatos jurídicos.

Nesse sentido, a Jurimetria também pode ser entendida como uma disciplina que oferece uma concepção crítica do estudo tradicional do direito, com potencial de ampliar o conhecimento sobre os litígios e indicar melhores formas de resolvê-los. O propósito é mensurar os fatos relacionados aos conflitos, para antecipar cenários e planejar condutas na operação do direito, na elaboração das leis e na gestão do Judiciário.

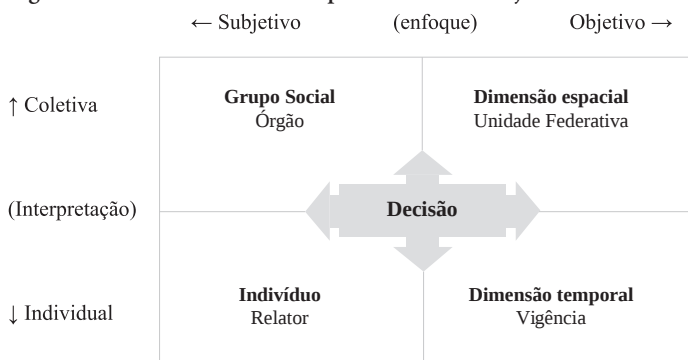
Segundo Magro (2011), a Jurimetria pode medir, por exemplo, a tendência das decisões de um tribunal num determinado sentido. O resultado pode alterar totalmente a estratégia de condução de um caso. Estudos podem abordar questões mais específicas, como teses aceitas com maior ou menor frequência, situações de aplicação de uma norma nos julgamentos, perfil decisório de um juiz ou a probabilidade de descumprimento de uma cláusula contratual. Trata-se de uma abordagem de interpretação jurídica do tipo “de baixo para cima”, que busca conhecer os conflitos para depois pensar nas soluções.

Gomes e Guimarães (2013) destacam que o desempenho judicial se apresenta como um construto multidimensional e multinível, que considera variáveis localizadas em diferentes níveis de análise, como processos, juízes, comarcas, tribunais e órgãos judiciários nacionais.

## 1.1 Modelo empírico

O modelo empírico proposto é esquematizado na Figura 1.

**Figura 1 – Modelo de análise empírica das decisões judiciais**



Fonte: elaborada pelo autor.

Nesse modelo é possível identificar as seguintes dimensões:

- a) Dimensão horizontal: representa o nível de abstração dos construtos, que pode variar do nível mais abstrato (as normas e os sujeitos) até o nível mais concreto (os fatos e a interpretação).
- b) Dimensão vertical: representa o nível de subjetividade dos construtos, que pode variar do nível mais objetivo (as normas e os fatos) até o nível mais subjetivo (os sujeitos e a interpretação).

O modelo empírico envolve os seguintes construtos:

- a) Grupo social: representado por um grupo de Ministros do Supremo Tribunal Federal.
- b) Indivíduo: representado por um membro do grupo social.
- c) Dimensão espacial: representada por fatores relacionados ao espaço e que se encontram expressos no texto da decisão judicial.
- d) Dimensão temporal: representada por fatores relacionados ao tempo e que se encontram expressos no texto da decisão judicial.

A **Decisão** é uma variável dependente, categórica e dicotômica que representa o resultado do julgamento – deferimento ou indeferimento – do pedido de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Nesse modelo, a categoria deferimento refere-se, em sentido amplo, à existência dos seguintes termos no campo decisão das ementas: “extinção de punibilidade”, “deferimento”, “concessão”, “provimento ou implementação do pedido”, incluindo as variantes desses termos.

A classificação na categoria **indeferimento** ocorre de forma tácita e complementar, ou seja, toda decisão que não foi classificada como deferida será incluída na categoria indeferida.

O **Órgão** é uma variável independente e categórica que representa o grupo de Ministros responsáveis pelo julgamento. As categorias dessa variável são as seguintes: Primeira Turma, Segunda Turma e Tribunal Pleno (reunião de todos os ministros da Corte).

O **Relator** é uma variável independente e categórica que indica o Ministro responsável pelo relatório do julgamento.

A **Unidade Federativa** (UF) é uma variável independente e categórica que indica o estado da federação em que se originou o pedido de *habeas corpus*.

A **Vigência** é uma variável independente e escalar que indica o tempo de vigência da Constituição Federal, em dias, desde a data de promulgação em 5 de outubro de 1988 até a data de julgamento.

Com base no modelo empírico proposto, as hipóteses formuladas são as seguintes:

- a) Hipótese 1: o Órgão não influencia a decisão.
- b) Hipótese 2: o Relator não influencia a decisão final.
- c) Hipótese 3: a Unidade Federativa de origem não influencia a decisão.
- d) Hipótese 4: o tempo de vigência da Constituição não influencia a decisão.

## 2 Método de pesquisa

Buscando maximizar os resultados da pesquisa, utilizou-se a abordagem metodológica mista: qualitativa e quantitativa. Considerando os objetivos do estudo, trata-se de pesquisa explicativa que busca identificar os fatores que determinam ou contribuem para ocorrência dos fenômenos (CRESWELL, 2010; MARCONI & LAKATOS, 2011).

No contexto da abordagem qualitativa, foram utilizadas as técnicas da análise de conteúdo para a extração das variáveis categóricas necessárias à análise quantitativa. A análise de conteúdo consiste em um conjunto de técnicas de análise das comunicações que utiliza procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens (BARDIN, 2011).

A abordagem quantitativa foi utilizada para testar a relação dessas variáveis categóricas com o resultado final das decisões (deferir ou indeferir), mediante hipóteses testadas por meio de modelos empíricos. As técnicas utilizadas para os testes de hipóteses foram o teste qui-quadrado, o coeficiente de correlação de Spearman e a regressão logística, com o método Forward Stepwise (LR) (FIELD, 2013; HAIR et al., 2009). Ainda na abordagem quantitativa, utilizou-se a Jurimetria na análise empírica das decisões judiciais.

O espaço amostral ( $N = 13.895$ ) foi constituído por dados secundários coletados na página de consulta de jurisprudência do sítio institucional do Supremo Tribunal Federal.

Os procedimentos adotados foram os seguintes:

- a) selecionar aleatoriamente os acórdãos dos pedidos de *habeas corpus*, publicados após 5 de outubro de 1988, nas páginas de resultados de pesquisa da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal;
- b) estruturar o espaço amostral, utilizando análise de conteúdo, com base no processamento, na sistematização e na categorização dos dados selecionados;
- c) efetuar a análise exploratória dos dados, utilizando a estatística descritiva;
- d) efetuar a análise empírica das decisões, utilizando a estatística inferencial, em especial os testes de hipóteses, utilizando estatística não paramétrica;
- e) relatar as conclusões quanto ao modelo de análise empírica das decisões judiciais.

Os procedimentos técnicos serão o procedimento bibliográfico (pesquisa em publicações), o documental (pesquisa em sentenças, acórdãos etc.), o experimental e o estatístico (descritivo e inferencial). Quanto à finalidade, trata-se de pesquisa aplicada e empírica.

### 3 Apresentação e discussão dos resultados

A amostra ( $N=13895$ ) apresentou apenas um caso omissor referente a um julgamento originado no exterior (HC85541) sem valor para a variável Unidade Federativa. Considerando a representatividade da amostra, esse único caso omissor foi excluído, utilizando-se o tratamento de exclusão por listagem (*listwise*).

Também não houve valores extremos, pois as variáveis categóricas possuem valores restritos ao domínio definido para cada variável, e o cálculo da variável escalar Vigência foi consistente com a especificação definida.

A variável escalar Vigência não apresentou normalidade, sendo significativamente não normal ( $D(13895)=0,132, p<0,001$ ), conforme constatado

no teste de Kolmogorov-Smirnov. Todos os testes foram realizados com o intervalo de confiança de 95%.

As estatísticas descritivas das variáveis utilizadas no modelo empírico são detalhadas na Tabela 1.

**Tabela 1 – Estatísticas descritivas das variáveis utilizadas no modelo empírico**

| Estatística                         | Decisão          | Órgão           | Relator          | UF              | Vigência            |
|-------------------------------------|------------------|-----------------|------------------|-----------------|---------------------|
| Média (Erro Padrão)                 | 1,65<br>(,004)   | 1,53<br>(,005)  | 15,11<br>(,071)  | 18,70<br>(,055) | 5647,55<br>(23,933) |
| Limite inferior (IC 95% para média) | 1,65             | 1,53            | 14,97            | 18,59           | 5600,64             |
| Limite superior (IC 95% para média) | 1,66             | 1,54            | 15,25            | 18,81           | 5694,46             |
| 5% da média cortada                 | 1,67             | 1,50            | 14,87            | 19,12           | 5721,91             |
| Mediana                             | 2,00             | 2,00            | 14,00            | 19,00           | 6453,00             |
| Variação                            | ,227             | ,315            | 70,348           | 42,661          | 7959038,713         |
| Desvio padrão                       | ,476             | ,561            | 8,387            | 6,532           | 2821,177            |
| Mínimo                              | 1                | 1               | 3                | 1               | 2                   |
| Máximo                              | 2                | 3               | 36               | 27              | 9722                |
| Range                               | 1                | 2               | 33               | 26              | 9720                |
| Intervalo interquartil              | 1                | 1               | 16               | 12              | 5215                |
| Assimetria (Erro Padrão)            | -,644<br>(,021)  | ,424<br>(,021)  | ,280<br>(,021)   | -,731<br>(,021) | -,355<br>(,021)     |
| Kurtosis (Erro Padrão)              | -1,585<br>(,042) | -,832<br>(,042) | -1,169<br>(,042) | -,613<br>(,042) | -1,293<br>(,042)    |

Nota: Erro Padrão expresso entre parênteses.

Fonte: elaborada pelo autor.

Nas tabelas de contingência, cada item contribui somente para uma célula das respectivas tabelas. As frequências esperadas nessas tabelas são maiores que cinco, exceto na tabela de contingência (Relator x Decisão), que possui frequências esperadas menores ou iguais a cinco (8,8% das frequências que estão dentro do limite de tolerância de 20%). Dessa forma, verifica-se que os pressupostos do teste qui-quadrado foram atendidos.

Observa-se uma prevalência das decisões de indeferimento dos pedidos de *habeas corpus* (65%) em relação às decisões de deferimento (aproximadamente 35%) no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme relacionado na Tabela 2.

Tabela 2 – Distribuição das decisões

|       | Deferidas     | Indeferidas   | Total         |
|-------|---------------|---------------|---------------|
| N (%) | 4.817 (34,7%) | 9.078 (65,3%) | 13.895 (100%) |

Nota: (%) = percentual em relação ao total.

Fonte: elaborada pelo autor.

### 3.1 Teste da Hipótese-1: “o Órgão não influencia a decisão”

Apesar de o Tribunal Pleno possuir um percentual de deferimentos (38,65%) um pouco superior ao percentual total de deferimentos (34,67%), observa-se que os três órgãos tendem a acompanhar os percentuais dos totais de indeferimento (65,33%) e deferimento (34,67%), conforme descrito na Tabela 3.

Tabela 3 – Decisões por órgão

| Órgão          |       | Decisões       |                |               |
|----------------|-------|----------------|----------------|---------------|
|                |       | Deferidas      | Indeferidas    | Total         |
| Primeira Turma | N (%) | 2.407 (34,75%) | 4.520 (65,25%) | 6.927 (100%)  |
| Segunda Turma  | N (%) | 2.233 (34,31%) | 4.277 (65,69%) | 6.510 (100%)  |
| Tribunal Pleno | N (%) | 177 (38,65%)   | 2.81 (61,35%)  | 458 (100%)    |
| Total geral    | N (%) | 4.817 (34,67%) | 9.078 (65,33%) | 13.895 (100%) |

Nota: (%) = percentual em relação ao total da linha (deferido + indeferido).

Fonte: elaborada pelo autor.

Conforme detalhado na Tabela 4, o teste qui-quadrado ( $\chi^2(2, N=13895)=3,586$ ,  $p=,166$ ) e o coeficiente de correlação de Spearman ( $r_s=-,001, p=,888$ ) não indicaram uma associação significativa entre Órgão e Decisão, **confirmando-se a primeira hipótese**.

Tabela 4 – Teste da hipótese 1 (Órgão x Decisão)

| Estatística             | Valor | GL | p-valor |
|-------------------------|-------|----|---------|
| Qui-quadrado de Pearson | 3,586 | 2  | ,166    |
| V de Cramer             | ,016  |    | ,166    |
| Fi                      | ,016  |    | ,166    |
| Rô de Spearman          | -,001 |    | ,888    |

Nota: N=13895 (*listwise*).

Fonte: elaborada pelo autor.

### 3.2 Teste da Hipótese-2: “o Relator não influencia a decisão final”

Na Tabela 5, observa-se que mais da metade das decisões (56,17%) foram relatadas pelo grupo dos dez relatores mais produtivos. O Ministro Marco Aurélio foi quem mais produziu relatórios de voto em *habeas corpus* com maior probabilidade de deferimento (48,98%).

Tabela 5 – Decisões dos relatores mais produtivos

| Relator             | Deferidas | (%)    | Indeferidas | (%)    | N     | (%)    | Acumuladas | (%)    |
|---------------------|-----------|--------|-------------|--------|-------|--------|------------|--------|
| Marco Aurélio       | 768       | 48,98% | 800         | 51,02% | 1.568 | 11,28% | 1.568      | 11,28% |
| Ricardo Lewandowski | 285       | 30,38% | 653         | 69,62% | 938   | 6,75%  | 2.506      | 18,03% |
| Celso de Mello      | 324       | 38,48% | 518         | 61,52% | 842   | 6,06%  | 3.348      | 24,09% |
| Cármem Lúcia        | 216       | 27,76% | 562         | 72,24% | 778   | 5,60%  | 4.126      | 29,69% |
| Gilmar Mendes       | 303       | 40,19% | 451         | 59,81% | 754   | 5,43%  | 4.880      | 35,12% |
| Sepúlveda Pertence  | 310       | 48,59% | 328         | 51,41% | 638   | 4,59%  | 5.518      | 39,71% |
| Moreira Alves       | 106       | 18,12% | 479         | 81,88% | 585   | 4,21%  | 6.103      | 43,92% |
| Ellen Gracie        | 145       | 24,96% | 436         | 75,04% | 581   | 4,18%  | 6.684      | 48,10% |
| Carlos Velloso      | 125       | 21,85% | 447         | 78,15% | 572   | 4,12%  | 7.256      | 52,22% |
| Dias Toffoli        | 226       | 41,09% | 324         | 58,91% | 550   | 3,96%  | 7.806      | 56,17% |

|                       |              |             |             |
|-----------------------|--------------|-------------|-------------|
| Total mais produtivos | 2.808        | 4.998       | 7.806       |
| Total geral           | 4.817 34,67% | 9078 65,33% | 13.895 100% |

Nota: (%) = percentual em relação ao total da linha (deferido + indeferido).

Fonte: elaborada pelo autor.

Conforme verificado pelo teste qui-quadrado ( $\chi^2(33, N=13895)=579,99$ ,  $p<0,001$ ) e pelo coeficiente de correlação de Spearman ( $r_s=,113$ ,  $p<0,01$ ), detalhados na Tabela 6, houve uma associação significativa entre Relator e Decisão, refutando a segunda hipótese.

Tabela 6 – Teste da hipótese 2 (Relator x Decisão)

| Estatística             | Valor                    | GL |
|-------------------------|--------------------------|----|
| Qui-quadrado de Pearson | 579,989 <sup>a</sup> *** | 33 |
| V de Cramer             | ,204 <sup>***</sup>      |    |
| Fi                      | ,204 <sup>***</sup>      |    |
| Rô de Spearman          | ,113 <sup>**</sup>       |    |

Nota: N=13.895 (*listwise*).

Seis células (8,8%) com valor menor ou igual a cinco.

\* $p < ,05$ , \*\* $p < ,01$  e \*\*\* $p < ,001$ .

Fonte: elaborada pelo autor.

### 3.3 Teste da Hipótese-3: “a Unidade Federativa de origem não influencia a decisão da turma”

Observa-se, na Tabela 7, uma concentração dos casos originados no estado de São Paulo (35,91% do total de casos analisados). Aproximadamente 72% dos casos foram originados em cinco Unidades da Federação, com especial concentração na região Sudeste. Apesar dessa concentração, esse grupo tende a manter a média do índice de indeferimento apresentado no total da amostra (34,67%).

Tabela 7 – Decisões nas principais Unidades Federativas (UFs)

| UF                | Deferidas | (%)    | Indeferidas | (%)    | N      | (%)     | Acumuladas | (%)    |
|-------------------|-----------|--------|-------------|--------|--------|---------|------------|--------|
| São Paulo         | 1.640     | 32,87% | 3.350       | 67,13% | 4.990  | 35,91%  | 4.990      | 35,91% |
| Rio de Janeiro    | 691       | 36,70% | 1.192       | 63,30% | 1883   | 13,55%  | 6.873      | 49,46% |
| Rio Grande do Sul | 464       | 35,12% | 857         | 64,88% | 1.321  | 9,51%   | 8.194      | 58,97% |
| Minas Gerais      | 378       | 35,83% | 677         | 64,17% | 1.055  | 7,59%   | 9.249      | 66,56% |
| Distrito Federal  | 269       | 34,18% | 518         | 65,82% | 787    | 5,66%   | 10.036     | 72,23% |
| Total geral       | 4.817     | 34,67% | 9.078       | 65,33% | 13.895 | 100,00% |            |        |

Nota: (%) = percentual em relação ao total da linha (deferido + indeferido).

Fonte: elaborada pelo autor.

O teste qui-quadrado ( $\chi^2(26, N=13895)=51,552$ ,  $p<0,01$ ) e o coeficiente de correlação de Spearman ( $r_s=,032$ ,  $p<0,01$ ), detalhados na Tabela 8, indicaram uma associação significativa entre Unidade Federativa (UF) e Decisão, **refutando a segunda hipótese**.

Tabela 8 – Teste da hipótese 3 (Unidade Federativa x Decisão)

| Estatística             | Valor     | GL |
|-------------------------|-----------|----|
| Qui-quadrado de Pearson | 51,552 ** | 26 |
| V de Cramer             | ,061 **   |    |
| Fi                      | ,061 **   |    |
| Rô de Spearman          | ,032 **   |    |

Nota: N=13895 (*listwise*).

\* $p < ,05$ , \*\* $p < ,01$  e \*\*\* $p < ,001$ .

Fonte: elaborada pelo autor.

### 3.4 Teste da Hipótese-4: “o tempo de vigência da Constituição não influencia a decisão”

Para viabilizar a realização dos testes nessa hipótese, o tempo de vigência (em dias) foi agrupado em períodos de três anos, utilizando-se a variável *dummy* denominada Período.

A análise inicial indica uma tendência crescente do percentual de deferimento à medida que aumenta o período de vigência da Constituição, conforme relatado na Tabela 9.

Tabela 9 – Decisões por período de vigência da Constituição

| Período | Decisões  |        |             |        | N      |
|---------|-----------|--------|-------------|--------|--------|
|         | Deferidas | (%)    | Indeferidas | (%)    |        |
| 1       | 198       | 24,35% | 615         | 75,65% | 813    |
| 2       | 385       | 28,21% | 980         | 71,79% | 1.365  |
| 3       | 521       | 27,11% | 1401        | 72,89% | 1.922  |
| 4       | 342       | 37,92% | 560         | 62,08% | 902    |
| 5       | 211       | 25,79% | 607         | 74,21% | 818    |
| 6       | 561       | 44,59% | 697         | 55,41% | 1.258  |
| 7       | 830       | 38,03% | 1354        | 61,97% | 2.185  |
| 8       | 934       | 34,62% | 1764        | 65,38% | 2.698  |
| 9       | 835       | 43,15% | 1100        | 56,85% | 1.935  |
| Total   | 4.817     |        | 9.078       |        | 13.895 |

Nota: cada período possui três anos (ou 1.095 dias).

Fonte: elaborada pelo autor.

Conforme detalhado na Tabela 10, o teste qui-quadrado ( $\chi^2(8)=271,639$ ,  $p<0,001$ ) e o coeficiente de correlação de Spearman ( $r_s=-,104$ ,  $p<0,01$ ) indicam uma associação significativa entre Relator e Decisão, **refutando a quarta hipótese**.

Ressalte-se que o coeficiente (Rô de Spearman) com sinal negativo confirma a tendência, verificada na tabela anterior, de deferimento no *habeas corpus* correlacionada ao aumento do tempo de vigência da Constituição.

Tabela 10 – Teste da hipótese 4 (Vigência x Decisão)

| Estatística             | Valor      | GL |
|-------------------------|------------|----|
| Qui-quadrado de Pearson | 271,639*** | 8  |
| V de Cramer             | ,140***    |    |
| Fi                      | ,140***    |    |
| Rô de Spearman          | -,104 **   |    |

Nota: N=13895 (*listwise*).

\* $p < ,05$ , \*\* $p < ,01$  e \*\*\* $p < ,001$ .

Fonte: elaborada pelo autor.

### 3.5 Regressão logística

Hair (2009) e Field (2013) definem a regressão logística como uma forma de prever e explicar uma variável categórica binária. Nesse sentido, considerando a existência da variável dicotômica Decisão e a descrição, em Cane (2010), da aplicação de modelos de regressão em estudos legais empíricos, optou-se por utilizar a regressão logística. Trata-se de uma utilização tópica e inicial dessa complexa ferramenta que pretende tão somente auxiliar na confirmação dos testes de hipóteses realizados anteriormente.

Numa primeira etapa, a regressão logística incluiu a variável dependente Decisão e todas as variáveis independentes do modelo, conforme relatado na Tabela 11.

**Tabela 11 – Regressão logística com todas as variáveis**

|           | B (EP)       | p-valor     | Inferior | Exp(B) | Superior |
|-----------|--------------|-------------|----------|--------|----------|
| Constante | ,500 (,114)  | ,000        |          | 1,649  |          |
| Órgão     | -,053 (,003) | <b>,102</b> | ,891     | ,949   | 1,010    |
| Relator   | ,020 (,003)  | ,000        | 1,015    | 1,020  | 1,026    |
| UF        | ,007 (,003)  | ,011        | 1,002    | 1,007  | 1,012    |
| Vigência  | ,000 (,000)  | ,000        | 1,000    | 1,000  | 1,000    |

Nota: ,015 (Cox e Snell). 0,020 (Nagelkerke).

A regressão logística indica que a variável Órgão ( $p=0,102$ ) não é significativa como previsora de decisão. Esse resultado é coerente com os testes das hipóteses efetuados anteriormente e confirma que a variável realmente não influencia a decisão (primeira hipótese).

## Conclusão

Este artigo buscou cumprir uma agenda de pesquisa sugerida pelos principais professores e pesquisadores da área de Administração e Direito, no sentido de buscar a avaliação qualitativa do mérito da decisão judicial.

A contribuição desta pesquisa é multidisciplinar e situa-se numa de área fronteira entre Administração, Economia e Direito, especialmente na pesquisa da Jurimetria, inovação e desempenho no Judiciário.

O artigo contribuiu para o avanço do conhecimento científico ao propor um modelo de análise empírica do mérito das decisões judiciais que possibilitou gerar, de forma automática e sistemática, diversos dados empíricos disponíveis na avaliação do desempenho judicial.

Na investigação empírica de algumas variáveis que influenciam o resultado de uma decisão judicial, as conclusões foram as seguintes:

- a) o órgão **não influencia** a decisão (confirmação da primeira hipótese);
- b) o relator **influencia** a decisão final (refutação da segunda hipótese);
- c) a Unidade Federativa de origem **influencia** a decisão (refutação da terceira hipótese);
- d) o tempo de vigência da Constituição **influencia** a decisão (refutação da quarta hipótese).

Uma limitação do estudo foi a utilização restrita de quatro variáveis independentes, em função do custo de recuperação dessas variáveis a partir da análise de conteúdo. Outra limitação relevante de se fazer nota foi a utilização tópica e pontual da regressão logística que pode ser mais explorada para testar o potencial preditivo do modelo.

Como estudos futuros, sugere-se a investigação de outras variáveis envolvidas no mérito da decisão judicial e sua relação com o desempenho judicial. Também podem ser bem-vindos estudos que envolvam os demais recursos e as esferas de competências do Poder Judiciário.

## Referências

- AKUTSU, L.; DE AQUINO GUIMARÃES, T. **Dimensões da governança judicial e sua aplicação ao sistema judicial brasileiro**. São Paulo: Revista Direito GV, 2012.
- BARDIN, LAURENCE. *Análise de Conteúdo*/Laurence Bardin; Tradução Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições, v. 70, 2011.
- BRASIL, C. N. D. J. **Avaliação do desempenho judicial**. Desafios, experiências internacionais e perspectivas. Série CNJ Acadêmico, n. 1, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Justiça em números 2014: ano-base 2013**. Brasília: CNJ, 2014.
- CANE, P.; KRITZER, H. **The Oxford handbook of empirical legal research**. [S.l.]: Oxford University Press, 2010.
- CRESWELL, JOHN W. Projeto de pesquisa métodos qualitativo, quantitativo e misto. In: **Projeto de pesquisa métodos qualitativo, quantitativo e misto**. Artmed, 2010.
- FALCÃO, J.; HARTMANN, I. A.; CHAVES, V. P. **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Tempo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014.
- FIELD, A. **Discovering Statistics Using IBM SPSS Statistics**. London: Sage Publications Ltd, 2013.
- GOMES, A. D. O.; GUIMARÃES, T. D. A. **Desempenho no Judiciário: conceituação, estado da arte e agenda de pesquisa**. RAP: Revista Brasileira de Administração Pública, v. 47, n. 2, 2013.
- HAIR, J. F. . J. . B. W. C. . B. B. . A. R. E. . & T. R. L. **Análise multivariada de dados**. 6. ed. Porto Alegre: Bookman, 2009.
- HOUAISS, A. **Dicionário eletrônico**. Rio de Janeiro: Objetiva, v. 1, 2001.
- MARCONI, M. A; LAKATOS, E. M. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, publicações e trabalhos científicos**. 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, A. M. C. D. **Um modelo de Arquitetura da Informação para processos de investigação científica**. Universidade de Brasília (Ciência da Informação), 2011.

NOGUEIRA, J. M. M. **A ausência do Poder Judiciário enquanto objeto de estudo da administração pública brasileira**. Revista Eletrônica Díke, v. 1, n. 1, p. 1-17, 2011.

NUNES, M. G. **Jurimetria Aplicada ao Direito Societário: um estudo estatístico da dissolução de sociedade no Brasil**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Faculdade de Direito), 2012.

OLIVEIRA, F. L. D. **Justiça em foco: estudos empíricos**. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

POPPER, K. R. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. 2. ed. Belo Horizonte: [s.n.], 1975.

SILVA, S. F. da. **Princípio da Insignificância: uma análise informétrica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Fortium, 2012.

VAN GIGCH, J. P. **System Design Modeling and Metamodeling**. New York: Plenum Press, p. 453, 1991.

WILLIAMSON, O. E. **The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach**. The American Journal of Sociology, v. 87, n. 3, 1981.

\_\_\_\_\_. **Comparative Economic Organization: The Analysis of Discret Structural Alternatives**. Administrative Science Quartely, v. 36, n. 2, 1991.

\_\_\_\_\_. **Mechanisms of Governance**. New York: Oxford University Press, 1996.



# Autorização Prévia para Atuar como Dirigente de Instituição do Sistema Financeiro Nacional: análise de suas transformações desde a Constituição de 1988 à luz da teoria da regulação

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos\*

*Introdução. 1 Superação do regime de cartas-patente. 2 Estabilidade, desenvolvimento e resiliência. 3 Recomendações de Basileia. 4 Modificações na disciplina da aprovação prévia de dirigentes. Conclusão.*

## Resumo

A disciplina jurídica da autorização prévia a cargo do Banco Central do Brasil (BC) para que se possa atuar como dirigente de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional (SFN) sofreu consideráveis modificações desde a Constituição de 1988, ao influxo de processos de transformação mais amplos que revelam algumas tendências gerais de evolução da regulação financeira do País. O objetivo do presente estudo é analisar aquelas modificações. Para tanto, examinam-se as alterações havidas no regramento da matéria, à luz da teoria da regulação, no contexto mais amplo das referidas tendências regulatórias gerais. Como resultado, verifica-se a ampliação do espaço de apreciação discricionária do BC quanto à matéria em resposta aos cenários que se sucederam no período:

---

\* Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), especialista em Direito Econômico da Regulação Financeira pela Universidade de Brasília (UnB) e mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Procurador do Banco Central do Brasil desde 2002.

fim do regime de cartas-patente, estabilização monetária e financeira na década de 1990 e desafios de promoção de desenvolvimento socioeconômico e de enfrentamento de crises nas primeiras décadas do século XXI.

**Palavras-chave:** Banco Central do Brasil. Autorização prévia. Dirigentes. Instituições. Sistema Financeiro Nacional. Evolução regulatória.

***Prior Approval to Act as an Officer in Institutions of the National Financial System: analysis of its transformations since the Brazilian Constitution of 1988 in light of the theory of regulation***

***Abstract***

*The legal discipline of the prior approval granted by the Central Bank of Brazil (CBB) in order to allow someone to act as head officer in institutions of the National Financial System has undergone considerable changes since the Brazilian Constitution of 1988, under the influence of more extensive transformation processes that reveal some general evolutionary tendencies in the country's financial regulation. The objective of the present study is to analyze those changes. For this purpose, modifications held in the legislation are examined, in light of the theory of regulation, in the broader context of the aforementioned general regulatory tendencies. As a result, it is verified that the scope of discretionary assessment of the CBB about the matter were broadened in response to the scenarios that followed in the period: the end of the patent granting regime, the monetary and financial stabilization in the 1990s and the challenges of promoting socioeconomic development and facing crises within the first decades of the 21st century.*

**Keywords:** Central Bank of Brazil. Prior approval. Head officers. Institutions. National Financial System. Regulatory evolution.

## Introdução

Ao fundar o Banco do Comércio e da Indústria do Brasil, em 1851, Irineu Evangelista de Sousa – futuro barão e, na sequência, visconde de Mauá –, após ter conseguido “reunir acionistas e dinheiro, escrever os estatutos de uma companhia e aprová-los” em assembleia de acionistas da instituição financeira, teve ainda de buscar “a competente autorização do governo, que tinha tantos poderes como seus donos”, para que pudesse começar a operar com o banco do qual havia sido eleito presidente (CALDEIRA, 1995, p. 229).

Afinal, pelo que dispunha o art. 295 do Código Comercial, editado no ano anterior, 1850, as “companhias ou sociedades anônimas [...] só podiam estabelecer-se [...] com autorização do Governo”, uma vez que o mesmo Mauá, tendo figurado como expressão minoritária de uma visão liberal na comissão encarregada de redigir aquele diploma legal, não havia conseguido “fazer valer seu ponto de vista, o de que os negócios das sociedades anônimas interessavam apenas aos particulares que se dispusessem a investir nele”, como se registra na obra de Caldeira (1995, p. 229-230) sobre o visconde, na qual se ressalta ainda:

Seus colegas [os colegas de Mauá na comissão de redação do Código] consideravam a ideia ‘perigosa’, e resolveram colocar uma série de salvaguardas na lei para que o ‘interesse público’ não fosse afetado. O resultado de tanta precaução foi uma enorme **concentração de poder nas mãos dos burocratas** do governo encarregados de analisar a papelada. Eles **podiam examinar os estatutos, exigir modificações, avaliar as qualidades morais dos acionistas** – e só depois de cumpridas essas tarefas, **se lhes desse na veneta, permitiam o funcionamento**. [...]. Para esta transcendental operação, os sócios de Irineu [“políticos” e “advogados de muito prestígio”] valiam bastante: apenas pouco mais de dois meses após a aprovação dos estatutos, o banco foi autorizado a funcionar. No meio do caminho, o nome tinha mudado para Banco do Brasil (grifos nossos).

No que tange, particularmente, à autorização prévia para a atuação de instituições do sistema financeiro e de seus dirigentes, a pesquisa que deu base ao presente trabalho revela um quadro comparativo relativamente ambíguo ao confrontarmos o atual regime regulatório com aquele enfrentado por Mauá ao

iniciar sua atividade como banqueiro no século XIX. Em diversos aspectos, há importantes diferenças; em outros tantos, notáveis semelhanças.

Houve mudanças regulatórias consideráveis, sobretudo desde o advento da ordem constitucional de 1988, embora, em alguma medida, ainda pareça presente a perspectiva de marcada precaução ante a livre iniciativa, que dava o tom do regime de autorização prévia do tempo de Mauá, sujeito a elevado grau de discricionariedade burocrática.

Avançou-se muito ou pouco desde então? No fundo, essa inquietação, aqui relacionada à disciplina regulatória do acesso à atividade crítica de dirigir instituições voltadas à prática da intermediação financeira, é a mesma que talvez acosse o País no tocante a vários outros aspectos importantes do seu processo histórico, tão sujeito a marchas e contramarchas.

O problema que se pretende enfrentar neste breve estudo constitui, portanto, uma peça no “quebra-cabeça” dessa grande inquietação. Busca-se, em suma, responder à indagação: como a disciplina jurídica da autorização prévia para a atuação de dirigentes de instituições do Sistema Financeiro Nacional (SFN) modificou-se desde a Constituição de 1988, no contexto da evolução regulatória geral do setor, à luz da teoria da regulação?

A questão jurídica em foco não será abordada de modo meramente descritivo, por abranger a avaliação das transformações identificadas com base em parâmetros da teoria da regulação ou – talvez fosse mais preciso dizer – das teorias da regulação, sobretudo das *public interest and private interest theories*, tal como apresentadas, com suas justificações e explicações para os fenômenos regulatórios, na obra de Anthony Ogus sobre teoria econômica e formas jurídicas relacionadas à regulação (2004, p. 3-4), aqui adotada como referencial básico. Contudo, ante as proporções limitadas que se impõem ao presente artigo, assume-se recorte temático ancorado na dimensão normativa da disciplina jurídica em foco, reservando, para trabalhos subsequentes, eventuais incursões sobre outros aspectos relevantes para sua conformação, como, por exemplo, suas condicionantes histórico-culturais ou o acervo de jurisdição consultiva consolidado no Banco Central do Brasil (BC) sobre a matéria.

O caminho concebido para tratamento da questão proposta passa, no segundo tópico deste artigo, pelo exame da adaptação do SFN ao ambiente comparativamente menos intervencionista trazido pela Constituição de 1988

com o fim do regime de cartas-patente. No terceiro tópico, abordam-se os desafios centrais de estabilização, promoção do desenvolvimento e enfrentamento de crises que, na sequência, passaram a ser encarados pela regulação financeira nacional. Num quarto tópico, destacam-se as recomendações do Comitê de Supervisão Bancária de Basileia relacionadas à matéria.

Segue-se então, antes da conclusão do estudo e com apoio na contextualização oferecida nos tópicos precedentes, para um quinto tópico dedicado à avaliação específica da sucessão das Resoluções do Conselho Monetário Nacional (CMN) de 1990, 1999, 2002 e 2012, que trataram das condições para o exercício de “cargos em órgãos estatutários” de instituições autorizadas a funcionar pelo BC, expressão pela qual vêm sendo tradicionalmente designados naquelas normas, com pontuais variações ou acréscimos, os postos da estrutura organizacional das instituições do SFN previstos em seus instrumentos de constituição, entre os quais se incluem os postos dos seus administradores ou dirigentes.

## 1 Superação do regime de cartas-patente

No primeiro dos incisos e no primeiro dos parágrafos do seu art. 192 (na redação originária do dispositivo), a Constituição de 1988 pôs fim ao denominado sistema de cartas-patente, sob o qual o acesso a mercados do SFN só era possível mediante a aquisição onerosa de cartas-patente bastante caras, até porque emitidas em número limitado, conforme a fixação de uma quantidade máxima de instituições pelo CMN, com detalhamento que chegava ao nível do número de agências e pontos de atendimento, bem como do tipo de atividade financeira, à época associado de modo específico a cada espécie de instituição, como destaca Barbosa (1995, p. 6-7), por força do esquema de “segmentação do mercado financeiro, através da especialização das funções das instituições financeiras e da vinculação da captação com a aplicação dos recursos”<sup>1</sup>.

Naquele regime de reserva de mercado que então se deixava para trás, mesmo uma instituição que já houvesse entrado em algum mercado de intermediação

---

1 Recursos oriundos das fontes específicas de captação permitidas para cada tipo de instituição (banco comercial; banco de investimento; sociedade de crédito, financiamento e investimentos; sociedade de crédito imobiliário etc.) deveriam ser necessariamente aplicados na concessão dos tipos de empréstimo com os quais lhes fosse permitido operar.

financeira, caso pretendesse ampliar sua atuação no SFN, quantitativa ou mesmo qualitativamente, precisaria para tanto adquirir cartas-patente de outra instituição, a fim de explorar as parcelas de mercado assim adquiridas<sup>2</sup>.

Suplantando esse modelo, o inciso I do art. 192 previu **autorizações** para funcionamento que assegurariam “às instituições bancárias oficiais e privadas **acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário**”, afastando-se, assim, do paradigma de **especialização por tipo de instituição** com base no qual o SFN havia sido concebido (ANDREZO; LIMA, 1999, p. 180-181, grifo nosso) na Lei da Reforma Bancária (LRB), a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. O § 1º do dispositivo, por seu turno, conferiu à **autorização** para o funcionamento de instituições do SFN caráter “**inegociável e intransferível**”, prevendo sua concessão “**sem ônus**, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos **diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada**, e que comprove **capacidade econômica** compatível com o empreendimento” (grifos nossos).

Sob o novo regime, deu-se o surgimento dos bancos múltiplos e a proliferação de instituições financeiras, diante de todo o estímulo a novos entrantes proporcionado pelos ganhos oligopolísticos até então praticados em mercados que se mantinham reservados pelo regime de cartas-patente e proporcionado também, sobretudo, pelos atrativos ganhos inflacionários da indústria bancária naquele cenário do final da década de 1980. Como destacado por Andrezo e Lima (1999, p. 183-184), a “flexibilização da legislação e as altas margens de lucros decorrentes da alta inflação levaram à proliferação das instituições financeiras. Entre 1988 e 1989, surgiram mais de 60 bancos”, e, como detalhado por Barbosa (1995, p. 7-8), sua quantidade mais que dobrou, passando de 124 para 259, entre 1988 e 1995, após a “Reforma Bancária de 1988”, em franco contraste com o movimento que, entre 1964 e 1974, havia reduzido o número de bancos de 336 para 109.

A superação do regime de cartas-patente, portanto, não foi uma mudança pequena. Foi estrutural. Marcou a passagem do SFN para um estágio em que ao

2 O arranjo delineado de tal modo pela própria regulação estatal não poderia ser mais semelhante à descrição de um dos tipos básicos de infração da ordem econômica, a **divisão de mercados**, comumente prevista em Leis de Defesa da Concorrência (atualmente, no Brasil, no inciso I do § 3º do art. 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011) e presente na caracterização dos denominados cartéis *hard core* (OCDE, 2002, p. 106), a lembrar que “o nível de cartelização dos mercados nacionais [é] fruto, em grande parte, do histórico de controle e coordenação estatais” ou, mais sinteticamente, da “cartelização estatal” de que falava o ex-ministro da Fazenda, professor e banqueiro Mário Henrique Simonsen (GICO, 2007, p. 38 e 42).

menos o pressuposto básico da liberdade de oferta, como regra, formalizava um regime de livre mercado compatível com os parâmetros gerais da nova ordem econômica e financeira advinda com a Constituição de 1988. Não por acaso, mais de vinte anos após o seu advento, a Comissão Especial constituída na Câmara dos Deputados para avaliar a crise financeira de 2008 e formular propostas para a superação de seus efeitos no País ainda ressaltava, em seu relatório final (2009, p. 3, grifos nossos):

A **autorização para funcionamento** de instituições financeiras, em substituição às **cartas-patentes**, foi a **primeira mudança institucional do sistema financeiro** decorrente da Constituição.

A **carta-patente** constituía **barreira à entrada** no sistema financeiro. Uma vez que eram emitidas em **número limitado**, muitos empreendedores, mesmo com capacidade financeira e administrativa para empreender uma instituição bancária, **só podiam se estabelecer se adquirissem a carta-patente de uma outra instituição**. Os **preços das cartas-patentes** eram muito **elevados**, o que impedia a entrada de novos competidores no mercado financeiro. Com a oferta dominada por um pequeno número de instituições bancárias, os **serviços financeiros** eram **caros e deficientes**, em consequência da **pouca concorrência**.

O esquema básico de acordo com o qual são categorizadas as formas de organização da atividade econômica, tal como apresentado por Ogus em sua teoria da regulação, bem evidencia esse caráter estrutural e impactante da mudança havida em 1988. Naquele esquema, parte-se de uma primeira distinção entre os dois sistemas básicos de organização da atividade econômica que interagem nas sociedades industrializadas: o **sistema de mercado** e aquele que o citado autor designa como **sistema coletivista** (*collectivist system*), em seu contexto terminológico britânico, e que encontraria designação bastante tradicional, no contexto político e jurídico brasileiro, em termos como **intervenção do Estado no domínio econômico** ou **Direito Público Econômico** (OGUS, 2004, p. 1-2; VENÂNCIO, 1968, p. 30-32 e 37).

Pelo sistema de mercado, a organização da atividade econômica deflui da iniciativa autônoma de particulares que produzem, consomem e trocam livremente aquilo de que dispõem com exclusividade. À luz de proposições elementares da teoria econômica, esse sistema, **presentes alguns pressupostos**,

constituiria mecanismo capaz de prover eficiência por meio da agregação do resultado positivo de trocas livres, que, como tais, só se efetivam, entre agentes econômicos racionais, se mutuamente vantajosas. E aqueles pressupostos seriam, em suma, o ambiente competitivo, a disponibilidade de informação relevante para as livres decisões de troca e a ausência de externalidades<sup>3</sup>, sem os quais configuram-se as denominadas **falhas de mercado**, que comprometem sua performance como mecanismo capaz de prover eficiência (OGUS, 2004, p. 23-24 e 29).

As instituições jurídicas que dão suporte à referida iniciativa autônoma dos particulares são, basicamente, a propriedade e o contrato, além do aparato de *enforcement* que se lhes disponibiliza para que possam fazer valer aquelas instituições diante de eventuais afrontas aos seus preceitos. Em relação ao **sistema de mercado**, portanto, reserva-se à dimensão heterônoma dos sistemas político e jurídico um papel meramente subsidiário e infraestrutural na manutenção do aludido quadro institucional básico: **propriedade e contrato** (OGUS, 2004, p. 1-2 e 15-16).

Já em relação às falhas de mercado, opera o aludido **sistema coletivista**, de Direito Público Econômico ou de intervenção do Estado no domínio econômico. Nele, a dimensão heterônoma dos sistemas político e jurídico procura guiar os agentes econômicos para que adotem comportamento distinto do que adotariam na ausência dessa intervenção, com vistas a corrigir as referidas falhas, diante do que se considere como deficiências do sistema de mercado, sobretudo no atendimento do interesse coletivo em seu funcionamento como mecanismo gerador de bem-estar social. E tais falhas do sistema de mercado, associadas a problemas com seus pressupostos de funcionamento adequado mencionados a montante – ambiente competitivo, informação suficiente e ausência de externalidade –, encontrariam reação do sistema coletivista por meio i) da **defesa da concorrência**, no caso de problemas com o primeiro daqueles pressupostos (ambiente competitivo); ou ii) da **regulação** em sentido estrito, com seus diversos ii.a) instrumentos de **regulação social** (regulação da informação; padrões técnicos; aprovação prévia; incentivos econômicos, como subsídios ou tributação; e modulações do direito privado, mediante o

---

3 *Externalidade* é definida, na teoria econômica, como “o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não tomam parte da ação” (MANKIW, 2015, p. 12).

estabelecimento de cláusulas obrigatórias ou vedadas em contratos, *e.g.*), no caso das falhas relacionadas a *deficit* de informação ou externalidades, ou ii.b) instrumentos de **regulação econômica** (constituição de empresas públicas, controle de preços e regimes de concessão), caso ausente a possibilidade de concorrência como mecanismo regulador, por inviabilidade de competição ou decisão política (OGUS, 2004, p. 2 e 4-5).

Além disso, a par de corrigir falhas de mercado ou substituir seu mecanismo competitivo, a dimensão regulatória do sistema coletivista também é utilizada para promover determinados efeitos, aos quais não se chegaria espontaneamente pelo sistema de mercado, de caráter distributivo ou moral, por exemplo, que Ogus (2004, p. 46-54) designa como objetivos não econômicos (*non-economic goals*)<sup>4</sup>.

Esse modelo básico, embora constitua apenas uma simplificação esquemática, claro<sup>5</sup>, permite perceber com nitidez a abrangência do impacto do término do regime de cartas-patente para acesso ao SFN, em 1988, sobre a organização econômica de um setor crítico como o da intermediação financeira. Operou-se, afinal, transição determinante do foco numa regulação de acesso a mercados por **concessão** (*public franchise allocation*) – forma de **regulação econômica** – para o foco numa regulação de acesso por **autorização prévia** (*prior approval*) – forma de **regulação social**, na terminologia empregada por Ogus. Essa passagem pressupõe a alteração fundamental de um objetivo regulatório de limitação da concorrência, por se considerar sua realização impossível ou indesejável em um dado mercado, para um outro voltado apenas, em princípio, à garantia de padrões mínimos de qualidade ou segurança (OGUS, 2004, p. 4-5, 214 e 318).

Como forma de regulação econômica por concessão, o regime de cartas-patente no SFN tinha por função substituir a competição em mercados nos quais ela era artificialmente restringida por política deliberada do próprio Estado.

---

4 O autor divide os objetivos não econômicos que por vezes motivam a ação regulatória do sistema coletivista em categorias ligadas a *justiça distributiva*; *paternalismo*, na acepção técnica do termo, relacionada a iniciativas que limitam a liberdade das pessoas visando ao que se considere como seu benefício; e *valores comunitários*, como os associados a medidas regulatórias voltadas a restringir o consumo de bebidas alcoólicas, por exemplo.

5 Apartando-se desse esquema, pode-se, por exemplo, enquadrar a defesa da concorrência – que alguns consideram não regulatória, por não se voltar a corrigir ou substituir, mas a preservar o próprio mecanismo de mercado (FORGIONI, 2015, p. 64-65; OGUS, p. 30) – também como forma de regulação, como parece corrente no vocabulário institucional norte-americano, que designa o campo de atribuições da autoridade antitruste dos EUA, a *Federal Trade Commission* (FTC), como parte da denominada regulação comercial (*trade regulation*). Outros, por seu turno, parecem considerar como regulação apenas instrumentos clássicos de comando e controle, como a imposição de padrões de desempenho ou regimes de licenciamento ou autorização prévia, tratando como não regulatórios, *e.g.*, instrumentos como subsídios ou certificações (OCDE, 2008, p. 8-9).

Em outros termos, aquele regime definia quantas e quais instituições se mantinham nos mercados financeiros, em vez da concorrência, que, se permitida, o faria pela seleção das empresas “sobreviventes”, de acordo com a eficiência de cada qual, o volume da demanda e outras variáveis de mercado, não conforme a deliberação burocrática de um órgão regulador, que, no caso, era o CMN.

A limitação concorrencial no setor era artificial, como referido, em razão do fato de que, relativamente aos mercados financeiros, não se caracterizam fenômenos como monopólio natural ou limitação tecnológica<sup>6</sup>, de modo que, no caso do SFN, o emprego de uma forma de regulação econômica como o regime de concessão por carta-patente, antes de 1988, respondia a outra motivação apontada pela teoria da regulação: evitar competição considerada excessiva (*excessive competition*). No caso dos mercados financeiros, dentre os motivos comumente alegados para se considerar politicamente desejável um menor nível de competição – sob a perspectiva de uma teoria regulatória “do interesse público” –, despontaria decerto a preocupação com possíveis efeitos nocivos que o afã de responder a uma maior pressão competitiva no plano dos preços poderia ter sobre padrões de segurança e responsabilidade mais onerosos, principalmente na presença de falhas de mercado relacionadas a *deficit* de informação e externalidades, estas muito típicas do sistema financeiro, até pelo potencial sistêmico dos seus riscos (LASTRA, 2000, p. 70-71; CORTEZ, 2002, p. 318-319; WAISBERG, 2002, p. 44 e 52; e TROSTER, 2002, p. 293).

Em todo caso, para Ogus (2004, p. 321-322), mesmo essa preocupação dificilmente justificaria, à luz dos interesses públicos envolvidos, a drástica opção de regulação econômica por limitação de acesso ao mercado, ante a disponibilidade de alternativas de regulação social menos detrimetosas.

A Constituição de 1988, nessa linha, consagrou o reconhecimento de que um modelo focado na aprovação prévia constituiria alternativa regulatória preferível ao regime de concessão por carta-patente, para atender ao objetivo regulatório de garantir um funcionamento mais seguro do SFN, diante das falhas dos mercados

6 O monopólio natural caracteriza-se “quando uma só empresa consegue ofertar um bem ou serviço a um mercado inteiro a um custo menor que duas ou mais empresas”, por força de “economias de escala” (MANKIW, 2015, p. 284), a exemplo do que se dá com a distribuição de água, cujos custos fixos de multiplicar redes de tubulações tornaria ineficiente, no particular, a atuação de mais de um fornecedor. A limitação tecnológica, por sua vez, decorre de condicionantes como a incapacidade do espectro eletromagnético de comportar atividades irrestritas de radiodifusão sem interferências mútuas (OGUS, 2004, p. 321). A restrição natural da concorrência por esse tipo de fenômeno também motiva regulação econômica, em substituição ao mecanismo regulatório espontâneo da competição de mercado, ao que se vê do padrão histórico dos regimes de concessão para a exploração das atividades de distribuição de água e de radiodifusão.

financeiros relacionadas a externalidades e assimetrias de informação. Afinal, o regime superado, além de eliminar a concorrência, principal custo indireto daquela forma de regulação – com todo seu efeito negativo em termos de perda de bem-estar social (GICO, 2007, p. 78-87) –, inspirava severo questionamento quanto à legitimidade de suas reais motivações – sob a perspectiva de uma teoria regulatória “do interesse privado” –, presente o inegável benefício que conferia aos privilegiados titulares das cartas-patente à custa do bem-estar da sociedade e, particularmente, dos consumidores de serviços financeiros.

Cabe observar, claro, que a aprovação prévia já era adotada como instrumento de regulação social antes da Constituição de 1988, a teor das disposições dos art. 10, x, e art. 33 da LRB, de 1964<sup>7</sup>. Entretanto, ela deixava de ter maior relevância diante da proeminência de um filtro tão restritivo como o sistema de cartas-patente que, de resto, ao concentrar com tão poucas instituições o poder de mercado, no âmbito do SFN, acabava por lhes conferir uma significação sistêmica e um potencial de influência política que dificultavam procedimentos mais contundentes de reprovação ou cancelamento de autorização para operar por critérios de falta de capacidade econômica, de capacidade técnica ou de reputação ilibada por parte de dirigentes.

Cabe observar, também, que o modelo que franqueou a formação dos bancos múltiplos e pôs fim ao regime das cartas-patente, consagrado constitucionalmente com a Carta promulgada em **5 de outubro** de 1988, havia sido antecipado na Resolução nº 1.524 do CMN, de **21 de setembro** de 1988<sup>8</sup>. Esta, de todo modo, apenas refletiu, duas semanas antes, os consensos ou deliberações que, às vésperas do encerramento dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, já se haviam consolidado ao longo dos seus debates.

Nesse sentido é que a citada Resolução, em seus itens I a III, facultou o acesso à exploração dos diversos segmentos da intermediação financeira por instituição única, via constituição direta ou reorganização societária, independentemente

---

7 “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: [...] IX – Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: a) funcionar no País; [...] Art. 33. As instituições financeiras privadas deverão comunicar ao Banco Central da República do Brasil os atos relativos à eleição de diretores e membros de órgão consultivos, fiscais e semelhantes, no prazo de 15 dias de sua ocorrência, de acordo com o estabelecido no art. 10, inciso X, desta lei. § 1º O Banco Central da República do Brasil, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, decidirá aceitar ou recusar o nome do eleito, que não atender às condições a que se refere o artigo 10, inciso X, desta lei. § 2º A posse do eleito dependerá da aceitação a que se refere o parágrafo anterior”.

8 Todas as normas do CMN e do BC citadas no presente artigo, salvo ressalva específica, podem ser consultadas em <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/buscaNormativo.asp>>.

de títulos de concessão como a carta-patente, mediante prévia autorização do BC, refletindo o que se cristalizaria dias depois na redação originária do art. 192, I, § 1º, da Constituição Federal.

Nesse sentido também é que, no item IV da mesma Resolução, condicionava-se o acesso então facultado aos mercados de intermediação do SFN “ao compromisso de participação [...] no mecanismo garantidor de créditos que vier a ser instituído”, em consonância com o que também viria a ser previsto no inciso VI do art. 192 da Constituição, em sua redação originária, que cometia à lei de regulação do SFN dispor sobre “a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União”.

Sob o prisma da teoria regulatória do interesse público, a imposição de um compromisso de atuação financeira sob a proteção de um seguro obrigatório (que a Constituição exigiria fosse constituído com recursos do próprio SFN) era congruente com a política de abertura dos mercados financeiros que então se promovia, bem assim com a hipótese plausível de que ela pudesse acarretar incremento de riscos de crédito, liquidez e insolvência no SFN, malgrado a possibilidade de que o aludido seguro, como medida regulatória em resposta aos mencionados riscos, acarretasse ele próprio um incremento de risco moral (*moral hazard*).

Afinal, como observado por Andrezo e Lima (1999, p. 183):

Esse fundo ou seguro [...] tem dois objetivos básicos: proteger os pequenos depositantes e impedir uma corrida bancária. Além disso, contribui para o desenvolvimento econômico, fortalecendo a confiança no conjunto das instituições financeiras e a competitividade entre elas, pois esse mecanismo reduz a impressão de que os bancos maiores são mais seguros do que os bancos menores; os bancos estrangeiros mais seguros do que os nacionais e os bancos mais antigos e de tradição mais seguros do que os mais novos. O fundo ou seguro, entretanto, tem aspectos negativos, pois encoraja instituições insolventes a continuar operando e a assumir mais riscos do que assumiriam sem esse instituto, a menos que sejam fechadas por um órgão regulador.

O Constituinte e o CMN, como visto, consideraram aquele mecanismo de garantia importante, em linha com a experiência de diversos países que já haviam esposado a mesma opção regulatória, como os EUA, que constituíram o *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), em 1933, em decorrência de amargas lições da Grande Depressão (SADDI, 2001, p. 131-132)<sup>9</sup>. Posteriormente, a opção pelo mecanismo também foi positivada no § 1º do art. 28 da Lei Complementar (LC) nº 101, de 4 de maio de 2000, a denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), ao dispor que a “prevenção de insolvência e outros riscos ficará a cargo de fundos, e outros mecanismos, constituídos pelas instituições do Sistema Financeiro Nacional, na forma da lei”.

Como resultado, o Fundo Garantidor de Créditos (FGC) veio a ser constituído por instituições do SFN, como associação civil sem fins lucrativos, na forma de estatuto aprovado pelo CMN em 1995<sup>10</sup>, passando a garantir créditos de depositantes e investidores, até limite de valor também estabelecido pelo CMN (hoje R\$250 mil<sup>11</sup>), em casos de decretação de regimes especiais ou de insolvência, em geral, que acomessem instituições associadas ao Fundo.

Cabe registrar que, no contexto em que estabelecida pela Constituição, a previsão da disciplina de um fundo ou seguro como o que viria a ser criado na forma do FGC, com recursos do próprio SFN, deixava para trás o mecanismo das denominadas “reservas monetárias”, formadas com recursos tributários – receitas líquidas do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) –, que, “em casos excepcionais”, nos termos do art. 12 da Lei nº 5.134, de 20 de outubro de 1966, poderiam ser aplicadas pelo BC na “recomposição do patrimônio de instituições financeiras”, bem como “no pagamento total ou parcial do passivo de qualquer das instituições”, “visando a assegurar a normalidade dos mercados financeiro e de capitais ou a resguardar os legítimos interesses de depositantes, investidores e demais credores acionistas e sócios minoritários”.

Do ponto de vista distributivo, seria questionável se essa mudança de regime teria maior relevância. Afinal, os contribuintes do IOF eram, basicamente, os clientes das instituições do SFN, os mesmos que, em última análise, continuariam

---

9 Cf., a propósito, comentários de Martin J. Grumberg, como Vice-Presidente do FDIC, na Quinta Conferência Anual da Associação Internacional de Seguradores de Depósito, realizada no Rio de Janeiro em 16 de novembro de 2006. Disponível em: <[http://www.fgc.org.br/upload/editor/file/IADI/pt/Gruenberg\\_port.pdf](http://www.fgc.org.br/upload/editor/file/IADI/pt/Gruenberg_port.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2016.

10 Cf. Resolução nº 2.211, de 16 de novembro de 1995, do CMN, que aprovou o estatuto do FGC, hoje consolidado nos termos da Resolução nº 4.222, de 23 de maio de 2013, do Conselho, com suas alterações subsequentes.

11 Cf. § 3º do art. 2º da Resolução nº 4.222, de 2013.

arcando, nessa condição, com os custos regulatórios de um seguro obrigatório de depósitos e investimentos. Assim, ter deixado de empregar recursos do IOF (que continuou existindo) em prol da segurança do SFN, para passar a empregar recursos oriundos da imposição de custos regulatórios adicionais com o mesmo propósito, talvez não tenha implicado muito mais do que um aumento dos ônus sobre os interessados: os clientes do SFN, que continuaram pagando o IOF, agora destinado a outras finalidades, e passariam a arcar com novos custos regulatórios.

Nada obstante, certa desconfiança histórica ou mesmo “hostilidade recorrente em relação às finanças e aos financistas” (FERGUSON, 2009, p. 10) parece explicar a retórica da vedação formal ao emprego de valores juridicamente caracterizados como recursos públicos, a exemplo das receitas tributárias de IOF, diante das dificuldades culturais da sociedade em perceber questões ligadas ao sistema financeiro como algo de interesse público. Assim, as dificuldades políticas e jurídicas de manejar valores formalmente caracterizados como recursos públicos para “assegurar a normalidade dos mercados financeiro e de capitais ou [...] resguardar os legítimos interesses de depositantes, investidores e demais credores” (§ 1º do art. 12 da Lei nº 5.134, de 1966) talvez tenha sido o motivo que tornou importante mais essa mudança de sistemática positivada em 1988, do regime das **reservas monetárias** para o do **seguro de depósitos**.

A estratégia de contorno, aí, por meio de modificações limitadas à forma jurídica mais aparente, com preservação da racionalidade econômica subjacente, não difere, em essência, de estratégias como as adotadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao afirmar, em 1991<sup>12</sup>, a inaplicabilidade imediata do regime de controle de preço pela vedação de juros reais superiores a 12% ao ano, na forma do § 3º do art. 192 da Constituição de 1988 (redação originária), ou pelos banqueiros medievais ao “contornar as interdições eclesiásticas e disfarçar a usura camuflando os juros”, inclusive com base na “elaboração jurídica dos canonistas e teólogos do século XIII”. Afinal, “quando a letra era respeitada, a Igreja aceitava mais facilmente que o espírito fosse traído” (LE GOFF, 1991, p. 79-81), o que, em boa medida, parece ainda manter-se em alguns aspectos da relação entre forma jurídica e essência regulatória.

---

12 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4/DF, Relator: Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgada em 7 mar. 1991, com publicação no Diário da Justiça (DJ) de 25 jun. 1993.

De todo modo, a questão principal, diante dessas ponderações, é que o regime do seguro de depósitos previsto em 1988 mostrava-se congruente com um objetivo regulatório de facilitar o emprego de recursos para pronta solução de problemas com a solvência de instituições do SFN, como se considerava necessário para a garantia da estabilidade financeira no novo contexto. Se, a despeito de sua aparência intervencionista, que impunha adesão a um padrão rígido (*specification*) na prestação de serviços financeiros ao amparo de dado seguro (OGUS, 2004, p. 150-151), aquele regime, no contexto em que foi concebido, sintonizava-se também com o movimento de abertura dos mercados financeiros, reduzindo barreiras à entrada, na medida em que conferia a recursos deixados com instituições menores, até determinado limite de valor, o mesmo respaldo dos que se deixasse com grandes bancos.

Assim, diferentemente do que se dá em hipóteses mais intuitivas, em que o nivelamento geral de padrões regulatórios tende a favorecer empresas maiores, menos impactadas pelos eventuais custos fixos necessários para se adaptarem ao padrão, o mecanismo garantidor renunciado normativamente no contexto de promulgação da Carta de 1988 favorecia uma “paridade de armas” entre grandes e pequenos, mormente porque sua regulamentação estabeleceu a contribuição das instituições compulsoriamente associadas ao fundo em um percentual dos saldos de depósitos que cada qual mantém consigo, embora todas se beneficiem, de modo comum, da garantia proporcionada pelo montante do fundo<sup>13</sup>.

Em suma, pois, as alterações regulatórias advindas no contexto de promulgação da Constituição de 1988 procuravam adaptar o SFN ao novo regime de abertura dos seus mercados, comparativamente menos intervencionista que o regime anterior – de reserva de mercado mesmo –, embora ainda assim focado na mais interventiva forma de regulação social, a autorização prévia, de resto presente na abordagem regulatória dos mais diversos países em relação ao sistema financeiro (OGUS, 2004, p. 226-227 e 229), que sempre desponta “entre os setores mais duramente regulamentados da economia” (MISHKIN, 2000, p. 179).

---

13 Cf. art. 2º da Resolução nº 2.211, de 1995 (“Art. 2º Fixar, em 0,025% [...] do montante dos saldos das contas correspondentes às obrigações objeto de garantia, a contribuição mensal das participantes do FGC”), cujo objeto é hoje tratado de modo semelhante pelo art. 2º da Resolução nº 4.222, de 2013 (com redação dada pela Resolução nº 4.469, de 25 de fevereiro de 2016), e de forma a deixar ainda mais claro o caráter favorável às menores instituições, ao explicitar que o percentual da contribuição ordinária ao FGC incide sobre os saldos de depósitos mantidos em cada instituição, nas modalidades garantidas pelo Fundo, “ainda que os créditos correspondentes não sejam cobertos pela garantia ordinária”.

## 2 Estabilidade, desenvolvimento e resiliência

Instaurada a ordem constitucional em 1988, com as profundas transformações que trouxe de plano para a estrutura do SFN, os mais importantes desafios impostos ao arcabouço de regulação financeira do País, desde então, ligaram-se, em suma, a processos de: i) adaptação ao cenário de estabilidade monetária posterior a 1994, no qual as instituições do SFN deixaram de contar com os elevados ganhos inflacionários até então experimentados; ii) aproveitamento das oportunidades de desenvolvimento surgidas nos períodos em que se conjugaram as estabilidades monetária e financeira nas primeiras décadas deste século; iii) superação dos efeitos da crise financeira mundial de 2008 no País; e iv) preservação da resiliência do sistema desde a intensificação do atual cenário de crise, em 2013.

Quanto ao primeiro dos desafios, importa observar que, em 1988, a sociedade brasileira atravessava, nos albores do processo de redemocratização, a fase mais aguda de sua longa convivência com níveis de inflação bastante elevados. “O ‘milagroso’ ciclo de crescimento da ditadura militar passara e os desastrosos efeitos inflacionários e concentradores de renda da política que o produzira”, altamente intervencionista em relação ao sistema de produção e permissiva quanto ao fenômeno inflacionário, “mostravam, então, sua face mais cruenta”. O “dragão inflacionário”, onipresente nos meios de comunicação como representação gráfica do pavor nacional por aquilo que se enxergava como o maior flagelo à época, “era um problema encarado como prejudicial, de certa forma, em relação a todos os demais” (VASCONCELOS, 2006, p. 29-30), diante da intensidade com que se experimentavam os muitos efeitos nocivos do mal inflacionário sobre a distribuição de renda, a produtividade, o consumo, o horizonte de planejamento dos agentes econômicos e mesmo sobre os padrões morais da sociedade ou sobre a credibilidade do País no cenário internacional (NUSDEO, 2001, p. 309-310; FABRI, 2005, p. 20-21).

Aquela fase de crise inflacionária mais aguda só viria a ser debelada com o Plano Real, em 1994, após uma sucessão de esforços traumáticos no mesmo sentido por meio de outros planos econômicos ou de estabilização monetária (iniciados com o Plano Cruzado, de 1986), que, à beira do abismo, haviam

aplicado medidas drásticas, como congelamento e confisco<sup>14</sup>, diante dos índices de inflação assustadores alcançados antes de cada plano tentado<sup>15</sup>.

Ocorre que, no longo convívio com aqueles espantosos níveis de inflação, os agentes econômicos haviam moldado seu comportamento levando em conta aquele cenário extremo, o que, no caso dos bancos, significava fazer dos ganhos inflacionários ou “ganhos de *floating*” um negócio principal, mais até do que propriamente a intermediação financeira. Isso porque, num cenário de inflação, caracterizada pelo aumento no nível geral de preços, os bancos beneficiam-se pelo fato de captarem recursos do público em depósitos à vista não remunerados. Afinal, com o processo inflacionário, diminui “vegetativamente” o valor real desses depósitos, que constituem dívida ou passivo dos bancos e crédito ou ativo dos depositantes, de modo que a inflação acaba promovendo, em última análise, uma transferência de renda do setor não bancário para o setor bancário, tão maior quanto maior for a inflação. Assim, limitados tais “ganhos de passivos sem encargos” posteriormente ao Plano Real, como destacado por Cysne e Costa (1997, p. 325-326 e 330), o SFN, “após anos de convivência com elevadas receitas de *floating*, não dispunha ainda de mecanismos satisfatórios de análise de crédito para fazer frente ao necessário aumento de receitas com essa atividade”.

Portanto, o fim de um período de maiores ganhos oligopolísticos e inflacionários, com o advento da Constituição de 1988 e do Plano Real, respectivamente, acabaram tendo forte impacto sobre um SFN que não se mostrou capaz de adaptar-se prontamente ao novo cenário. Como resultado, na segunda metade da década de 1990, deu-se a quebra de três dos maiores bancos do País à época (Banco Econômico S.A. e Banco Nacional S.A., em agosto e em novembro de 1996, respectivamente; e Banco Bamerindus do Brasil S.A., em março de 1998)<sup>16</sup>, os quais tiveram de ser submetidos a regimes especiais de intervenção e liquidação extrajudicial previstos na Lei nº 6.024, de 31 de março de 1974. A par daqueles casos mais rumorosos, “dezenas de bancos

---

14 Para um histórico contextualizado do período, conferir Faria (1993) e Vasconcelos (2006, p. 28-37).

15 Os índices de inflação anualizados montaram a 400,9%, 928,8%, 1.965,1%, 86.626,3%, 662% e 10.444,6% em cada mês anterior, respectivamente, aos planos: Cruzado (fev. 1986), Bresser (jun. 1987), Verão (jan. 1989), Collor I (mar. 1990), Collor II (jan. 1991) e Real (jul. 1994), pelo que se pode calcular com base nos dados do Índice Nacional de Preços ao Consumidor-Amplo (IPCA), do IBGE, disponíveis no site do BC, na série temporal de código 433, em <<https://www3.bcb.gov.br/srgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>> (acesso em 30 nov. 2016).

16 Cf., no site do BC, em <<http://www4.bcb.gov.br/Lid/Liquidacao/patual/relacaodata.asp?idpai=REGESP>> e <[http://www4.bcb.gov.br/Lid/Liquidacao/d1946/consulta\\_lista.asp](http://www4.bcb.gov.br/Lid/Liquidacao/d1946/consulta_lista.asp)>.

quebraram”; o Econômico foi o “22º banco sob intervenção/liquidação desde o Real”<sup>17</sup>, implantado em julho de 1994.

Em outros termos, a conquista de relativa estabilidade monetária acabou tornando premente uma profunda reestruturação do SFN, para que se pudesse recobrar condições de estabilidade financeira (FERREIRA, 2013, p. 9<sup>18</sup>).

Não há espaço, neste artigo, para maiores comentários sobre cada uma das principais iniciativas adotadas com vistas àquela necessária reestruturação<sup>19</sup>. Nada obstante, pode-se destacar, no particular: i) a mudança geral de perspectiva regulatória – que poderia ser resumida como a transição de um padrão regulatório reativo, caracterizado pela intervenção sobre problemas específicos, com o emprego de medidas conjunturais, para um padrão regulatório proativo, focado em riscos, mais precisamente no seu monitoramento, controle e mitigação, com base em medidas estruturais<sup>20</sup>; e ii) o reconhecimento da necessidade de revisão das regras de acesso ao SFN como um dos eixos de aprimoramento regulatório do setor, ao lado da convergência aos padrões internacionais de Basileia e da expansão das estruturas de monitoramento do sistema (FERREIRA, 2013, p. 17 e 56-57).

Numa segunda fase do período de transformação do arcabouço de regulação do SFN após 1988, alcançados padrões consideráveis de estabilidade monetária e

17 Cf. em informações do site do BC sobre o Proer, disponíveis em <<http://www.bcb.gov.br/htms/proer.asp>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

18 A referência aqui adotada à apresentação de Ferreira em 23 outubro de 2013, na capital chilena, por ocasião da *XI Reunión de Asesores Legales de Banca Central*, é colhida, representativamente, dentre outras apresentações nacionais e internacionais que realizou na mesma linha (tal como destacado em SILVA, 2013, p. 22), na condição de Procurador-Geral do BC, algumas delas também disponíveis no site da instituição (<http://www.bcb.gov.br/default.asp?MAISTEXTOS>).

19 Alude-se, aí, e.g., a marcos como o Proer (1995); o Proes (1996), voltado à redução da presença do setor público estadual no sistema bancário; o FGC; a posituação de novos instrumentos de regulação prudencial entre 1995 e 1997, na forma da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, oriunda de Medida Provisória (MP) de 1995; a criação da Central de Risco de Crédito (CRC) em 1997; o aprimoramento da disciplina de controles internos e gerenciamento de risco pelas instituições do SFN em 1998; a reestruturação do Sistema Brasileiro de Pagamentos (SPB) em 2002; e a criação do Cadastro de Clientes do SFN em 2005.

20 A forma como ocorreram as aludidas quebras bancárias da segunda metade da década de 1990, com a consequente decretação de diversas liquidações extrajudiciais, é bastante ilustrativa do padrão reativo que até então caracterizava a regulação financeira no País, o que se refletiu numa má avaliação internacional em 2002, no âmbito de programa implementado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pelo Banco Mundial, o *Financial Sector Assessment Program* (FSAP), para avaliar setores financeiros nacionais quanto a sua resiliência, qualidade regulatória e capacidade de superar crises financeiras (cf., no site do FMI, em <<https://www.imf.org/external/np/fsap/fssa.aspx>>, acesso em: 30 nov. 2016). Naquela ocasião, a regulação financeira do Brasil foi tida como não aderente às recomendações do Comitê de Supervisão Bancária de Basileia, os *Core Principles For Effective Banking Supervision* (BIS, 2012), tendo sido considerada uma das mais deficientes entre as regulações nacionais avaliadas. Dez anos depois, entretanto, a aludida mudança de perspectiva regulatória também se refletiu naquele tipo de avaliação internacional, mais precisamente na última missão do FSAP realizada no Brasil, em 2012, quando se considerou que a regulação brasileira havia se tornado amplamente aderente aos princípios de Basileia, inclusive como a jurisdição mais bem avaliada naquele ano, no particular, ressaltando-se a transição de um *compliance mode* para um *risk-based approach to regulation* ou, em outros termos, de um foco reativo na mera verificação da observância de regras por parte dos regulados, para tratamento conjuntural das infrações eventualmente detectadas, para um foco preventivo em monitoramento, controle e mitigação de riscos estruturais do SFN (FMI, jul. 2012, p. 27 e 29; FMI e Banco Mundial, abr. 2012).

financeira, foi possível, então, avançar de modo mais intenso com pautas caras ao incremento da eficiência do sistema na consecução dos objetivos que lhe foram atribuídos pela Constituição em seu art. 192 (“promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade”), pautas ligadas sobretudo a propósitos de expansão dos mercados de intermediação financeira, pelo barateamento dos seus serviços, para alavancagem de processos de desenvolvimento socioeconômico (FERREIRA, 2013, p. 27-29 e 53).

Em outros termos, alcançada a relativa “estabilidade do poder de compra da moeda e um sistema financeiro sólido”, chegava a hora de buscar um SFN mais eficiente, com o que a sequência de desafios de política econômica até então encarados, desde 1988, seguia emblematicamente, na mesma ordem, os valores destacados no enunciado da missão do BC: “Assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda e um sistema financeiro sólido e eficiente”. Chegava, assim, a vez da eficiência. Nesse contexto, passou-se a priorizar também, como eixos de aprimoramento regulatório, o desenvolvimento da competição, a promoção do acesso a serviços bancários e a expansão sustentável do crédito, para exploração de oportunidades de atendimento a demandas reprimidas, a exemplo daquela decorrente do *deficit* habitacional do País<sup>21</sup>.

As transformações na regulação do SFN, ao longo daquela fase mais favorável, coincidem com avanços sensíveis em termos de inclusão financeira e expansão do crédito de forma sustentável<sup>22</sup>, o que certamente contribuiu com os resultados

---

21 Como alguns dos marcos dessa terceira fase, pode-se pontuar: i) consolidação das normas sobre a atuação dos correspondentes bancários, que permitiu o aproveitamento da ampla rede postal do País para ampliar a possibilidade de oferecimento de serviços bancários (2003); ii) criação de novos instrumentos de securitização de crédito, para facilitar o financiamento de empreendimentos imobiliários e do agronegócio (2004); iii) disciplina da portabilidade de operações de crédito, de cadastro e de conta para recebimento de salários (2006); iv) reforço das regras de transparência em operações de crédito, com determinações sobre a informação (*mandatory disclosure*) do seu Custo Efetivo Total (CET) aos clientes (2007); v) disciplina das tarifas bancárias por meio de instrumentos de regulação da informação, voltados a facilitar para o consumidor, mediante padronização, a comparabilidade entre pacotes de serviços oferecidos pelas diversas instituições (2007), medida adotada, por sinal, em meio a debates com o Ministério Público Federal (MPF), que buscava fazer prevalecer regime regulatório de controle de preços sobre as tarifas bancárias, que vinham aumentando na medida em que passaram a constituir fonte relevante de receita para as instituições do SFN com o fim de maiores ganhos monopolísticos e inflacionários; e vi) substituição da CRC pelo Sistema de Informações de Crédito (SCR) em 2008, com ampliação da capilaridade do banco de dados pela diminuição, para mil reais, do valor mínimo das operações registradas, de modo a permitir monitoramento mais seguro dos reflexos de processos de inclusão financeira e expansão do crédito sobre o SFN (FERREIRA, 2013, p. 14-15, 29 e 31).

22 A disponibilidade de pontos de acesso a serviços bancários alcançou todos os municípios brasileiros em 2010 (BC, 2012), e o crédito expandiu-se de um percentual de 35,5% do PIB, em 2007, para um percentual de mais de 56%, em 2013, acompanhado por um nível de inadimplência que recuou, no período, de 3,4% para 2,8% de operações de crédito vencidas em aberto por mais de 90 dias, conforme séries temporais de códigos 4382, 20539, 20540, 20541 e 21082, disponíveis em <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/consultarvalores/consultarValoresSeries.do?method=consultarValores>> (acesso em: 18 nov. 2016).

expressivos alcançados pela economia brasileira, à época, a exemplo da ampliação da classe média e do nível de emprego<sup>23</sup>.

Diante desses resultados, nota-se que o SFN se encontrava em boas condições, em termos de solidez e eficiência, quando do advento do outro grande desafio posto para a regulação do setor: a crise financeira internacional de 2008, que despontou como um primeiro grande teste de resiliência para o sistema, comprovando a consistência dos resultados até então alcançados pelo aparato de regulação financeira, bem como a sua capacidade de responder prontamente a cenários de crise por meio de inovações regulatórias (SILVA, 2013, p. 32).

Na ocasião, com base no diagnóstico dos reflexos imediatos mais relevantes da crise de 2008 no Brasil, que envolviam, basicamente, diminuição generalizada de liquidez, dificuldades de financiamento para bancos pequenos e médios, problemas na rolagem de dívidas de bancos com o exterior e dificuldades para a obtenção de financiamento para o comércio exterior, foi possível adotar prontamente algumas respostas extraordinárias de regulação financeira para solução dos problemas identificados<sup>24</sup>, o que coincidiu com um desempenho diferenciado do País, na travessia daquela crise de 2008, como “último a entrar e primeiro a sair” no contexto mais agudo dos seus desdobramentos imediatos (FERREIRA, 2013, p. 33; SILVA, 2013, p. 34-37).

Na sequência, houve rápida retomada de um cenário favorável em meio ao qual se deu continuidade a aprimoramentos regulatórios voltados ao incremento da eficiência do SFN, inclusive por meio da diminuição de custos de observância

23 Entre 2003 e 2011, a população situada nas denominadas classes A/B e C passou de 13 e 66 milhões de pessoas, respectivamente, para 23 e 105 milhões, reduzindo-se a população situada nas classes D e E de 47 e 49 milhões de pessoas, respectivamente, para 39 e 25 milhões (NERI, 2012, p. 51). A taxa de desemprego dessazonalizada, que montou a 13% em outubro de 2003, recuou para seus menores níveis históricos, por volta de 4,5%, em 2014, conforme dados do IBGE disponíveis em <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme\\_nova/defaulttab\\_hist.shtml](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/defaulttab_hist.shtml)> (acesso em: 18 nov. 2016).

24 Entre tais medidas, destacaram-se: i) uso de regulação por instrumentos econômicos, como o estabelecimento de condições facilitadas para a realização, pelo BC, de operações de redesconto, instrumento voltado à prestação de assistência de liquidez a instituições do SFN, e de empréstimo em moeda estrangeira para pagamento de dívidas externas do setor privado, além da redução do recolhimento compulsório; ii) ampliação da garantia de depósitos e da atuação do FGC no financiamento de soluções de mercado para instituições em dificuldade, por meio de sua aquisição por outras em melhores condições; e iii) autorizações para a aquisição de outras instituições financeiras por bancos públicos federais, num uso de empresas públicas como instrumento regulatório não para substituir a concorrência, como usualmente se dá com tal instrumento de regulação econômica – até pelo fato de que os bancos públicos atuam, no Brasil, em concorrência com as instituições privadas –, mas sobretudo para tratar externalidades associadas aos riscos sistêmicos envolvidos em situações mais propensas a crises de confiança deflagradas por quebras de instituições bancárias, em linha com uma das justificações de interesse público apontadas por OGUS para o uso regulatório de empresas públicas, ao lado da própria finalidade específica de evitar mesmo a quebra de empresas consideradas economicamente importantes (OGUS, 2004, p. 268-269).

da regulação<sup>25</sup>, que acabaram sendo consideravelmente majorados, ao longo das etapas anteriormente descritas, sobretudo por força da ampliação de estruturas de monitoramento, requerimentos de capital e padrões operacionais impostos às entidades reguladas.

De meados de 2013 em diante, contudo, diversos fatores políticos e econômicos, internos e externos, concorreram para rápida deterioração de cenários no País, que, no último trimestre de 2016, enfrentava a recessão mais severa de sua história. Consoante o então destacado pelo Presidente do BC (GOLDFAJN, 2016), na origem dos problemas, o fator externo da desaceleração da economia global foi potencializado por inconsistências na política fiscal brasileira, que fizeram um padrão de *superavit* primários de 3% a 4% do PIB declinar para um *deficit* de 2,5% do PIB, acarretando severa crise de confiança, no contexto da qual o PIB havia retrocedido 7% em um ano e meio e o desemprego, que havia descido ao seu menor índice histórico, de 4,3%, em dezembro de 2014 (SANTOS FERREIRA, 2015), chegara a 12% no final de 2016 (tendo ultrapassado a marca de 13% no início de 2017<sup>26</sup>). A inflação tinha chegado a 11% em 2015, ultrapassando formalmente o teto da meta estabelecida pelo CMN, nos termos do art. 4º do Decreto nº 3.088, de 21 de junho de 1999, pela primeira vez desde o ano de 2003<sup>27</sup>.

Diante desse último cenário de crise, que novamente tem posto à prova a resiliência do SFN, cabe reconhecer – ainda que prognósticos, no particular, refujam ao escopo do presente estudo – que até o momento, ao menos, a ausência de repercussões mais drásticas do cenário adverso sobre a estabilidade financeira parece endossar o valor dos avanços regulatórios das últimas décadas, ao amparo dos quais, por exemplo, os “bancos aumentaram sua capacidade de absorver choques de liquidez” (BC, set. 2016, p. 7).

---

25 “O presidente do Banco Central [...] anunciou nesta terça-feira um conjunto de medidas para reduzir custos de observância e custos operacionais do sistema financeiro nacional. Segundo ele, o programa batizado de Otimiza BC é um pontapé inicial a um projeto importante do Banco Central” (FERNANDES, 2013).

26 Cf. em Silveira e Cavallini, 2017.

27 Cf. cartas abertas já enviadas desde o estabelecimento da sistemática de metas para a inflação no Brasil, na forma do parágrafo único do art. 4º do Decreto nº 3.088, de 1999, em razão do descumprimento de metas anuais para a inflação, em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3088.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3088.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2016.

### 3 Recomendações de Basileia

Como visto a montante, a convergência aos padrões internacionais de Basileia e a revisão das regras de acesso ao SFN constituíram dois dos eixos de aprimoramento priorizados ao longo das profundas transformações pelas quais passou a regulação financeira no Brasil desde 1988. No que interessa mais de perto ao presente trabalho, o principal elemento a destacar, nas recomendações de Basileia, é o relacionado especificamente à disciplina de autorização prévia para atuar como dirigente de instituição do sistema financeiro.

Nesse particular, o quinto dos *Core Principles For Effective Banking Supervision* do Comitê de Basileia (BIS, 2012, p. 25-27) preconiza que a autoridade reguladora seja dotada de competência para estabelecer critérios de aceitação de instituições no sistema financeiro interno e para rejeitar aquelas que não os atendam, com base em processo no qual se avalie, pelo menos, a estrutura societária e de governança das instituições pretendentes e de eventuais grupos aos quais pertençam, inclusive a **aptidão e idoneidade dos membros da sua Diretoria e dos seus Executivos**, assim como seu plano de negócios, seus controles internos, sua gestão de risco e suas projeções financeiras. A par disso, ainda de acordo com o princípio em apreço, a autoridade licenciadora deve, entre outras coisas, **assegurar-se da idoneidade dos controladores da instituição** pretendente, avaliando a transparência da sua estrutura societária, as fontes do seu capital inicial e a capacidade dos sócios de prover suporte financeiro adicional à instituição, se necessário.

No que concerne especificamente aos nomes propostos para figurar como dirigentes de instituições pretendentes, a autoridade licenciadora, por ocasião do processo de autorização prévia, deve avaliá-los quanto a sua **expertise e integridade**, bem como no que tange a qualquer **potencial conflito de interesse**. Os critérios de idoneidade e aptidão devem incluir: i) **capacitação e experiência** em relação ao tipo de **atividade financeira pretendida** pela instituição; e ii) **ausência de antecedentes criminais ou avaliações negativas de autoridades reguladoras** que revelem perfil inadequado para assumir cargos importantes em um banco. A autoridade também deve verificar se os Diretores da instituição, de um modo geral, têm um **conhecimento** apropriado das **atividades** financeiras pretendidas e dos **riscos** correspondentes.

Como se verá no próximo tópico, as transformações na disciplina regulatória da autorização prévia para atuar como dirigente de instituição do SFN processaram-se, inequivocamente, no sentido de uma crescente aderência aos parâmetros estabelecidos no mencionado quinto princípio de Basileia, o que ilustra, de modo emblemático, a efetividade de mecanismos “metarregulatórios” operados com base em programas de avaliação internacional como o *Financial Sector Assessment Program* (FSAP)<sup>28</sup>, por meio dos quais esquemas de certificação – modalidade de *information regulation*, a menos interventiva das formas de regulação social –, com base em recomendações de entidades desprovidas de qualquer caráter oficial, como o Comitê de Basileia, mostram-se capazes de “regular a regulação” de diversos Estados nacionais, inclusive no que tange a regimes de aprovação prévia – a mais interventiva das formas de regulação social.

#### 4 Modificações na disciplina da aprovação prévia de dirigentes

A primeira alteração na disciplina específica da autorização prévia para atuar como dirigente de instituição do SFN, após a Constituição de 1988, operou-se nos termos da Resolução nº 1.763, de 31 de outubro de 1990, do CMN. Em linha com a tendência geral de abertura e liberalização dos mercados do SFN à época, aquele normativo foi editado no bojo do “Programa Federal de Desregulamentação” instituído pelo Decreto nº 99.179, de 15 de março de 1990, sob os auspícios do movimento de desregulação intensificado em economias mais desenvolvidas na década de 1980 (OGUS, 2004, p. 10-11).

Expressamente “fundamentado no princípio constitucional da liberdade individual, com a finalidade de fortalecer a iniciativa privada, em todos os seus campos de atuação, reduzir a interferência do Estado na vida e nas atividades do indivíduo, contribuir para a maior eficiência e o menor custo dos serviços prestados pela Administração”, o referido Programa, em sua proclamação liberalizante, exortava a Administração, basicamente, a minimizar controles e formalidades, inclusive invocando textualmente a referência de outra iniciativa

---

28 Ver nota de rodapé 20.

do gênero, o Programa Nacional de Desburocratização, criado pelo Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979. Nesse particular, aliás, a determinação de que se observasse o Decreto de 1979 no art. 2º, V, do Decreto de 1990 já era, em si, uma lembrança quase irônica das dificuldades de se tentar mudar por decreto uma cultura arraigada.

De qualquer sorte, a Resolução nº 1.763, de 1990, foi editada sob a égide do mencionado Programa Federal de Desregulamentação, constituindo-se, de fato, em um normativo singelo, em se tratando da disciplina de procedimentos de autorização prévia “para o exercício de cargos de órgãos estatutários nas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo” BC<sup>29</sup>.

Aspecto interessante era a redação enfática, logo ao início da Resolução, da regra do parágrafo único do seu art. 1º: “A instituição e seus administradores assumirão, sob as penas da lei, **integrais** responsabilidades pela verificação do preenchimento dos requisitos” de reputação ilibada e capacitação técnica (grifo nosso). A ênfase era bem compatível com a primeira das diretrizes do Programa de Desregulamentação (art. 2º do referido Decreto de 1990): “a Administração Pública Federal, em princípio, aceitará como verdadeiras as declarações feitas pelos administrados, **substituindo, sempre que cabível, a exigência de prova documental ou de controles prévios por fiscalização dirigida** que assegure a oportuna **repressão às infrações da lei**” (grifos nossos).

É verdade que, pouco adiante, o parágrafo único do art. 2º e o art. 4º da Resolução – que explicitavam a indispensabilidade da prévia autorização do BC para a posse de eleitos ou nomeados e o caráter amplamente revogável dessa autorização a qualquer tempo – lembravam claramente que, abstraídas as ênfases e retóricas do momento, aquelas “integrais” responsabilidades da instituição e de seus dirigentes exclamadas no parágrafo único do art. 1º não mudavam essencialmente um procedimento que, por definição, era de controle prévio mesmo.

29 Além de prever vagamente a exigência das condições básicas de “reputação ilibada” e “capacitação técnica compatível com o exercício do cargo” (art. 1º), no que praticamente repetia os termos do § 1º do art. 192 da Constituição, a Resolução nº 1.763, de 1990, limitava-se basicamente a: replicar algumas regras legais, com pouquíssimo detalhamento adicional (art. 2º); considerar inelegíveis pessoas “impedidas por lei especial”, condenadas por determinados tipos de crimes e declaradas inabilitadas para cargos de administração nas próprias instituições do SFN ou em outras entidades reguladas, bem como em companhias abertas (art. 3º); explicitar o caráter amplamente revogável da autorização concedida pelo BC em caso de posterior verificação do não preenchimento de algum requisito considerado presente por ocasião da concessão (art. 4º); isentar do procedimento de aprovação prévia pelo BC “administradores das instituições financeiras públicas federais”, escolhidos “na forma da legislação em vigor” (art. 5º); e prever sanções para o descumprimento de regras do próprio normativo, bem como competência do BC para baixar normas e adotar medidas “julgadas necessárias” à sua execução.

De todo modo, ao trazer uma disciplina “enxuta”, que, de fato, não incrementava os níveis de controle que já existiam, a Resolução nº 1.763, de 1990, refletia o cenário de abertura da época, já examinado em tópico anterior deste artigo.

Por seu turno, a norma que a sucedeu, a Resolução nº 2.645, de 22 de setembro de 1999, vindo a lume após a turbulência bancária da segunda metade da década de 1990, também examinada a montante, refletia aquele contexto, marcado por preocupações dos ambientes mais técnicos com riscos sistêmicos, assim como por uma revigorada desconfiança social em relação a bancos e banqueiros, que a opinião pública mais geral supunha terem sido agraciados com os bilhões do Proer, sem falar do rumoroso caso dos bancos Marka e FonteCindam, ocorrido em janeiro de 1999. Reacendia-se, assim, com toda força, na Resolução de 1999, o caráter preventivo dos procedimentos de aprovação prévia como forma de regulação no âmbito do SFN.

Nessa linha, aquela Resolução de 1999 foi editada “tendo em vista o disposto do art. 9º da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997”, que, basicamente, conferia ao BC poderes para adotar medidas cautelares bastantes drásticas uma vez que houvesse sido tão somente “instaurado processo administrativo contra instituição financeira, seus administradores, membros de seus conselhos, a empresa de auditoria contábil ou o auditor contábil independente”. Essas medidas iam do afastamento de dirigentes a amplas restrições de direitos e atividades, passando pela determinação da substituição dos contratados para os serviços de auditoria na instituição.

Em resposta a essa conjuntura, pois, as mudanças trazidas pela Resolução de 1999 transmitiam claramente uma impressão de maior rigor preventivo. A indispensabilidade e o caráter discricionário da prévia autorização do BC para a posse de eleitos ou nomeados, por exemplo, assumiu proeminência na própria topografia do normativo, deslocando-se para o primeiro artigo de uma Resolução já bem mais longa que a de 1990.

Os requisitos de reputação ilibada foram reunidos com as inelegibilidades num mesmo dispositivo referente a “condições básicas para o exercício dos cargos” (art. 2º), no qual se acrescentam exigências de residência no País para alguns dirigentes, ausência de sinais de inadimplemento de um modo geral (“protesto, cobranças judiciais, cheques sem fundos [...] e outras ocorrências ou

circunstâncias análogas”) e ausência de participação na administração de firmas falidas, concordatárias ou insolventes, com válvula de escape discricionário para o BC dispensar esses dois últimos requisitos mais restritivos, conforme a peculiaridade da “situação individual dos pretendentes”.

A “capacitação técnica compatível com o cargo” passa a ter “requisitos mínimos” cumulativos detalhados analiticamente (art. 4º): nível superior; exercício de cargos gerenciais, nos cinco anos anteriores, em instituições do SFN ou em área financeira de instituições do mesmo porte, com ressalvas quanto aos requisitos para o exercício de cargos de direção em entidades de menor porte e escape discricionário para que o BC, mesmo na ausência dos tais “requisitos mínimos”, pudesse aprovar pretendentes que, a seu juízo, apresentassem “condições de capacidade técnica compatíveis com o exercício dos cargos pretendidos” (art. 6º, I).

Surge a figura da “declaração de propósito”, espécie de “proclamas” concebida para oportunizar eventuais objeções públicas quanto a “eleitos ou nomeados [...] cujos nomes não houvessem sido anteriormente homologados para referidos cargos” pelo BC, “bem como aqueles homologados somente para cargos em cooperativas de crédito ou em sociedades de crédito ao microempreendedor” (art. 5º). Também quanto à necessidade de publicação de “declaração de propósito”, há ressalvas para instituições de menor porte (§ 1º) e escape discricionário para o BC, embora, nesse caso, não para dispensar o que a redação normativa previa, mas para exigir a “declaração de propósito” mesmo em casos nos quais ela não a previa ou para estabelecer exigências especiais, em casos específicos, quanto a forma e prazo das publicações correspondentes, bem como para que ele próprio, o BC, a efetivasse pelos meios que entendesse pertinentes.

Surge também previsão expressa da possibilidade de o BC solicitar documentos e informação adicionais a seu critério, no curso do processo de aprovação prévia, e convocar pretendentes para entrevistas, com a mais ampla discricionariedade (art. 6º).

A possibilidade de o BC revogar autorização concedida, se constatado a qualquer tempo o não atendimento de requisitos para atuar como dirigente de instituição do SFN, passa a ser prevista juntamente com previsão expressa do poder-dever de determinar a instauração de processo administrativo porventura cabível a depender da hipótese (art. 8º).

É prevista a divulgação dos nomes dos aprovados pelo BC, medida de regulação da informação voltada, sobretudo, à identificação de quem não tivesse sido aprovado ainda.

A Resolução de 1999, portanto, respondeu a intensas demandas sociais de sua época por mais controle sobre a atividade dos dirigentes de instituições do SFN. E isso encontra tanto explicação pela teoria regulatória do interesse privado, considerado o interesse específico dos corpos burocráticos de serem vistos a tratar pronta e energicamente problemas que tenham recebido atenção proeminente da mídia (OGUS, 2004, p. 75), quanto justificação plausível à luz da teoria regulatória do interesse público. Afinal, parecia realmente diferenciada a necessidade de proteger a estabilidade financeira em 1999, como visto em tópico precedente, logo após as turbulências bancárias do período anterior e no momento em que o estabelecimento do regime de metas para a inflação, a flutuação cambial e a LRF, que estava por ser editada, convergiam para um momento decisivo no tocante à consolidação, ou não, dos novos padrões de estabilidade macroeconômica advindos com o Plano Real.

Em 2002, adveio nova modificação nas regras de aprovação prévia de dirigentes de instituições do SFN. A Resolução nº 3.041, de 28 de novembro de 2002, por um lado, prosseguiu reforçando o controle prévio, em linha com a última alteração, de 1999, flexibilizando, por outro, os requisitos de capacitação técnica, já sob os auspícios dos primeiros esforços mais intensos em prol de iniciativas de inclusão financeira, como o incentivo ao cooperativismo de crédito.

No que se refere às alterações no sentido de reforçar o controle prévio, a Resolução de 2002 acrescentou, como condição básica para o exercício dos cargos, a ausência até mesmo de **suspensão** administrativa – além do preexistente requisito da ausência de inabilitação – para o exercício de cargos de direção nas próprias instituições do SFN, em outras entidades reguladas ou em companhias abertas.

Também foi explicitado pela primeira vez o dever de instituições financeiras públicas federais comunicarem ao BC atos de eleição ou nomeação dos membros de seus órgãos estatutários, muito embora ainda sem possibilidade da rejeição de seus nomes pela autoridade reguladora. Estabeleceu-se ainda a exigência de “declaração de propósito” para dirigentes de instituições financeiras estaduais em processo de transferência à União para efeito de privatização, no âmbito do

Proes, que então se encontrava em franca atividade como uma das iniciativas de reestruturação do SFN adotadas na década de 1990, como já pontuado<sup>30</sup>.

Outra novidade foi a determinação de que os pretendentes manifestassem autorização à Receita Federal, para fornecimento dos seus dados fiscais dos três últimos exercícios, bem como ao BC, para acessar “informações a seu respeito constantes em qualquer sistema público ou privado de cadastro”.

Quanto à questão da capacitação técnica, como referido, houve flexibilização, com o fim da especificação de requisitos mínimos e a adoção de parâmetros designados de modo geral e indeterminado, bem como de procedimento de comprovação por declaração, em princípio, inclusive com a indicação dos critérios usados pela própria instituição regulada para a escolha de seus administradores.

A Resolução de 2002, portanto, pode ser considerada um normativo de transição entre o período de maior rigor preventivo e o período em que, já num ambiente que conjugava relativa estabilidade monetária e financeira, passava-se a priorizar também a eficiência do SFN em relação a pautas como a da inclusão financeira.

A última modificação na disciplina do acesso à atuação como dirigente de instituição do SFN deu-se, por fim, em 2012, quando se editou a Resolução nº 4.122, de 2 de agosto de 2012, ainda vigente. Nesse normativo, que congregou as disciplinas de autorização prévia para atuação no SFN tanto por parte da pessoa jurídica das próprias instituições, em seu Anexo I, quanto por parte da pessoa física de seus dirigentes, no Anexo II, percebe-se, como seria de se esperar, a influência de lições aprendidas na travessia da crise de 2008, notadamente quanto à importância, para garantia da resiliência do sistema em circunstâncias extraordinárias, de flexibilidade para poder lançar mão de soluções e instrumentos regulatórios excepcionais<sup>31</sup> com segurança jurídica<sup>32</sup>.

30 Ver nota de rodapé 19.

31 Ver nota de rodapé 24 e considerações correspondentes.

32 Naquele contexto, afinal, o posterior “aplausos” ao resultado das medidas anticrise então adotadas foi precedido por considerável questionamento a várias delas em instâncias de controle. Apenas a título de exemplo, entre muitos outros que se poderia citar, pode-se mencionar a instauração dos Processos TC-028.935/2008-4, TC-030.037/2008-7 e TC-018.213/2009-3, no Tribunal de Contas da União (TCU), para fiscalização e controle de atos praticados com base na MPv nº 443, de 21 de outubro de 2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.908, de 3 de março de 2009, que autorizou o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, no contexto das medidas anticrise adotadas entre 2008 e 2009, a adquirirem participação em instituições financeiras sediadas no Brasil (ver item “iii” da nota de rodapé 25). No mesmo sentido, pode-se citar, também, a instauração dos Processos TC-008.628/2009-4 e TC-011.004/2009-1 pelo TCU para fiscalização e controle de outras medidas anticrise, estas relacionadas ao estabelecimento de critérios e condições especiais de avaliação e aceitação de ativos, pelo BC,

Nesse sentido, o aspecto mais marcante, nas modificações trazidas pelo normativo de 2012, é a franca ampliação das possibilidades discricionárias de o BC, balizado por parâmetros de excepcionalidade e justificação do interesse público, aceitar ou rejeitar dirigentes em instituições do SFN. Presente o contexto de edição da norma, nota-se o propósito de não restringir alternativas de preservação ou admissão de estruturas de comando “menos canônicas” em instituições do SFN em hipóteses nas quais, por exemplo, isso possa evitar soluções de continuidade em sua condução ou óbices a novos entrantes, efeitos que poderiam mostrar-se bastante detriminentes ao interesse público, a depender do cenário, e que poderiam resultar de filtros inflexíveis de controle da composição dos seus corpos diretivos.

Estabeleceu-se, assim, a previsão de que o BC, na análise dos processos de autorização prévia de dirigentes, “considerando as circunstâncias de cada caso concreto e o contexto dos fatos, poderá dispensar, excepcionalmente e diante de interesse público devidamente justificado, o cumprimento das condições estabelecidas [...] para o exercício dos cargos” (art. 4º). Isso estendeu aos processos de avaliação das “condições para o exercício de cargos em órgãos estatutários ou contratuais das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BC” (art. 1º, II) tipo de escape discricionário que, antes, encontrava-se previsto, de modo mais restrito quanto à abrangência e menos rigoroso quanto aos requisitos de aplicação, na Resolução nº 3.040, de 2002, que disciplinava a avaliação cometida ao BC no tocante a constituição, funcionamento e alterações societárias de instituições do SFN (*prior approval* das instituições) e que foi editada na mesma data da mencionada Resolução nº 3.041, de 2002, que disciplinava as “condições para o exercício de cargos em órgãos estatutários” (*prior approval* dos dirigentes das instituições).

Naquela Resolução nº 3.040, de 2002, referente às instituições, o escape discricionário era mais restrito quanto à abrangência e menos rigoroso quanto aos requisitos de aplicação porque conferia ao BC competência para, em processos de alteração de controle ou reorganização societária, “dispensar, conforme o caso, o cumprimento de condições” estabelecidas para a “constituição das instituições”, entre as quais a “inexistência de restrições que possam [...] afetar a reputação dos

---

em operações de desconto em moeda nacional ou em garantia de operações de empréstimo em moeda estrangeira, com base na MPv nº 442, de 6 de outubro de 2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.882, de 23 de dezembro de 2008 (ver item “i” da nota de rodapé 25).

controladores” (cf. art. 5º, VI, e art. 12, parágrafo único, do Regulamento anexo à Resolução nº 3.040), enquanto o art. 4º da Resolução nº 4.122, de 2012, referente à aprovação prévia tanto das instituições quanto dos dirigentes, confere ao BC competência para, em quaisquer dos processos disciplinados no normativo, considerando circunstâncias e contexto fático, dispensar tanto as condições (não só reputacionais) normalmente exigíveis para figurar como controlador de instituições do SFN quanto as exigíveis para exercer seus “cargos em órgãos estatutários ou contratuais”, desde que essa dispensa se dê “excepcionalmente e diante de interesse público devidamente justificado”.

Portanto, embora, em última análise, o escape discricionário introduzido pela Resolução de 2012 abranja potencialmente a dispensa de quaisquer das condições que a própria norma prevê para o exercício de cargos em órgãos estatutários ou contratuais das instituições (na análise de quaisquer dos processos disciplinados pela norma), sujeita tal dispensa a requisitos de excepcionalidade e explicitação de justificativa mais rigorosos do que sugeriria a mera expressão “conforme o caso”, empregada no Regulamento anexo à Resolução nº 3.040, de 2002, o que se mostra congruente com a especial importância da motivação – a “exteriorização das razões que justificam o ato” – para a incolumidade jurídica de práticas regulatórias discricionárias (MELLO, 1998, p. 98-105), mormente das que se apresentem como expressão da denominada discricionariedade técnica (ROMAN, 2013, p. 186-193 e 203-204).

A relevância da motivação, na hipótese, é corroborada por experiência anterior do BC ao empregar esse tipo de escape discricionário, que chegou a ser examinado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), no Processo TC-019.169/2012-4, no contexto de operação realizada entre bancos, ainda sob a vigência da Resolução nº 3.040, de 2002, para transferência de controle acionário viabilizada com recursos do FGC. No caso, a Corte de Contas considerou inclusive aspectos como difusão de pontos de atendimento e condições de atuação de um dos bancos, para avaliar a consistência da motivação da dispensa então encapada pelo BC, no exercício de sua competência discricionária para tanto, em mais um exemplo, entre outros que poderiam ser citados<sup>33</sup>, de certo paralelismo entre

---

33 O TCU, em diversos outros processos, parece ter avançado progressivamente sobre matérias técnicas especializadas afetas ao próprio núcleo discricionário de competências finalísticas do BC, como se deu, *e.g.*, em casos referentes a operações de *swap* cambial (Processo TC-012.015/2003-0) ou ao desempenho da supervisão bancária (Processo TC-011.669/2015-2).

a expansão de competências discricionárias de um regulador como o BC e a ampliação do escopo de controle *ex post* exercido sobre sua atividade regulatória por um órgão de controle como o TCU.

Outra alteração a destacar, dentre as advindas com a Resolução nº 4.122, de 2012, diz respeito à previsão da possibilidade de o BC “indeferir os pedidos relacionados com os assuntos de que trata esta Resolução, caso venha a ser apurada [...] circunstância que possa afetar a reputação dos administradores, dos integrantes do grupo de controle [ou] dos detentores de participação qualificada” (art. 5º), estes últimos conceituados no art. 6º da norma<sup>34</sup>. Isso também amplia as possibilidades de rejeição, em processos de aprovação prévia, e de revogação de autorizações anteriormente concedidas, uma vez que a hipótese de incidência abrange circunstâncias – que não especifica – com mero potencial de repercussão reputacional, até mesmo em relação aos referidos “detentores de participação qualificada”, ainda que não figurem como controladores ou exercentes de cargos em órgão estatutários ou contratuais.

Outra alteração diz respeito à ampliação das hipóteses que podem ser consideradas como caracterizadoras de mácula reputacional, uma vez que passam a abranger, numa cláusula de abertura, “outras situações, ocorrências ou circunstâncias análogas julgadas relevantes” pelo BC (art. 3º do Anexo II)<sup>35</sup>.

---

34 “Art. 6º Para fins do disposto nesta Resolução, entende-se como: I – participação qualificada: a participação, direta ou indireta, detida por pessoas naturais ou jurídicas, equivalente a 15% [...] ou mais de ações ou quotas representativas do capital total das instituições referidas no art. 1º, inciso I; II – grupo de controle: pessoa, ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de votos ou sob controle comum, que detenha direitos de sócio correspondentes à maioria do capital social de sociedade anônima ou a 75% [...] do capital social de sociedade limitada.”

35 Além disso, a Resolução nº 4.122, de 2012, trouxe aprimoramentos como a explicitação da possibilidade de o BC solicitar documentos e informações adicionais também a autoridades no exterior, nos processos de apreciação de pleitos de autorização prévia (art. 3º); a determinação de regras de transição no corpo diretivo das instituições, em caso de rejeição de nomes eleitos ou nomeados para os integrar, inclusive com a extensão de mandatos até tornar-se viável a posse de substitutos (art. 10 do Anexo II); ou a limitação, aos dois últimos anos, da condição referente à ausência de participação como controlador ou administrador de firmas que tenham tido problemas de insolvência, a fim de evitar a transformação de um fracasso empresarial em um desnecessário estigma eterno, ainda que o requisito mais restritivo em questão já fosse contornável por válvula de escape discricionário, conforme a “situação individual dos pretendentes”, desde a Resolução nº 2.645, de 1999.

## Conclusão

As intensas transformações por que passou a regulação financeira de um modo geral, desde 1988, refletiram-se nas modificações havidas especificamente quanto à disciplina da autorização prévia, pelo BC, para que se possa atuar como dirigente de instituições do SFN no exercício de cargos em seus órgãos estatutários ou contratuais.

Essas modificações, que consubstanciaram respostas regulatórias às prioridades e a problemas distintos dos cenários que se sucederam no período, delinearam, de todo modo, uma tendência geral de ampliação do poder discricionário e, portanto, da responsabilidade atribuída ao BC como autoridade reguladora, a ponto de que em 2012, como visto, se lhe tenha conferido competência, no limite, tanto para dispensar qualquer das condições normativamente preestabelecidas para o exercício dos referidos cargos quanto para definir, *ad hoc*, qualquer hipótese que considere caracterizadora de mácula reputacional.

Esse não foi, decerto, um movimento gratuito, nem parece ter sido conduzido ao talante de meras pretensões de um corpo burocrático a algum protagonismo ou “estrelato” – até porque, se algum burocrata pode dar-se ao luxo de agir como “artilheiro”, contando com todo aplauso da torcida por um único gol bem televisionado na partida, esse, decerto, não parece ser o caso das autoridades de regulação bancária, mas comumente às voltas com um “trabalho de goleiro”, em que o crédito de todo acerto pode desaparecer num instante sob o peso de um único gol recebido, da quebra de um único banco sistemicamente relevante.

Não se quer negar, com isso, a existência e o quinhão de influência dos interesses específicos de corpos tecnocráticos que lidam com a regulação bancária. A teoria da regulação não permitiria tal ingenuidade. Mas o que parece determinante, para o movimento de expansão da discricionariedade do BC em relação à matéria examinada, pelo que se analisou neste artigo, é a precaução, aprendida por uma sociedade que vem se especializando em “altos e baixos” desde a passagem do “milagre brasileiro” para a “década perdida” e que, por isso, há mesmo de ter receio de perder conquistas tão importantes como a da estabilidade monetária e financeira alcançada nas últimas décadas.

De todo modo, mesmo reconhecendo essa legítima motivação de interesse público para a expansão da discricionariedade regulatória no tocante ao controle do acesso e da permanência de dirigentes de instituições do SFN nos mercados de intermediação do setor, uma sensação de *déjà-vu* bem poderia pairar no ar. Teríamos voltado aos tempos de Mauá, quando o “resultado de tanta precaução foi uma enorme concentração de poder nas mãos dos burocratas do governo”, que “podiam examinar os estatutos, exigir modificações, avaliar as qualidades morais dos acionistas – e só depois de cumpridas essas tarefas, se lhes desse na veneta, permitir o funcionamento” de uma instituição como a que acabou por se tornar o Banco do Brasil, posteriormente posto por completo sob à batuta do governo, como uma empresa estatal (CALDEIRA, 1995, p. 229-230)?

Aparentemente, não. Há bons motivos, como visto ao longo deste estudo, para se reconhecer que a expansão da discricionariedade, em relação à matéria tratada, foi acompanhada de uma paralela intensificação nas possibilidades de controle da própria atividade regulatória, inclusive pelo maior rigor quanto aos requisitos normativamente explicitados para a utilização de escapes discricionários, conjugando-se flexibilidade e segurança jurídica, em linha com a ideia de que a regulação, em matéria econômica, “ao mesmo tempo em que exige uma atuação mais dinâmica da Administração Pública, requer segurança jurídica e previsibilidade na atuação ordenadora” (ROMAN, 2013, p. 193). Além disso, a evolução técnica da regulação financeira, nas últimas décadas, já rendeu frutos de valor inegável ao País. Não se trataria, pois, de uma regulação discricionária que autorizaria, ou não, a atuação desse ou daquele dirigente de banco ou cooperativa de crédito pelo que “desse na veneta”.

Contudo, dada a atração gravitacional do poder por mais poder, não parece má ideia manter sempre alguma precaução com precauções que possam alimentar demais o leviatã.

## Referências

- ANDREZO, Andrea Fernandes; LIMA, Iran Siqueira. **Mercado financeiro: aspectos históricos e conceituais**. São Paulo: Pioneira, 1999.
- BC. **Relatório de Estabilidade Financeira**. Brasília, BCB, v. 15, n. 2, set. 2016, p. 7. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/default.asp?RELESTAB>>. Acesso em: 20 dez. 2016.
- BARBOSA, Fernando de Holanda. **O sistema financeiro brasileiro**. FGV, 1995. Disponível em: <<http://www.fgv.br/professor/fholanda/Arquivo/Sistfin.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2016.
- BIS – Basel Committee on Banking Supervision. **Core Principles for Effective Banking Supervision**. Basileia, BIS, set. 2012. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Regulatory Consistency Assessment Program (RCAP): assessment of Basel III regulations in Brazil**. Basileia, BIS, dez. 2013. Disponível em: <[http://www.bis.org/bcbs/implementation/l2\\_br.pdf](http://www.bis.org/bcbs/implementation/l2_br.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2016.
- CALDEIRA, Jorge. **Mauá: empresário do império**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Especial “Crise Econômico-Financeira – Sistema Financeiro”. **Relatório final**. Brasília, jul. 2009.
- CORTEZ, Tiago Machado. O conceito de risco sistêmico e suas implicações para a defesa da concorrência no mercado bancário. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. (Orgs.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CYSNE, Rubens Penha; COSTA, Sérgio Gustavo Silveira da. Reflexos do Plano Real sobre o sistema bancário brasileiro. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 3, p. 325-346, jul./set. 1997. Disponível em: <<http://www.fgv.br/professor/rubens/HOMEPAGE/publica%C3%A7%C3%B5es/Artigos%20Publicados/Reflexos%20do%20Plano%20Real%20Sobre%20Sist%20Bancario.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

FABRI, Andréa Queiroz. **Responsabilidade do Estado: planos econômicos e iniciativa privada**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na redemocratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERGUSON, Niall. **A ascensão do dinheiro: a história financeira do mundo**. Tradução de Cordelia Magalhães. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2009.

FERNANDES, Adriana. Tombini lança 'Otimiza BC' para reduzir custos financeiros. **O Estado de São Paulo**, Economia, 19 fev. 2013. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,tombini-lanca-otimiza-bc-para-reduzir-custos-financeiros,144313e>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

FERREIRA, Isaac Sidney Menezes. **Evolução da regulação no sistema financeiro brasileiro**. Apresentação proferida em 23 out. 2013, na *XI Reunión de Asesores Legales de Banca Central*, promovida em Santiago, de 23 a 25 out. 2013, pelo *Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos* (Cemla). Disponível em: <[http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Evolu%E7%E3oRegula%E7%E3oSFBrazil\\_Apresenta%E7%E3o\\_Santiago-Chile.pdf](http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Evolu%E7%E3oRegula%E7%E3oSFBrazil_Apresenta%E7%E3o_Santiago-Chile.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2017.

FERREIRA, Gustavo Santos. Desemprego em dezembro cai para 4,3%, o menor índice da história. **O Estado de São Paulo**, Economia & Negócios, 29 jan. 2015. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,desemprego-em-dezembro-cai-para-4-3-o-menor-indice-da-historia,1626434>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

FMI. **Brazil: financial system stability assessment**. Washington, D.C., FMI, jul. 2012. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2012/cr12206.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

FMI; Banco Mundial. **FSAP Brazil: Basel core principles for effective banking supervision detailed assessment of observance**. Washington, D.C., FMI; Banco Mundial, abr. 2012. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2012/cr12207.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. São Paulo: RT, 2015.

GICO Jr., Ivo Teixeira. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora, 2007.

GOLDFAJN, Ilan. **Apontamentos do Presidente do Banco Central, Ilan Goldfajn, na 20ª Conferência Anual do Banco Central do Chile**. Santiago, BC, 11 nov. 2016. Disponível em: <[http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apontamentos\\_Chile\\_Ilan\\_Goldfajn\\_11\\_11\\_2016\\_final.pdf](http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apontamentos_Chile_Ilan_Goldfajn_11_11_2016_final.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2016.

LE GOFF, Jacques. **Mercadores e banqueiros da Idade Média**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MANIKIW, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. 6. ed. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

NERI, Marcelo Côrtes. **De volta ao país do futuro: projeções, crise europeia e a nova classe média**. Rio de Janeiro: FGV/CPS, 2012. Disponível em: <[http://www.cps.fgv.br/cps/bd/ncm2014/NCM2014\\_TextoCompleto\\_Fim\\_texto.pdf](http://www.cps.fgv.br/cps/bd/ncm2014/NCM2014_TextoCompleto_Fim_texto.pdf)>. Acesso a todos os sites em: 18 nov. 2016.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3 ed. São Paulo: RT, 2001.

OCDE. **Introductory handbook for undertaking regulatory impact analysis (RIA)**. Version 1.0. Paris, OCDE, out. 2008.

OECD. **Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes**. Paris: OECD, 2002. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

OGUS, Anthony. **Regulation: legal form and economic theory**. Portland: Hart Publishing, 2004 (reedição, sem revisão, da primeira edição pela Oxford University Press, de 1994, reimpressa em 1996).

ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SADDI, Jairo. **Crise e regulação bancária: navegando mares revoltos**. São Paulo: Textonovo, 2001.

SILVA, Leandro Novais e. Evolução da regulação bancária e a crise financeira de 2008/2009: o Banco Central do Brasil e as novas medidas pós-crise. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 7, n. 2, p. 18-47, dez. 2013.

SILVEIRA, Daniel; CAVALLINI, Marta. Desemprego fica em 13,2% no trimestre terminado em fevereiro e atinge 13,5 milhões. **G1**, Economia, 31 mar. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-132-no-trimestre-terminado-em-fevereiro.ghtml>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

TROSTER, Roberto Luís. Os bancos são diferentes? In: CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. (Orgs.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

VASCONCELOS, Rafael Bezerra Ximenes de. **A justiça distributiva e seus desafios conceituais para a disciplina jurídica da regulação financeira**. 2006. 146 f. Monografia (Especialização) – Curso de Especialização em Direito Econômico da Regulação Financeira, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, jun. 2006.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o Direito Público Econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 1968.

WAISBERG, Ivo. **Responsabilidade civil dos administradores de bancos comerciais**. São Paulo: RT, 2002.



# El Control de Convencionalidad: una visión desde el ordenamiento jurídico de Costa Rica

Haideer Miranda Bonilla\*

*Introducción. 1 El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 2 El control convencionalidad en sede nacional. 3 Fundamento jurídico del control. 3.1 El parámetro del control. 4 Características del control: carácter difuso. 4.1 El carácter ex officio y el deber de todas las jurisdicciones nacionales de realizarlo dentro del marco de sus respectivas competencias. 4.2 Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5 Algunas experiencias de control de convencionalidad. 5.1 México 5.2 Costa Rica. 5.2.1 El control de convencionalidad en recientes sentencias de la Sala Constitucional. 6 Efectos del control. 7 El juez nacional como juez interamericano. 8 El diálogo judicial en el espacio convencional interamericano. 9 La construcción de un “ius commune interamericano” en materia de derechos humanos.*

## Resumen

El presente estudio tiene como finalidad analizar el control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su

---

\* Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Master en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y Especialista en Estudios Internacionales por la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Ha realizado pasantías profesionales en la Corte Constitucional Italiana, el Tribunal Constitucional Español y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como estancias académicas en el Centro de Derecho Público Comparado “Manuel García Pelayo” y en el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, ambos de la Universidad Carlos III de Madrid, en el Centro di Studi Costituzionali Comparati de la Universidad de Génova, en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla y en el Dipartimento di Diritto Pubblico, Universidad de Pisa, Italia. Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Facultad de Derechos (UCR) [www.derechocomunitario.ucr.ac.cr](http://www.derechocomunitario.ucr.ac.cr). Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

implementación en sede nacional, en el ordenamiento jurídico de Costa Rica. En particular, se analizarán los antecedentes históricos, el fundamento normativo, el parámetro, las características, los efectos del control. Además, se estudiará el nivel de implementación del control de convencionalidad en sede nacional, particularmente en el ordenamiento jurídico de Costa Rica, así como los desafíos que tienen los jueces nacionales como impulsores de ese instrumento de diálogo judicial interamericano cuya finalidad es la creación de estándares mínimos de tutela.

**Palabras claves:** Control de Convencionalidad. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Diálogo judicial. Derechos fundamentales. Efectos de las sentencias convencionales. Ius commune latinoamericano. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

### *Resumo*

*O presente estudo tem como finalidade analisar o controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e sua implementação em sede nacional, no ordenamento jurídico da Costa Rica. Em particular, serão analisados os antecedentes históricos, o fundamento normativo, o parâmetro, as características, os efeitos do controle. Ademais, será estudado o nível de implementação do controle de convencionalidade em sede nacional, particularmente no ordenamento jurídico da Costa Rica, assim como os desafios que têm os juízes nacionais como impulsionadores deste instrumento de diálogo judicial interamericano cuja finalidade é a criação de padrões mínimos de tutela.*

**Palavras-chave:** Controle de Convencionalidade. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Diálogo judicial. Direitos fundamentais. Efeitos das sentenças convencionais. Direito Comunitário latinoamericano. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

## Introducción

A partir de mediados del siglo XX se empezó a hablar de la “internacionalización del derecho constitucional” y más recientemente, en las dos últimas décadas, de la “constitucionalización del derecho internacional”. La internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del derecho internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado. La constitucionalización del derecho internacional consiste en un proceso distinto, en virtud del cual, se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional, es decir, que son constitucionales del orden internacional que implica el respecto por los derechos humanos<sup>1</sup>.

El primero de los fenómenos opera en el ámbito interno, en la medida que cada Estado fija de forma autónoma el rango o la jerarquía que ocupan los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico. Por su parte, en el segundo de los fenómenos, se puede evidenciar como el derecho internacional de los derechos humanos se ha nutrido de institutos jurídicos propios del derecho constitucional. En este sentido, puede existir una similitud entre el control concentrado de constitucionalidad que llevan a cabo las Cortes o Tribunales Constitucionales y el control concentrado de convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH, pues en términos generales ambos tienen como finalidad limitar el poder arbitrario del Estado y la tutela de la dignidad de la persona humana<sup>2</sup>. Asimismo, en el establecimiento del control de convencionalidad en sede nacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia “Almonacid Arellano vs. Chile” tomó como referencia la jurisprudencia de Cortes, Salas y Tribunales Constitucionales de la región, quienes desde hace tiempo vienen ejerciendo ese tipo de control en sus respectivos ordenamientos<sup>3</sup>.

El presente estudio tiene como finalidad analizar el impacto que ha tenido el control de «convencionalidad de convencionalidad» en el Sistema

---

1 Corte IDH. Voto disidente del juez Antônio Cançado Trindade en la sentencia de interpretación del caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, sentencia del 30 de noviembre del 2007. Serie C No. 174, párr. 6.

2 HITTERS, Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)* en Estudios Constitucionales, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, p. 109-128.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH-. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su implementación en sede nacional, en el ordenamiento jurídico de Costa Rica. En particular, a través del análisis de los antecedentes históricos, el fundamento normativo, el parámetro, las características, los efectos del control. Además, se analizarán los desafíos que tiene el control de convencionalidad «en sede nacional» a cargo de los jueces nacionales como impulsores de ese mecanismo ideado para lograr el respecto de estándares mínimos de tutela y que los convierte prácticamente en “jueces interamericanos”. En este sentido, se analizará como en la *praxis* como se ha llevado a cabo el control de convencionalidad en algunos ordenamientos, particularmente en Costa Rica y México con posterioridad a la sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile* por la Corte IDH.

Las precisiones en la aplicación del control de convencionalidad en sede nacional que ha desarrollado en los últimos años la jurisprudencia interamericana y la atenta sensibilidad de la academia a través de un número significativo de estudios, refleja la actualidad de la temática, la cual es considerada como el gran desafío que tiene el juez nacional en América Latina<sup>4</sup>. En este sentido, se pretende analizar la intensidad con que ha sido implementado a nivel nacional y cuales son los principales desafíos y retos que enfrenta en el futuro.

## 1 El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter concentrado que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante Corte IDH-, y otra de carácter difuso que ejercen los jueces a nivel nacional<sup>5</sup>. En este sentido se reconoce la existencia de un control de

---

4 Cfr. Corte IDH. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el caso *Cabrera y Montiel Flores vs. México*, sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

5 Sobre el control “concentrado y difuso” de convencionalidad desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante Corte IDH- existe una vasta bibliografía entre la que se puede citar: ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2008. Castilla Karlos. *El Control de Convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir del caso Radilla Pacheco*, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol XI, 2011, pp. 593 – 624. BAZÁN Victor y NASH Claudio. *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad*. Ed. Konrad Adenauer de Alemania 2012. CARBONELL Miguel. *Introducción general al control de convencionalidad*. Ed. Porrúa, México D.F, 2013. FERRER MAC – GREGOR Eduardo (coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Ed. Fundap, México, 2012. FERRER MAC GREGOR, Eduardo. *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*, en Fix Zamudio, Héctor y Valadés Diego (coord.), *Formación y Perspectivas del*

convencionalidad en sede internacional y otro en sede nacional como se verá más adelante.

El control de convencionalidad es un mecanismo que ejerce la Corte IDH comúnmente denominada la Corte de San José de forma *subsidiaria*, *complementaria* en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados –aplicables–, mediante un *examen de confrontación normativa* (derecho interno con el tratado), en un caso concreto<sup>6</sup>. La Corte de San José tiene a su cargo “el control de convencionalidad fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana. Esta solo puede confrontar los hechos internos -leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales–, por ejemplo con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquellos y estas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza”<sup>7</sup>.

Al respecto, ni la Convención Americana de Derechos Humanos, ni el Estatuto ni el Reglamento de la Corte se refieren expresamente a dicho control, sino que es una competencia inherente que deriva de lo dispuesto en los artículos 1.1, 2, 63, 67 y 68.1 de la Convención Americana. En la jurisprudencia interamericana la primera referencia a la expresión “control de convencionalidad” se encuentra en el voto razonado del *ex* juez interamericano García Ramírez en la sentencia *Myrna Chang vs. Guatemala* (2003), la cual reiteró en los votos particulares de

Estado en México. Ed. UNAM – El Colegio Nacional, México, 2010, pp. 155 – 188. GONZÁLEZ ESPINOZA, Olger Ignacio. *Acerca del “control de convencionalidad” por parte de los operadores de Justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional*, p. 215 – 271. En Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, volumen 56, julio – diciembre de 2012, San José. HITTERS, Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)* en Estudios Constitucionales, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, pp. 109-128. IBÁÑEZ RIVAS, Ana María. *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, n. 8, 2012, pp. 103 – 113. REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las leyes y derecho humanos*. Ed. Porrúa, México, 2008. SAGUES Néstor Pedro. *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. en Estudios Constitucionales, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 8, No. 2, 2009, pp. 117-135. SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.). *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo. Jurisprudencial, Una Visión desde América Latina y Europa*. Ed. Porrúa, México, 2012. VENTURA ROBLES Manuel. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos*. En Estudios sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo II. Ed. Corte IDH y IIDH, San José, 2011, pp. 385 – 416.

6 REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las leyes y derecho humanos*. Ed. Porrúa, México, 2008, p. 46.

7 Corte IDH. Voto particular de Sergio García Ramírez en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de Fondo. Reparaciones y Costas del 26 de septiembre de 2006. Serie C. No. 155, párr. 6 y 7.

los casos Tibí vs. Ecuador (2004) y Vargas Areco vs. Paraguay (2006)<sup>8</sup> y que posteriormente fue reconocida por la totalidad de los integrantes de la Corte IDH en la sentencia Almonacid Arellano vs. Chile (2006)<sup>9</sup>, en donde se creó la doctrina del “control difuso de convencionalidad” que deben llevar a cabo todas las autoridades nacionales, incluso los jueces y órganos encargados de la administración de justicia.

A pesar de que el reconocimiento expreso de tal instituto jurídico es reciente, la Corte de San José ha venido ejerciendo el «control concentrado de convencionalidad» desde que emitió su primer sentencia de fondo en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras en 1988<sup>10</sup>, momento a partir del cual ha tenido que determinar la compatibilidad o no con la Convención Americana de cualquier acto u omisión por parte de cualquier poder u órgano o agente del Estado, incluso leyes nacionales y sentencias de tribunales nacionales<sup>11</sup>. Nótese, que en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos – en adelante Sistema IDH.- la responsabilidad internacional es de carácter objetivo, pues recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes y mucho menos tiene un carácter individual sobre el individuo como acontece en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

En las sentencias Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbi, Solís Corrales (1989) la Corte IDH estableció la responsabilidad internacional del Estado de Honduras por la desaparición forzada, interrogatorios y torturas que fueron sometidas las víctimas por parte de las fuerzas armadas, así como por la omisión de las autoridades judiciales en investigar y sancionar a los culpables de tan graves violaciones de derechos humanos. Posteriormente, en el caso La Última Tentación de Cristo “Olmedo Bustos y Otros” vs. Chile la Corte IDH determinó la incompatibilidad del artículo 19 número 12 que mantenía la censura cinematográfica por cuanto limitaba la libertad de expresión y pensamiento reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana y ordenó al Estado modificar su propio ordenamiento eliminando el instituto

8 Corte IDH. Votos particulares de García Ramírez Sergio en los casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C. No 101, párr. 27 y Tibí vs. Ecuador, sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C. No 114, párr. 3.

9 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

10 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de fondo del 29 de julio de 1988. Serie C. No. 4.

11 CANÇADO TRINDADE Antônio. *Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, p. 573. En AA.VV. *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Ed. IIDH, San José, Costa Rica, 1998.

de la censura previa<sup>12</sup>. Lo anterior, es de trascendental importancia, pues es la primera sentencia en la que la Corte IDH declaró la incompatibilidad o mejor dicho la «inconvencionalidad» de una norma constitucional con la Convención Americana. En igual sentido, se pueden citar la sentencia *Caesar vs. Trinidad y Tobago*<sup>13</sup>.

En la sentencia *Barrios Altos vs. Perú*, la Corte de San José determinó que la aprobación y aplicación de leyes de amnistía que exoneraban de responsabilidad penal a militares, policías y civiles que hubieran cometido graves violaciones de derechos humanos vulneran los artículos 1.1, 2, 7, 8 y 25 de la Convención Americana y por primera vez determinó que éstas carecen de efectos jurídicos<sup>14</sup>. Esa tesis jurisprudencial ha sido reiterada en numerosos fallos por los jueces interamericanos, quienes han determinado que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>15</sup>.

12 La Corte IDH en el punto resolutivo 4 de la sentencia en cuestión ordenó: “(...) el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”. Caso La última Tentación de Cristo “Olmedo Bustos y otros” vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

13 Corte IDH. Caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de marzo del 2005. Serie C. No. 123.

14 En esa oportunidad la Corte de San José indicó: “(...) los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de auto amnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos”. Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41, 43 y 44.

15 Sobre las «leyes de amnistía, indulto o de punto final» existe una vasta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de la que se puede citar: Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75; Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154; Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162; Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, No. 219; Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221.

En la reciente sentencia *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH declaró que por sus efectos, la Ley de Caducidad se constituye en una ley de amnistía incompatible con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y por lo tanto, carente de efectos jurídicos<sup>16</sup>. Ello, a pesar de que la Ley de Caducidad fue aprobada en un régimen democrático y respaldada por la ciudadanía en un referéndum y un plebiscito que se llevaron a cabo respetando los procedimientos previstos en la Constitución. Para los jueces interamericanos:

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías.<sup>17</sup>

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte IDH ha determinado que una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional puede vulnerar la Convención Americana por aplicar una norma o realizar una interpretación contraria a esta. Al respecto, el Tribunal reitera que la jurisdicción internacional tiene carácter *subsidiario, coadyuvante y complementario*, en razón de lo cual no desempeña funciones de tribunal de “cuarta instancia”<sup>18</sup>. En este sentido, la Corte ha precisado que no es un tribunal de alzada o de apelación, para dirimir los desacuerdos entre las partes, sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales de derechos humanos. Es por ello

---

16 Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de Fondo y Reparaciones del 24 de febrero del 2011. Serie C. No. 221, párr. 237 a 246 y 312.

17 Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de Fondo, párr. 238 y 239.

18 La doctrina de la “cuarta instancia” ha sido desarrollada por la Corte IDH en diferentes sentencias dentro de las que se puede citar: Caso *Atala Riffo vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. No. 219, párr. 65. Caso *Nogueira de Carvalho y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C No. 161, párr. 80 y Caso *Cabrera García y Montiel Flores*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220 párr. 16.

que ha sostenido que, en principio corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares”. Lo anterior, en virtud de que la jurisdicción interamericana tiene como principal función determinar la compatibilidad de las actuaciones realizadas incluidas las de sus órganos judiciales con la Convención Americana<sup>19</sup>.

En el caso *Mauricio Herrera vs. Costa Rica*, los jueces interamericanos determinaron que la sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que resolvió el recurso de casación interpuesto por la víctima, vulneró los artículos 8.2 inciso h) de la Convención Americana en virtud de que no se realizó un “examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior”<sup>20</sup>. En la sentencia *Atala Riffo vs. Chile*, la Corte determinó que las sentencias judiciales habían hecho referencia a que conceder la custodia de la madre «por su orientación sexual», podía poner en peligro el interés del menor, motivo por el cual sin que existiera un estudio técnico concedieron la custodia de las tres menores a su padre, lo cual fue considerado violatorio del principio de igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 19 de la Convención Americana<sup>21</sup>.

Las sentencias de Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales no escapan a ese control concentrado de convencionalidad. En el reciente caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte IDH analizó el contenido de la sentencia número 2306 del 15 marzo del 2000, por medio de la cual la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica declaró inconstitucional el decreto legislativo No. 24029-S que permitía la técnica de la fecundación *in vitro*, determinando en lo que interesa que:

(...) el alcance del derecho a la vida privada y familiar ostenta una estrecha relación con la autonomía personal y los derechos reproductivos. La sentencia de la Sala Constitucional tuvo el efecto de interferir en el ejercicio de estos derechos de las presuntas víctimas, toda vez que las parejas tuvieron que modificar su curso de acción respecto a la decisión

19 Corte IDH. Caso Niños de la Calle “Villagrán Morales y otros” vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C. No. 63, párr. 222.

20 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C. No. 107, párr. 167.

21 Corte IDH. Caso Atala Riffo vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. No. 219.

de intentar tener hijos por medio de la FIV. En efecto, la Corte considera que una de las injerencias directas en la vida privada se relaciona con el hecho de que la decisión de la Sala Constitucional impidió que fueran las parejas quienes decidieran sobre si deseaban o no someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos. La injerencia se hace más evidente si se tiene en cuenta que la FIV es, en la mayoría de los casos, la técnica a la que recurren las personas o parejas después de haber intentado otros tratamientos para enfrentar la infertilidad (por ejemplo, el señor Vega y la señora Arroyo se realizaron 21 inseminaciones artificiales) o, en otras circunstancias, es la única opción con la que cuenta la persona para poder tener hijos biológicos, como en el caso del señor Mejías Carballo y la señora Calderón Porras<sup>22</sup>.

En virtud de lo anterior, el Tribunal interamericano determinó que la interpretación contenida en la sentencia constitucional vulneraba el derecho a la vida privada y familiar reconocido en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la Convención Americana<sup>23</sup>.

Lo anteriormente expuesto evidencia como la Corte IDH en 35 años de jurisprudencia contenciosa ha llevado a cabo un control de convencionalidad que se asemeja en gran medida al control concentrado de constitucionalidad que efectúan las Cortes o Tribunales Constitucionales. En ese sentido, en un voto concurrente el *ex* juez interamericano García Ramírez indicó:

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos

---

22 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C. No. 257, párr. 277.

23 Un comentario a esa sentencia se puede ver en: MIRANDA BONILLA Haideer. *La Corte Interamericana dei diritti umani condanna il Costa Rica per il divieto di fecondazione in vitro*. En *Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo*. Ed. Giappicheli, No. 2, 2013, Milano, Italia.

procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía<sup>24</sup>.

Esta similitud se presenta además por el hecho de que ambas jurisdicciones les corresponde dar actuación a verdaderos catálogos de derechos «*bill of rights*» como la Constitución y la Convención Americana respectivamente, instrumentos que contienen principios y valores que requieren ser interpretados. Por ello, se considera que la interpretación constitucional presenta una especificidad particular respecto a la interpretación de otro documento jurídico como una ley ordinaria o un reglamento<sup>25</sup>. Tal especificidad aplica también para la interpretación que llevan a cabo los jueces interamericanos del texto de la Convención Americana<sup>26</sup>, aunque los criterios de interpretación de ambas jurisdicciones no necesariamente son los mismos<sup>27</sup>.

Por otra parte, la Corte IDH desempeña un control de convencionalidad «preventivo y abstracto», cuando en ejercicio de su competencia consultiva reconocida en el artículo 64 de la Convención Americana, un Estado le solicita su opinión sobre un proyecto de ley o incluso de reforma constitucional. Por ejemplo, en la opinión consultiva OC/484 “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada con la naturalización”, la Corte de San José se pronunció sobre la incompatibilidad de un proyecto de reforma constitucional

24 Corte IDH. Voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez en el caso Tibí vs. Ecuador, sentencia del 7 de septiembre del 2004, párr. 3.

25 GUASTINI Ricardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Ed. Giuffrè, Milano, 1994, p. 270. El autor considera que la interpretación constitucional no presenta ninguna especificidad respecto de la interpretación de cualquier otro documento jurídico. En sentido contrario a esa tesis se puede citar en la doctrina constitucional italiana a AZZARITTI Gaetano (coord.) *Interpretazione Costituzionale*. Ed. Giappichelli, Torino, 2007, p. 17 ss.

26 FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional. Dimensión transnacional del Derecho Procesal Constitucional*, p. 209. En VALADÉZ Diego y GUTIÉRREZ RIVAS Rodrigo (coord.). *Derechos Humanos*. Memoria del IV Congreso Nacional de Derechos Constitucional III. UNAM, México, 2001.

27 Las *pautas interpretativas* que deben de respetar los jueces de la Corte IDH se encuentran establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual dispone: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

con la Convención Americana, en particular que “sí constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el artículo 14.4 del proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges.”<sup>28</sup> Tal observación fue tomada en cuenta por la Asamblea Legislativa de Costa Rica en el texto de la Reforma Constitucional número 7065 que aprobó el 21 de mayo de 1987. Este instrumento es de indudable valor pues los Estados tienen la posibilidad de consultar a la Corte IDH sobre la compatibilidad de un proyecto de ley o de reforma constitucional con la Convención Americana de previo a su aprobación.

Una ulterior precisión encuentra relación con el hecho de que la jurisprudencia interamericana siempre ha resaltado y valorizado que los principales garantes de la tutela de los derechos reconocidos en la Convención Americana, son los Estados. Lo anterior evidencia el carácter subsidiario y complementario de la jurisdicción de la Corte de San José, principios que tienen una estrecha relación con el mecanismo convencional “el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad<sup>29</sup>”. Ello conlleva a que el control de convencionalidad en sede internacional se realiza de forma *supletoria*, únicamente en aquellos supuestos en los cuáles las autoridades nacionales o los jueces nacionales no han hecho lo que les corresponde, pues solo así tiene sentido considerar la jurisdicción interamericana. Esa tesis ha sido reafirmada por la Corte de San José en recientes fallos.

## 2 El control de convencionalidad en sede nacional

En la sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile* del 5 de agosto del 2006, la totalidad de jueces de la Corte IDH reconocieron formalmente por primera vez,

---

28 Corte IDH. Opinión Consultiva OC- 4/84 del 19 de enero de 1984, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada con la naturalización”. Serie A, No. 4.

29 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 72 y *Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 30 de noviembre del 2012. Serie C. No. 259, párr. 144.

la doctrina del control de convencionalidad al establecer:

La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno” Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.<sup>30</sup>

---

30 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

Esta sentencia se inscribe en la línea jurisprudencial de la Corte IDH de considerar las leyes de amnistía incompatibles con la Convención Americana y por lo tanto privas de efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico interno<sup>31</sup>. En la sentencia *Almonacid Arellano* se declaró que el decreto de ley, el cual perdonaba crímenes de lesa humanidad, en el período de 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, era incompatible con la Convención Americana.

En la formalización de esa doctrina, la Corte IDH recurre al método comparado al que tal y como ella misma afirma «paulatinamente ha ido reconociendo cada vez más importancia en sus decisiones»<sup>32</sup>, pues analiza como la jurisprudencia de diferentes Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas han venido desde años atrás implementando un control de convencionalidad. En la sentencia *Cabrera García y Montiel Flores*, los jueces interamericanos señalaron:

Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que: debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que:

---

31 Sobre las leyes de amnistía existe una vasta jurisprudencia de la Corte IDH dentro de la que se puede citar: *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, No. 219; *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221.

32 Alguno ejemplos de la utilización del derecho comparado por parte de la Corte de San José se pueden ver en las sentencias *Heliodoro Portugal vs. Panamá* y *Tiu Tojin vs. Guatemala* tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en la sentencia *Atala Rizzo y Niñas Vs. Chile* utilizó pronunciamientos de Tribunales Constitucionales y de su homóloga la Corte Europea de Derechos Humanos para reconocer la orientación sexual como una categoría protegida por la Convención Americana.

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que:

en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.

De otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que:

La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se

realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

Dicho Tribunal también ha establecido que:

se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrear las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana “resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual dicha Corte ha establecido que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”. Igualmente, dicha Corte Suprema estableció “que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” ya que se “trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”

Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”<sup>33</sup>.

---

33 Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 1

Lo anterior demuestra cómo diversas Cortes o Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas de la región, desde tiempo atrás, han venido integrando al control de constitucionalidad de la normativa interna el control de convencionalidad, al conceder un valor privilegiado en la jerarquía de las fuentes o en su interpretación a la Convención Americana o utilizar en sus sentencias la jurisprudencia de la Corte IDH, claro ejemplo del proceso de «constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos»<sup>34</sup>. Por su parte, la incorporación del control de convencionalidad por parte de la Corte de San José, se convierte en un ejemplo del fenómeno inverso, es decir, del proceso de «internacionalización del derecho constitucional», particularmente al trasladar instrumentos procesales que en el ámbito interno sirven para garantizar la actuación directa de la Constitución a nivel interamericano. Ello presupone una «viva interacción»<sup>35</sup> entre jurisdicciones que podría constituirse en un elemento de significativo valor para corroborar la existencia de un «diálogo judicial o entre cortes» en la tutela multinivel de los derechos fundamentales en América Latina<sup>36</sup>.

Por otra parte, el contenido del control de convencionalidad ha sido paulatinamente perfeccionado en su jurisprudencia por la Corte IDH. En la sentencia *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, los jueces de la Corte de San José precisaron el alcance *ex officio* que debe tener el control de convencionalidad en sede nacional el cual debe llevarse a cabo “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”<sup>37</sup>. Esa tesis fue reiterada en las sentencias *Heliodoro Portugal vs. Panamá*<sup>38</sup> y *Radilla Pacheco vs. México*<sup>39</sup>. Posteriormente, en la sentencia *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* el Tribunal interamericano sustituyó las expresiones relativas al Poder Judicial «por todos los órganos del Estado»; en dicha oportunidad, indicó en lo que interesa:

34 Cfr. ALBANESE Susana. *La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional*. En ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2008.

35 Esa expresión ha sido utilizada por el actual Presidente de la Corte de San José, GARCÍA SAYÁN Diego. *Una viva interacción: Corte interamericana y Tribunales Internos*. En la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un Cuarto de siglo: 1979 – 2004. Ed. Corte IDH, 2005, pp. 323 – 384.

36 Cfr. MIRANDA BONILLA Haideer. *La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre Cortes en América Latina*, p. 565 ss. En Boris Barrios González y Luris Barrios Chavés (coords) *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ed. Boris & Barrios, 2014, Panamá.

37 Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C. No. 158.

38 Corte IDH. Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C. No. 186.

39 Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 23 de noviembre del 2009. Serie C. No. 209.

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>40</sup>.

### 3 Fundamento jurídico del control

En el texto de la Convención Americana, el Estatuto y el Reglamento de la Corte IDH si bien no encontramos una referencia expresa al término “control de convencionalidad”, ello es una competencia inherente que deriva de lo dispuesto en los artículos 1.1, 2, 62.3, 63.1, 67 y 68.1 de la Convención Americana, así como los numerales 31, 32, 42, 65 y 67 del Reglamento de la Corte IDH vigente y los artículos 1 y del Estatuto de la Corte IDH.

Al respecto, el artículo 1 de la Convención Americana dispone: “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Por su parte, el artículo 2 de la Convención determina que “los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a

---

40 Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores, op. cit. párr. 225.

las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Tales disposiciones son el fundamento principal del control de convencionalidad que se debe llevar a cabo en sede nacional, en particular modo, en aquellos Estados que han suscrito la Convención Americana y han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. En particular, el deber de adoptar disposiciones de derecho interno o principio de adecuación normativa, reconocido en el artículo 2 convencional, ha sido interpretado por la Corte IDH en el sentido que:

En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).

La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos<sup>41</sup>.

---

41 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, op cit. párr. 124.

Así, la observación a lo dispuesto en el artículo 2 del Pacto de San José trasciende meramente el ámbito legislativo, pueden y deben las autoridades administrativas y especialmente los jueces nacionales en todos los niveles, realizar interpretaciones que no limiten el estándar interpretativo establecido por la Corte IDH, precisamente para lograr la efectividad mínima de la Convención Americana cuyo compromiso los Estados se comprometieron a aplicar.<sup>42</sup> Ello en modo alguno impide que las autoridades nacionales brinden un mayor ámbito de tutela a los derechos fundamentales.

El fundamento del control de convencionalidad se encuentra en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los cuales disponen que según el derecho internacional, las obligaciones que este impone, deben ser cumplidas de buena fe y no pueden invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Al respecto, la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC/14 indicó que:

Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, párr. 47]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>43</sup>.

Los principios de derecho internacional relativos a la buena fe y el efecto útil que a su vez involucra el principio *pacta sunt servanda*, constituyen los principales fundamentos, para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados, quienes de forma voluntaria, limitaron parte de su soberanía para

---

42 Corte IDH. Voto razonado del juez Ferrer Mac Gregor. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de marzo de 2013 en el caso Gelman vs. Uruguay, párr. 50.

43 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A, No. 14, párr. 35

formar parte de una sistema internacional de protección. Ese fundamento se ve reforzado en el ámbito nacional en aquellos ordenamientos que le conceden un valor supraconstitucional y constitucional a la Convención Americana y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como acontece por ejemplo en Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Perú y República Dominicana y recientemente, en México<sup>44</sup>.

### 3.1 El parámetro del control

El parámetro del control de convencionalidad está conformado por la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), los diferentes protocolos adicionales a esta, en particular, el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” y el Protocolo para la Abolición de la Pena de Muerte, así como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belén do Para” y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad”. Además lo integran los criterios interpretativos que ha establecido la Corte IDH en su jurisprudencia, como ha sido ampliamente reiterado.

El parámetro del control difuso de convencionalidad puede ser válidamente ampliado en sede nacional, cuando se otorgue una mayor protección al derecho fundamental. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual ha sido interpretado por la jurisdicción interamericana en el sentido de que “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma

44 Sobre el tema se puede consultar, AYALA CORAO Carlos. *La jerarquía de los tratados de derechos humanos*. En AAVV. *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, p. 137 – 154. FIX ZAMUDIO Héctor. *La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos fundamentales*, p. 583 – 672. En BOGDANDY Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, MORALES ANTONIAZZI Mariela. *La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*. Tomo I, II. UNAM, México, 2011.

más favorable a la persona humana”<sup>45</sup>. Ello reconoce los principios «pro homine» y «pro persona» que deben siempre informar la interpretación que llevan a cabo el juez nacional como el interamericano. En este sentido, para Ferrer Mac-Gregor la circunstancia de no aplicar el “estándar mínimo” creado por la Corte IDH por considerar aplicable otra disposición o criterio más favorable (sea fuente nacional o internacional) implica, en el fondo, aplicar el estándar interamericano<sup>46</sup>.

#### 4 Características del control: carácter difuso

El control de convencionalidad reconocido formalmente a partir de la sentencia Almonacid Arellano tiene como una de sus principales características su carácter «difuso»<sup>47</sup>, en virtud del cual lo deben ejercer todas los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. Lo anterior, incluye a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia de los veinticuatro países que han ratificado la Convención Americana y de los 21 países que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.<sup>48</sup> En la reciente sentencia Gelman vs. Uruguay la Corte IDH extendió el ámbito de aplicación del control a «cualquier autoridad pública».

En el ámbito interno, este tipo de control tiene diferentes grados de intensidad y realización, pues la Corte IDH ha reconocido que él mismo se llevará a cabo en “el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones

45 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de Noviembre de 1985 La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por el gobierno de Costa Rica. Serie A No. 5 párr. 52. En la doctrina sobre el tema se puede citar PINTO Mónica. *El Principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. En ABREGÚ Martín y COURTIS Christian (coord.). La aplicación de los tratados de derechos humanos y por los tribunales locales. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1997.

46 FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad*. El nuevo paradigma del juez mexicano, op. cit. p. 108.

47 Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera y Montiel Flores vs. México de 26 de noviembre de 2010. ID. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. En FIX ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS Diego (coord.), *Formación y Perspectivas del Estado en México*. Ed. UNAM – El Colegio Nacional, México, 2010, pp. 155 – 188.

48 JINESTA LOBO Ernesto. *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, p. 269 – 288. En FERRER MAC – GREGOR Eduardo (coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Ed. Fundap, México, 2012.

procesales correspondientes”. Ello conlleva el reconocimiento de un margen de apreciación nacional en su implementación, pues de modo alguno la jurisdicción interamericana pretende imponer que ese control sea ejercido de igual forma, en todos los ordenamientos. Las autoridades nacionales tienen amplia discrecionalidad para determinar la forma como se implementará. En modo alguno, impone en aquellos ordenamientos, en donde existe un control concentrado de constitucionalidad a cargo de una Corte o Tribunal constitucional un «control difuso». En la *praxis* existen ordenamientos nacionales que optaron por un control difuso como México que faculta a todos los jueces nacionales a llevar a cabo ese control y ordenamientos, en donde ese control es concentrado como en Costa Rica. Lo anterior ha sido determinado en vía jurisprudencial por lo órganos encargados de llevar a cabo el control de constitucionalidad.

En particular, la Suprema Corte de la Nación de México autorizó no solo el control de convencionalidad *ex officio*, sino de forma autónoma y discrecional realizó una nueva interpretación del artículo 133 de la Constitución a la luz de lo dispuesto en el artículo 1, el cual fue reformado recientemente –el 10 de junio de 2011-, para aceptar el control difuso de constitucionalidad, lo que originó un nuevo sistema de control de constitucionalidad<sup>49</sup>. Con ello, la intensidad del control de convencionalidad aumentó, pues todos los jueces se encuentran facultados para llevarlo a cabo. No obstante, ese proceder no necesariamente debe ser implementado de forma idéntica por los demás ordenamientos.

En los ordenamientos donde existe un «modelo concentrado de constitucionalidad», el control de convencionalidad en última instancia le corresponde ejercerlo a la Corte, Sala o Tribunal Constitucional. En tal sentido, los jueces nacionales tienen el deber de dar actuación a la Convención Americana y a la jurisprudencia interamericana, pudiendo incluso, llevar a cabo una interpretación convencionalmente conforme de la normativa interna<sup>50</sup>. En aquellos ordenamientos en donde el juez nacional no se encuentra facultado para llevar a cabo un control difuso de constitucionalidad, se encuentra en la obligación de presentar una consulta judicial. Por su parte, en aquellos

49 GARCÍA MORELOS Gumesindo. Suprema Corte de Justicia de la Nación. El control de convencionalidad *ex officio*. Origen en el ámbito regional americano, obligatoriedad para los Jueces Mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación. Cuadernos de Jurisprudencia Número 8, octubre 2012, México.

50 Cfr. En MIRANDA BONILLA Haideer. *La interpretación conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos*. En la Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos, número 3, 2015. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

ordenamientos en donde existe un control difuso como en Argentina y México, los jueces se encuentran autorizados a desaplicar la normativa interna por ser inconvencional, aunque los efectos jurídicos tendrán un valor *inter partes*, es decir, solo en el caso en concreto. Con independencia del modelo de control que se implemente a nivel interno, son los altos órganos jurisdiccionales (Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales), como intérpretes de cierre en los ordenamientos jurídicos internos, los que mantendrán un mayor grado de intensidad en el ejercicio del control de convencionalidad a través de su ejercicio o de su revisión en un caso en concreto<sup>51</sup>.

#### 4.1 El carácter *ex officio* y el deber de todas las jurisdicciones nacionales de realizarlo dentro del marco de sus respectivas competencias

En la sentencia Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú del 24 de noviembre del 2006, la Corte de San José precisó el alcance *ex officio* que debe tener el control de convencionalidad.

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad”<sup>52</sup> *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones<sup>53</sup>.

---

51 FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 990.

52 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, op. cit. párr. 124.

53 Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, op. cit. párr. 128.

En la construcción jurisprudencial de tal instituto, la Corte IDH no solo ideó un sistema difuso, sino que este fuera ejercido de oficio por las autoridades, incluso sin que medie solicitud expresa de una de las partes en el proceso. Lo anterior implica que en cualquier circunstancia, los jueces deben realizar ese control, el cual se integra al control de constitucionalidad que existe en cada ordenamiento. Pudiera suceder, incluso, que en el ámbito interno procedan recursos o medios de defensa adecuados y eficaces para combatir la falta o inadecuado ejercicio del “control difuso de convencionalidad” por algún juez (como por ejemplo, a través de una apelación, recurso de casación o proceso de amparo), al no haberse realizado *ex officio* dicho control<sup>54</sup>.

El control de convencionalidad parte de una noción amplia de «autoridad jurisdiccional» que incorpora a todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. Lo anterior, incluye a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia – que se encuentren al interno o no del Poder Judicial- quiénes en última instancia, llevan a cabo el control de constitucionalidad de la normas a nivel interno. Ello convierte a estos últimos en «interlocutores privilegiados» con la Corte de San José, al incorporar y en muchos casos, ampliar en su jurisprudencia, los estándares mínimos interamericanos que posteriormente son aplicados por los jueces nacionales. Ese proceso se fortalece por el hecho de que cada vez con más frecuencia la jurisprudencia interamericana retoma decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención Americana en la resolución de un caso concreto<sup>55</sup>.

54 FERRER MAC-GREGOR Eduardo, *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad*, op. cit. p. 152.

55 Así, por ejemplo la Corte IDH en el caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, al desarrollar el derecho a no ser forzosamente desplazado, bajo los artículos 4, 5 y 22 de la Convención americana, la Corte se basó extensamente en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T/025-04. Cfr. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No.134, párr. 174 y ss. Véase asimismo casos Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 159, 164, 182, 186, 202 y 208, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, párrs. 163 a 169, o Caso Gelman vs Uruguay, párrs. 215 a 224.

## 4.2 Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH determinó un ulterior elemento de la obligación de llevar a cabo el control de convencionalidad el cual se encuentra relacionado con la «eficacia de sus sentencias», en particular, si esta ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no, indicando:

En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el *caso Gelman*. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente.

Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben

ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana<sup>56</sup>. (Lo subrayado no corresponde al original).

La Corte IDH amplía nuevamente el ámbito de vigencia del control de convencionalidad al indicar que lo deben de llevar a cabo “todas autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia”. Por otra parte, precisa que la eficacia vinculante que tienen sus sentencias dictadas en un proceso contencioso contra un Estado conlleva la obligación de cumplir con la totalidad de la misma y no sólo con la parte dispositiva -ratio decidendi-. Ese cabal cumplimiento involucra a todas las autoridades nacionales incluidos las autoridades jurisdiccionales quienes en modo alguno pueden imponer obstáculos a través de interpretaciones que tiendan a restringir o evadir lo ordenado por la Corte IDH. En relación a los demás Estados que han suscrito la competencia contenciosa la eficacia de las sentencias es indirecta y se relaciona con la vinculatoriedad del criterio interpretativo o de la cosa interpretada. Así, las sentencias de la jurisdicción interamericana tienen efectos «directos» o «indirectos» dependiente si el Estado fue parte o no dentro del proceso contencioso.

## 5 Algunas experiencias de control de convencionalidad

En el presente *apéndice*, se analiza cómo en la implementación del control de convencionalidad, algunos ordenamientos nacionales optaron por un control de convencionalidad difuso en sentido amplio como Argentina y México lo cual faculta a todos los jueces nacionales a llevar a cabo ese control y por el contrario ordenamientos, en donde ese control es tendencialmente concentrado,

---

<sup>56</sup> Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 68 y 69.

como en Costa Rica. Lo anterior fue determinado en vía jurisprudencial por lo órganos encargados de llevar a cabo el control de constitucionalidad en cada ordenamiento, en particular, por la Suprema Corte de la Nación de México y por la Sala Constitucional en Costa Rica. Las escogencia de ambas experiencias se debe a la actualidad del tema en ambos ordenamientos, en donde se han discutido ampliamente las facultades del juez ordinario en su aplicación y si puede desaplicar normas nacionales por ser esta contraria al parámetro de convencional, en términos similares a como se lleva a cabo en el marco de la relación entre el juez nacional y la Corte de Justicia de la Unión Europea<sup>57</sup>.

## 5.1 México

En los ordenamientos jurídicos de América Latina, el mayor impacto que ha tenido el control de convencionalidad «difuso» ha sido quizás en México. Entre las razones se encuentra una serie de sentencias condenatorias emitidas por la Corte IDH en los últimos años motivo<sup>58</sup> por el cual se llevó a cabo una importante reforma constitucional en materia de derechos humanos y de amparo vigentes desde el mes de junio de 2011<sup>59</sup>. En particular se reformó el artículo 1 de la Constitución, el cual actualmente dispone: “En los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo momento la protección más amplia a las personas. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias,

---

57 Sobre el mecanismo de la cuestión o reenvío prejudicial que lleva a cabo el juez nacional ante la Corte de Justicia de la Unión Europea (U.E.), se puede consultar, GIOVANETTI Tommaso. *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in Italia*, p. 4. En PASSAGLIA Paolo. Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Estudio realizado por la Corte Constitucional Italiana.

58 Entre las sentencias condenatorias emitidas por la Corte IDH en contra de ese Estado se destacan Castañeda Gutman (2008), González y otras (Campo Algodonero) (2009), Radilla Pacheco (2009), Fernández Ortega y otros (2010), Caso Rosendo Cantú (2010) y Cabrera García, Montiel Flores (2010) que provocaron una serie de repercusiones en el ordenamiento jurídico.

59 La Reforma Constitucional del artículo 1 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once.

tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

Por otra parte, la reforma constitucional abarcó la materia de amparo concierne, fundamentalmente, al juicio de amparo, institución protectora de los derechos fundamentales por excelencia, el cual se ve robustecido al ampliarse la procedencia del amparo respecto de cualquier norma general y al preverse su procedencia por violaciones a los derechos humanos, plasmados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Por otra parte, a fin de dar cumplimiento a la sentencia Radilla Pacheco, la Suprema Corte de la Nación de México en el *expediente Varios 912/2010* del 14 de julio del 2011, analizó en diferentes resoluciones o tesis, aspectos como la obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la Corte IDH, la manera como debían ser interpretadas, la forma en que debe ser implementado el control de convencionalidad a nivel interno y la importancia de la interpretación convencionalmente conforme.

En primer lugar, determinó que para el Poder Judicial, son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio. Ello fue ampliado en la resolución 65/ 2011, en la que el Pleno de la Suprema Corte determinó:

El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y su proceso. Por tanto, la

Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella<sup>60</sup>.

El resto de la jurisprudencia de la Corte IDH que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de «criterio orientador» de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que favorezca más a la persona, de conformidad con el artículo 1º de la Constitucional. Esa tesis fue desarrollada por el pleno en la resolución 66/2011, en la que se indicó:

Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos<sup>61</sup>.

En segundo término, la Suprema Corte de la Nación se pronunció sobre la forma como debe ser implementado a nivel interno el control de convencionalidad. Al respecto con anterioridad a la Reforma Constitucional del artículo 1, la Suprema

---

60 Suprema Corte de Justicia de México. Resolución del veintiocho de noviembre del dos mil once, tesis del Pleno LXV/2011.

61 Suprema Corte de Justicia de México. Resolución del veintiocho de noviembre del dos mil once, tesis del Pleno LXVI/2011.

Corte de la Nación había emitido reiteradamente una serie de pronunciamientos en los que establecía que el control de constitucionalidad es concretado pues es una atribución que le es exclusiva<sup>62</sup>. En la tesis P LXX/2011, la Suprema Corte pasó de un modelo de control concentrado de constitucionalidad, a un modelo de tipo sistema difuso al determinar:

Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de *control de convencionalidad ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad<sup>63</sup>.

Con ello, la Suprema Corte de la Nación de México autorizó no solo el control de convencionalidad *ex officio*, sino de forma autónoma y discrecional realizó una nueva interpretación del artículo 133 de la Constitución a la luz de lo dispuesto en el artículo 1, el cual fue recientemente reformado, para aceptar el control difuso de constitucionalidad, lo que originó un nuevo sistema de control de constitucionalidad. Con ello la intensidad del control de convencionalidad aumentó, pues todos los jueces se encuentran facultados para llevarlo a cabo.

62 Tesis PJ/ 73/99.

63 Tesis del Pleno LXX/2011.

Ello conlleva a que el juez ordinario deba llevar un control de constitucionalidad y de convencionalidad pudiendo desaplicar normas que infrinjan la Constitución Federal o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, solo en el caso concreto, es decir, con efecto *inter partes*, pues no tiene la competencia para declarar la invalidez de la disposición. En este sentido, el mecanismo de la desaplicación al que se hace referencia, es similar al desarrollado e implementado en la relación entre el juez nacional y la Corte de Justicia de la Unión Europea, pues los jueces federales al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravenga la Constitución o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos con efectos *erga omnes*. Lo anterior, conlleva a que la norma interna es expulsada del ordenamiento jurídico por ser inconstitucional o inconvencional.

Por otra parte, la Suprema Corte estableció en los tesis LXIX/2011 los pasos que deben seguir los jueces a fin de llevar a cabo el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad. En particular determina que de previo a desaplicar una norma o declarar su invalidez, el juez debe tratar de realizar una interpretación conforme a constitucional y convencionalmente conforme de la norma interna. En tal sentido, la resolución en cuestión indicó:

La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y

en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte<sup>64</sup>.

Ello ha sido caracterizado por un sector de la doctrina como los grados de intensidad en el ejercicio del control de convencionalidad<sup>65</sup>. En particular modo se potencian los poderes interpretativos del juez, a fin de incorporar en su actividad, el parámetro no solo de la Constitución, sino la Convención Americana y los demás tratados instrumentos que ha suscrito en materia de derechos humanos, así como los estándares mínimos de protección desarrollados en su jurisprudencia por la Corte IDH.

Por último, en esa tendencia de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos la Suprema Corte de la Nacional en la tesis 293/2011 del 4 de septiembre del dos mil trece, determinó que los derechos humanos de fuente internacional, a partir de la reforma al artículo 1 de la Constitución tienen la misma eficacia normativa que los previstos en la Constitución, es decir, se les reconoce el mismo *rango constitucional*. De esta manera, se interpretó que la reforma en materia de derechos humanos, amplía el catálogo constitucional, pues permite armonizar a través del principio pro persona, las normas nacionales y las internacionales y garantiza así la protección más amplia a la persona. Con anterioridad la Suprema Corte había mantenido la tesis de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tenían un rango supra legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Federal.

---

64 Suprema Corte de Justicia de México. Resolución del veintiocho de noviembre del dos mil once, tesis del Pleno LXIX/2011.

65 FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad*, op. cit. p. 191.

## 5.2 Costa Rica

En el ordenamiento jurídico costarricense, el control de constitucionalidad de las normas tiene un carácter concentrado y es ejercido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Ese órgano especializado fue creado con la reforma que se llevó a cabo en el mes de mayo de 1989 de los artículos 10 y 48 de la Constitución. Posteriormente, se promulgó la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el cual se desarrollan los diferentes procesos constitucionales, sus competencias y funciones<sup>66</sup>. La Sala Constitucional tiene entre sus principales funciones, conocer en forma exclusiva, los recursos de amparo, hábeas corpus, ejercer el control de la constitucionalidad de las normas a través del conocimiento de acciones de inconstitucionalidad, consultas de constitucionalidad y consultas judiciales de constitucionalidad y resolver los conflictos de competencia entre los poderes del Estado.

En el presente apéndice, interesa estudiar el mecanismo de la consulta judicial de constitucionalidad, regulado en el 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el cual dispone: “Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional, cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento”. El juez cuando tiene motivos fundados de la constitucionalidad de una norma que debe aplicar en la resolución de un caso en concreto, debe en un primer momento, intentar una interpretación conforme con la Constitución y en caso de no ser posible, presentar la consulta judicial ante la Sala Constitucional.

El *parámetro* del control de constitucionalidad se encuentra establecido en el artículo 1 de la ley en cuestión, la cual determina: “La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”. Ese parámetro debe ser aplicado no solo por la jurisdicción constitucional, sino por los jueces ordinarios, así como por todas las autoridades estatales.

---

<sup>66</sup> Sobre el control de constitucionalidad de las normas en Costa Rica se puede consultar HERNÁNDEZ VALLE Rubén. *Derecho procesal constitucional*. Ed. Juricentro, San José, 2011.

En particular modo, desde sus inicios, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha reconocido que los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la norma fundamental<sup>67</sup>. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido un carácter obligatorio a las opiniones consultivas y sentencias de la Corte IDH con independencia de que el país haya sido parte o no en el proceso, lo anterior con fundamento en una interpretación extensiva o pro homine.

En ese sentido, en la sentencia n. 2313/95 determinó “si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esa normativa, ya sea en un caso contencioso o en un mera opinión consultiva, tendrán en principio el mismo valor de la norma interpretada”<sup>68</sup>. Por otra parte, en la sentencia n. 9685/2000 se refirió al contenido del concepto instrumentos internacionales de derechos humanos del artículo 7 de la Constitución determinando: “En este sentido hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional, sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país”.

Ello demuestra en primer, lugar como la jurisprudencia constitucional le ha otorgado un valor *supraconstitucional* a los tratados internacionales de derechos humanos, en la medida en que brinde un mayor ámbito de protección al que ofrece la Constitución<sup>69</sup>. En segundo plano, el valor privilegiado que le ha reconocido a la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte IDH y en tercer lugar, al modo como desde sus primeros años ha venido ejerciendo un control de convencionalidad al declarar en diferentes oportunidades, la

67 Sala Constitucional. Sentencias número 3435-1992 y 2313-1995.

68 Sala Constitucional. Sentencia número 9685-2000.

69 Cfr. ARMIJO SANCHEZ Gilbert. *La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica*. En Revista de la Universidad de Talca, Chile, 2003, p. 39 – 62.

inconstitucionalidad de una norma nacional por ser contraria al parámetro de convencionalidad o a los criterios interpretativos fijados por la Corte IIDH. Ello con fundamento en el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que integra al parámetro de constitucionalidad los tratados internacionales en derechos humanos.

### 5.2.1 El control de convencionalidad en recientes sentencias de la Sala Constitucional

Por otra parte, la Sala Constitucional quién desde sus primeros años de funciones llevó a cabo un control de convencionalidad como vimos anteriormente, recientemente ha hecho referencias en sus sentencias a las características que informan este control en sede nacional que ha formalizado la Corte IDH. Así, en la reciente sentencia n. 3441/13 determinó:

...El control de convencionalidad es una construcción pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo propósito fundamental es lograr la “supremacía convencional” en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales del denominado “parámetro de convencionalidad”, conformado por las declaraciones y convenciones en la materia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, las sentencias vertidas por esa Corte regional y sus opiniones consultivas. Constituye una revolución jurídica en cuanto le impone a los jueces y Tribunales nacionales, en especial, a los Constitucionales, la obligación de consolidar el “Estado convencional de Derecho”, anulando y expulsando del sistema jurídico nacional respectivo toda norma que confronte, irremediablemente, el “bloque de convencionalidad”. De esta doctrina, cabe resaltar dos cuestiones relevantes, que son las siguientes: a) El control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio, aunque las partes intervinientes no lo hayan instado o requerido y b) al ejercer el control de convencionalidad, los jueces y Tribunales Constitucionales, gozan del “margen de apreciación nacional”, sea como un todo que tiene plenitud hermética, para poder concluir si una norma nacional infringe o no el parámetro de convencionalidad; consecuentemente, no pueden hacerse análisis aislados como si el ordenamiento jurídico estuviere constituido por compartimentos estancos o segmentados. Cabe destacar que el margen de apreciación nacional es un concepto jurídico

indeterminado que permite la convergencia y armonización del derecho nacional y del interamericano, estableciendo un umbral de convergencia que permite superar la relatividad de las tradiciones jurídicas nacionales<sup>70</sup>.

En este sentido, resaltó una de las características principales del control de convencionalidad, como es el hecho que debe ser ejercido de oficio por las autoridades nacionales, así como la utilización de la doctrina del margen de apreciación nacional con que cuentan los jueces y las Cortes Constitucionales para determinar si una norma nacional es contraria al parámetro de convencionalidad. Asimismo, en la sentencia n. 6120/13 dispuso:

...se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, normas provenientes del Derecho Internacional Público, lo cual ha expandido el “marco normativo” no solo para las partes procesales, sino también para los operadores jurídicos...Esto nos lleva al tema del “control de convencionalidad”, el cual no resulta ajeno a nuestro sistema, pues de una u otra forma este Tribunal lo ha ido implementando en forma paulatina durante los últimos años, de manera que puede afirmarse con certeza que la jurisprudencia constitucional se encuentra fundada no sólo en el reconocimiento de los derechos constitucionales, sino en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, la línea jurisprudencial del Tribunal y la normativa internacional incorporada a nuestro ordenamiento o promulgada por el Congreso, ha elevado a pauta hermenéutica, el principio del interés superior del menor, el cual debe orientar toda la labor no solo de los tribunales nacionales, sino también de la Administración Pública y proyectarse sobre aquellas actividades de los sujetos privados que sean de interés público. En el caso de los tribunales nacionales, el control de convencionalidad les permite mantener “un diálogo” constante entre los sistemas nacionales de protección de derechos humanos y los sistemas internacionales. En el caso de la jurisdicción de familia, los jueces de la República, deben ejercer ese “control de convencionalidad” y aplicar las normas y principios contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, para que se pueda hacer efectivo el principio universal según el cual la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales y los niños deben recibir la protección y la asistencia necesarias para lograr un adecuado desarrollo de su personalidad, de manera que posteriormente

---

70 Sala Constitucional. Sentencia número 3441-2013.

puedan asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad, como individuos independientes, imbuidos del espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad<sup>71</sup>.

Además, en la reciente sentencia número 2015-15737 el Tribunal Constitucional precisó: “De conformidad con sus atribuciones exclusivas de control de convencionalidad, lo que implica que la desaplicación de normas por control de convencionalidad le corresponde únicamente al Tribunal Constitucional”.

Lo anterior evidencia cómo la Sala Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el deber del juez nacional de llevar a cabo un control de convencionalidad, lo cual conlleva en primer lugar la aplicación directa de la Convención Americana. Por otra parte, en aquellos supuestos donde exista un conflicto entre la norma nacional y el parámetro de convencionalidad el juez nacional debe realizar una interpretación convencionalmente conforme<sup>72</sup>. Esta temática formalizada recientemente en la sentencia Radilla Pacheco por la Corte IDH pretende en vez de declarar la inconstitucionalidad de la normativa por inconvencional que las autoridades nacionales escojan entre las múltiples interpretaciones que le puedan dar a una norma, incluida la Constitución, aquella que respete la Convención Americana y los criterios interpretativos convencionales. Con ello, el Estado sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional y lo más importante, se prevendrían o remediarían en sede interna las violaciones a los derechos fundamentales. En aquellos supuestos donde el conflicto normativo no pueda ser solucionado vía interpretativa, el juez ordinario tiene la posibilidad de plantear una consulta judicial ante la Sala Constitucional la cual se configura en la praxis como una “consulta judicial de convencionalidad”. En nuestro ordenamiento existe un debate en relación a si el juez ordinario en aplicación del control de convencionalidad puede desaplicar una norma nacional por ser inconvencional en la resolución de un caso en concreto, sin embargo, sobre el tema existen posiciones encontradas y no existe una posición pacífica en la doctrina<sup>73</sup>.

---

71 Sala Constitucional. Sentencia número 6120-2013.

72 La interpretación conforme a la Convención Americana se convierte en un instrumento que puede impulsar o favorecer la implementación con una mayor intensidad del control de convencionalidad, pues las autoridades nacionales tienen la obligación de escoger entre las múltiples interpretaciones, aquella que respete no solo el texto de la Convención Americana, sino los criterios interpretativos desarrollados en su jurisprudencia por la Corte IDH. En MIRANDA BONILLA Haideer. *La interpretación conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos*.

73 La tesis de que el juez ordinario puede desaplicar la norma nacional por inconvencional fue sostenida por profesor Allan Brewer Carrias en su exposición en el seminario sobre “El control de convencionalidad y su aplicación” organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 27-28 de septiembre de 2012, San José, Costa Rica.

## 6 Efectos del control

Los efectos del control de convencionalidad ejercido en sede nacional se diferencian si se ejerce en un modelo de control difuso o concentrado. En un primer momento el juez nacional –independientemente del modelo de control interno - cuando tenga serías dudas sobre la convencionalidad de una norma que debe aplicar en la resolución de un caso en concreto, tiene el deber de llevar a cabo una interpretación conforme a la Convención Americana. En el supuesto en que no se pueda llevar a cabo una interpretación convencionalmente conforme, los ordenamientos nacionales prevén diferentes consecuencias, tales como la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* de la norma por ser inconvencional o la desaplicación con efectos solo para el caso en concreto -inter partes-.

En un modelo de control difuso el juez nacional se encuentra autorizado a desaplicar la norma interna de forma motivada, con la finalidad de que si una de las partes no se encuentra de acuerdo con ello, pueda presentar los recursos correspondientes. La desaplicación de la norma interna tiene efectos únicamente en el caso en concreto motivo por el cual tiene únicamente “efectos inter partes”. Esto presenta el riesgo de que una misma norma pueda recibir en situaciones idénticas, diferentes interpretaciones por las autoridades judiciales, lo que conlleva a que la norma no siempre sea desaplicada, a pesar de que existen serios motivos para considerar su inconvencionalidad. En estos ordenamientos existen órganos supremos, como por ejemplo la Suprema Corte de la Nación en México y la Corte Suprema en Argentina, quienes en última instancia, les corresponde unificar los diferentes criterios jurisprudenciales «función unificadora o monofiláctica» y si es el caso declarar la inconstitucionalidad de una norma interna por ser inconvencional con efecto *erga omnes*.

En los ordenamientos con un modelo concentrado de constitucionalidad, los efectos del control son diferentes. Ante la imposibilidad de llevar a cabo una interpretación convencionalmente conforme, el juez nacional no podrá desaplicar la normativa interna, sino que deberá plantear una consulta judicial ante la Corte o Tribunal Constitucional. Así por ejemplo, en Costa Rica el juez nacional que tiene motivos fundados de la inconvencionalidad de la norma que debe de aplicar en la resolución de un caso, debe presentar una consulta judicial

de convencionalidad, en los términos anteriormente expuestos ante la Sala Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Por otra parte, los efectos del control difuso de convencionalidad tienen un mayor grado de complejidad, cuando la normativa nacional solo permite la declaración general de la norma para el futuro (efectos *ex nunc*) y no hacia el pasado (*ex tunc*), ya que la intencionalidad de la Corte IDH, en el momento en que crea la doctrina es que la norma inconvencional carezca de efectos jurídicos desde un inicio<sup>74</sup>. Ello se evidencia en los casos, en los cuáles declaró que las leyes de amnistía e indulto carecen de efectos jurídicos desde el momento mismo en que entraron en vigor en el ordenamiento.

## 7 El juez nacional como juez interamericano

En el siglo XXI, el rol del juez en un Estado Constitucional de Derecho ha dejado ser la «*bouche della loi*» para tener un papel protagónico en la protección de los derechos humanos<sup>75</sup>. Los jueces nacionales tienen la importante misión de salvaguardar no solo los derechos fundamentales previstos en la Constitución, sino también el conjunto de valores, principios y derechos reconocidos en los instrumentos internacionales que el Estado ha suscrito. En el Sistema IDH el juez nacional representa el primer garante de la aplicación de los derechos reconocidos en la Convención Americana<sup>76</sup>. Ello, en virtud del carácter subsidiario y complementario de la jurisdicción interamericana, a la cual se puede acudir una vez que de previo se han agotado los recursos internos, salvo determinadas excepciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Convención Americana.

---

74 FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad*, op. cit. p. 161.

75 Ese tema fue desarrollado en la conferencia “*La funzione interpretativa del Giudice costituzionale e del giudice comune*” impartida por el profesor Roberto Romboli, el lunes 21 de enero del 2013 en el ámbito de la II edición del Curso de Alta Formación en Justicia Constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia del 14 de enero al 1 de febrero del 2013. [www.corsoaltaformazioneepisa.it](http://www.corsoaltaformazioneepisa.it)

76 El Sistema Europeo de Derechos Humanos resalta el rol del juez nacional en la protección de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, tal y como lo señalan PERTICI Andrea y ROMBOLI Roberto en *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. En BARTOLI Sergio, CONFORTI Benedetto y RAIMONDI Guido (coord.). Ed. CEDAM, Padova, 2001, p. 377.

Es claro que en tres décadas de labores, la Corte IDH ha emitido una gran cantidad de sentencias, opiniones consultivas, resoluciones de medidas cautelares interpretación y de supervisión de sus propias resoluciones que han creado un abundante «corpus juris» motivo, por el cual su finalidad es que encuentre actuación a nivel nacional, tal y como ha sido llevado a cabo con mayor intensidad en ordenamientos como Argentina, Colombia, Costa Rica y Perú. Por ello, la Corte IDH en la formalización del control de convencionalidad, le ha reconocido un papel protagónico al juez en el circuito de la tutela jurisdiccional de los derechos, con independencia del modelo de control de constitucionalidad presente en cada ordenamiento.

Ello conlleva que el juez nacional deba realizar un control “tridimensional” de constitucionalidad, convencionalidad y comunitario sobre la normativa interna<sup>77</sup>. Esto último, en aquellos ordenamientos donde existe un ordenamiento *supranacional* de derecho comunitario, como por ejemplo el Sistema de Integración Centroamericana (SICA) o el MERCOSUR y la Comunidad Andina en Sudamérica. En particular, en la interacción entre la jurisdicción nacional y internacional surgen una serie de obligaciones para el juez nacional con independencia del grado, cuantía, materia de especialización o si pertenecen al Poder Judicial por efecto de ratificación de la Convención Americana y la aceptación de la jurisdicción contenciosa. La jurisdicción interamericana, a través de la figura del control de convencionalidad le ha impuesto al juez nacional, una serie de obligaciones: a) la realización de un control de convencionalidad *ex officio*; b) la interpretación del derecho nacional de conformidad con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH; c) la colaboración en la ejecución de las sentencias de la Corte IDH cuando ha sido condenado su Estado.

En el ámbito interno, este tipo de control tiene diferentes grados de intensidad y realización, pues la Corte IDH ha reconocido que él mismo se llevará a cabo en “el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Ello conlleva el reconocimiento de un margen de apreciación nacional en su implementación, pues de modo alguno, la jurisdicción

77 ULAKE CHACÓN Enrique. *Patrimonio Constitucional Centroamericano y tutela de los derechos fundamentales mediante un control “tridimensional” de constitucionalidad, comunitario y de convencionalidad (Estudio de Derecho Comparado)*. Tesis realizada para el obtención de la especialidad en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, 2012 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa. En curso de publicación.

interamericana pretende imponer que ese control sea ejercido de igual forma en todos los ordenamientos como se vio anteriormente.

Los jueces nacionales se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. La Corte IDH debe velar por ello y tener plena consciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, el “margen de apreciación nacional” que deben contar los Estados americanos para interpretar el corpus iuris interamericano<sup>78</sup>.

Para lograr una plena actuación de ese control a nivel nacional es fundamental la capacitación y formación de los jueces ordinarios y de los integrantes de la Administración de Justicia sobre la organización y funcionamiento de los órganos del Sistema IDH, de los derechos que tutela la Convención Americana y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad y en particular modo de la organización y estructura de la Corte IDH y los estándares mínimos de protección que ha desarrollado en su jurisprudencia. Como ejemplo de programas de capacitación se pueden mencionar los Cursos Interdisciplinarios sobre el Sistema Interamericana de Derechos Humanos que desde el año de 1988 realiza anualmente el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, así como los programas de capacitación sobre estándares interamericanos de protección que realiza para funcionarios de la Defensa Pública, Ministerio Públicos y organismos electorales en la región<sup>79</sup>. Asimismo, los congresos y seminarios que organiza la Corte IDH fuera de su sede cuando lleva a cabo las “sesiones itinerantes”. Es fundamental que los propios Estados lleven a cabo programas de capacitación para sus funcionarios involucrando en ello, a las Facultades de Derecho, a fin de que en sus programas de estudios, incorporen cursos sobre la materia. Lo anterior es fundamental para lograr mejores estándares de protección en la región.

En esta construcción jurisprudencial, se parte de una noción amplia de juez nacional donde las Cortes o Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas de la región tienen un rol preponderante, tal y como lo ha reafirmado la Corte IDH, al utilizar parámetros constitucionales y jurisprudencia de órgano de justicia constitucional de la región. En sentido, para el *ex* presidente del Tribunal

---

78 FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano*, op. cit. p. 185.

79 Las diferentes actividades de formación para funcionarios estatales que realiza el Instituto Interamericano de Derechos Humanos pueden ser consultados en su sitio web: <https://www.iidh.ed.cr/>

Constitucional *Andreas Vobkhule* los Tribunales Constitucionales deben actuar como “mediadores”, pues de algún modo son los obligados junto a los legisladores nacionales a imponer las doctrinas supranacionales sobre derechos humanos a las demás autoridades domesticas<sup>80</sup>. Esa función de mediadores o interlocutores conlleva resolver los conflictos jurisprudenciales que se presenten en la jurisdicción ordinaria con la interpretación de la Convención Americana y en la aplicación de los estándares convencionales de protección pues llevan a cabo una función unificadora o nomofiláctica que tienden a garantizar seguridad jurídica y la certeza del derecho.

## 8 El diálogo judicial en el espacio convencional interamericano

El «diálogo entre Cortes», «judicial dialogue» o «judicial conversation» viene utilizado cada vez que en una sentencia se encuentran referencias a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez y por lo tanto, externo, respecto del ordenamiento en que la sentencia debe explicar su eficacia<sup>81</sup>. Al respecto, es muy útil la distinción realizada entre «influencia» y «interacción». La primera es simplemente unidireccional, por su parte, la segunda implica una plausible reciprocidad que conlleva a una «cross fertilization». De aquí que solo si estamos en presencia de interacción, parece sensato recurrir al tema de diálogo<sup>82</sup>. Con base en ello, es indispensable la existencia como mínimo de dos actores que interactúen. Asimismo puede haber diálogo entre legisladores, es decir, entre diferentes Parlamentos<sup>83</sup>, así como

80 CANOSA USERA Raúl, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio, GARCÍA ROCA Javier, SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (coord.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 2012, p. 16.

81 Sobre el tema existe una basta literatura jurídica dentro de la que se puede citar: CARTABIA Marta. “*Taking dialogue seriously*” *The renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union*, in Jean Monnet working papers N. 2/2007. CASSESE Sabino. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Ed. Einaudi, Torino 2009. DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, Bologna. Ed. Il Mulino, Bologna, 2010. GARCÍA ROCA Javier, CANOSA USERA Raul, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio, SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (coord.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 2012. PERTICI Andrea NAVARRETTA Emanuela. *Il dialogo fra le Corti: principi e modelli di argomentazione*. Ed. Edizioni Plus, Università di Pisa, 2004. PIZZORUSO Alessandro. *La produzione normativa nei tempi della globalizzazione*. Ed. Giappichelli, Torino, 2008.

82 Esa distinción es propia del profesor Giuseppe De Vergottini y fue desarrollada en el seminario “*Diálogo entre Tribunales en Europa: una visión teórico práctica*” organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona los días 21 y 22 de marzo del dos mil trece. Lo anterior bajo la coordinación de la Dra. Argelia Queral (Directora) y el Dr. Migue Pérez Moneo (Coordinador).

83 SCAFFARDI Lucia. *Parlamenti in dialogo. Luso della comparazione nella funzione legislativa*. Ed. Jovene, Napoli, 2011.

entre la doctrina como lo reflejan recientes estudios<sup>84</sup>, sin embargo, el objeto de nuestro estudio se enfocará a la circulación del derecho a través de la actividad interpretativa de las Cortes.

En esta materia se debe distinguir entre el «diálogo horizontal» y el «diálogo vertical». El primero se desarrolla entre órganos de un mismo nivel o jerarquía, en particular entre Cortes o Tribunales Constitucionales o internacionales como por ejemplo, entre la Corte Europea de Derechos Humanos y su homóloga la Corte IDH y tiene un carácter cooperativo y discrecional<sup>85</sup>. El segundo fenómeno denominado diálogo vertical, es aquel que se lleva a cabo en la relación entre Cortes nacionales e internacionales o supranacionales, como por ejemplo, entre la Corte IDH y las Cortes o Tribunales Constitucionales, el cual es objeto de nuestro estudio. Además, existe un «diálogo directo» cuando ocurre que una iniciativa encuentra explícito reconocimiento en la respuesta de otro; lo que ocurre entre Tribunales estatales del mismo nivel. Un «diálogo indirecto» cuando un tribunal supranacional provoca la respuesta de distintos tribunales estatales. Un diálogo silencioso cuando se incorpora un criterio jurisprudencial de otra jurisdicción pero no se cita expresamente la sentencia extranjera<sup>86</sup>. Un simple «monólogo» en los casos en que los pronunciamientos de un tribunal estatal no susciten ocasión de respuesta por parte de los tribunales del mismo nivel<sup>87</sup>.

En espacio interamericano la interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos resulta ineludible, motivo por el cual se habla de una tutela *multinivel* en materia de derechos fundamentales que se fortalece con mecanismos como el control de convencionalidad, el cual como vimos tiene dos manifestaciones: una de carácter concentrado que ejerce la Corte IDH, y otra de carácter difuso que ejercen los jueces a nivel nacional. En

84 PEGORARO Lucio. *Trasplantes, injertos, diálogos, jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado*, p. 34 – 80. En FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (coords.) *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

85 FERRARI Giuseppe Franco, GAMBARO Antonio (a cura di). *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Ed. Scientifiche Italiana, Nápoles, 2006.

86 En ese sentido, en la relación entre el juez nacional y la Corte de Justicia se ha desarrollado un diálogo silencioso, pues en las sentencias no se citan expresamente los parámetros jurisprudenciales tal y como lo determina en su estudio, MARTINICO Giuseppe. *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Ed. Jovene, Napoli, 2009.

87 BURGORGUE LARSEN Laurence. *La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial*, p. 24 ss. En AA.VV. *Derecho Constitucional Europeo*. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2011.

este sentido se reconoce la existencia de un control de convencionalidad en sede internacional y otro en sede nacional.

El primero de ellos ha sido ejercido por la Corte de San José, desde que emitió su primer sentencia de fondo en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), momento a partir del cual ha tenido que determinar la compatibilidad o no con la Convención Americana de cualquier acto u omisión por parte de cualquier poder u órgano o agente del Estado incluso leyes nacionales y sentencias de tribunales nacionales. Por su parte, el control de convencionalidad en sede nacional fue formalizado en la sentencia Almonacid Arellano por la Corte IDH, en la que se dispuso que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

En la formalización de esta doctrina, los jueces interamericanos utilizaron como parámetro la jurisprudencia de Cortes, Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas que lo venían implementando con anterioridad. Por otra parte, se ha visto como esta doctrina ha sido implementada en el nivel interno, por los jueces nacionales incluidos los órganos de justicia constitucional lo que evidencia como es un instrumento que surgió y que tiende a favorecer un diálogo entre cortes de carácter vertical<sup>88</sup>.

La jurisdicción interamericana ostenta un carácter *coadyuvante, complementario, subsidiario*, motivo por el cual son los Estados quienes en primer lugar, tienen el deber de asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección. No es bueno que la protección internacional actúe como sustituto de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia<sup>89</sup>. Ello es lo que viene a potenciar el control de convencionalidad, cuyo contenido ha sido perfeccionado en su jurisprudencia por la Corte de San José. En la sentencia Trabajadores Cesados del Congreso (2006) precisó que el alcance *ex officio* que debe tener el control de convencionalidad en

88 MIRANDA BONILLA Haideer. *La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre las Cortes en América Latina*. op cit, p. 565 ss.

89 PEREZ TREMPES Pablo. *Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales*. En Anuario de la Facultad de Derecho, No. 10. Universidad de Extremadura, 1992, p. 81.

sede nacional, debe llevarse a cabo “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Así, se reconoce un margen de apreciación nacional en su implementación, pues de modo alguno, la jurisdicción interamericana pretende imponer que ese control sea ejercido de igual forma en todos los ordenamientos. Las autoridades nacionales tienen amplia discrecionalidad para determinar la forma como se implementará.

En la sentencia *Cabrera García vs. México* (2009), la Corte IDH sustituyó las expresiones relativas al Poder Judicial «por todos los órganos del Estado» y en la sentencia *Gelman vs. Uruguay* (2012) extendió el ámbito de aplicación del control a «todas autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas» con lo cual esa obligación la tienen todas las autoridades del Estado y no únicamente al juez nacional. Por otra parte, en la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay* (2013), los jueces de la Corte IDH determinaron un ulterior elemento de la obligación de llevar a cabo el control de convencionalidad, el cual se encuentra relacionado con la «eficacia de sus sentencias». En particular, si la sentencia ha sido dictada en un caso, en el cual el Estado ha sido parte, conlleva la obligación de cumplir con la totalidad de ella y no sólo con la parte dispositiva. En relación con los demás Estados que han suscrito la competencia contenciosa, la eficacia de las sentencias es indirecta y se relaciona con el carácter vinculante del criterio interpretativo.

Lo anterior evidencia que es una doctrina inconclusa que debe ser perfeccionada tomando en cuenta la realidad interamericana y la intensidad con que ha sido implementada en estos últimos años. Ello no debe darse en el marco de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un “diálogo jurisprudencial” entre ambos niveles de tribunales: interamericano e interno<sup>90</sup>.

En la formalización del control de convencionalidad, la Corte IDH ha reconocido un papel protagónico al juez nacional quien debe realizar en la mayoría de los ordenamientos, un control “tridimensional” de constitucionalidad, comunitario y de convencionalidad. En relación con éste último, la jurisdicción interamericana le

---

90 BAZÁN Víctor. *Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad*, p. 30. En FERRER MAC – GREGOR Eduardo (coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Ed. Fundap, México, 2012.

ha impuesto al juez interno una serie de obligaciones, en particular: a) la realización de un control de convencionalidad *ex officio*; b) la interpretación del derecho nacional de conformidad con la Convención americana y la jurisprudencia de la Corte IDH; c) la ejecución de las sentencias de la Corte de San José, cuando ha sido condenado su Estado. Los jueces nacionales se convierten en jueces interamericanos, son los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. Lo anterior demuestra el voto de confianza que se le ha otorgado a la jurisdicción nacional, a fin de que aplique el *corpus iuris* interamericano.

Las posibilidades de éxito del “control de convencionalidad” están cifradas en su grado de receptividad en el derecho interno, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados<sup>91</sup>. En este sentido, es fundamental la capacitación y formación de las autoridades nacionales, los jueces ordinarios y de los integrantes de la Administración de Justicia en temas relacionados con la organización y funcionamiento de los órganos del Sistema IDH, de los derechos que tutela la Convención Americana y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad y en particular modo de la organización y estructura de la Corte IDH, así como los estándares de protección que ha desarrollado en su jurisprudencia. Lo anterior, no obsta para que a nivel nacional, la Constitución o la jurisprudencia constitucional o de la jurisdicción ordinaria amplíen los estándares de protección.

## 9 La construcción de un “*ius commune interamericano*” en materia de derechos humanos

El respeto de los derechos humanos, el principio democrático y el Estado de Derecho son los ejes centrales de un derecho constitucional latinoamericano y pilares de un *ius constitutionale commune*<sup>92</sup>. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos existen una serie de valores comunes centrados en la dignidad de la persona humana que encuentran su reconocimiento en la Constitución de los

91 BAZÁN Víctor. *Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad*, p. 15.

92 BOGDANDY Armin Von. “*Ius constitutionale commune latinoamericano. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea*”, p. 39. En GONZÁLEZ PÉREZ Luis Raúl, VALADÉS Diego (coords). *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, México, 2013.

países miembros y en la Convención Americana. Esa interacción se ve favorecida con la cláusula de apertura a los instrumentos internacionales de protección prevista en algunos ordenamientos que ha permitido reconocer a la Convención Americana «normativa o jurisprudencialmente» un valor supraconstitucional o constitucional, integrando incluso el bloque de constitucionalidad. El presente estudio además evidencia como algunas Cortes o Tribunales Constitucionales de la región utilizan con bastante frecuencia la jurisprudencia de la Corte IDH y en sentido inverso, la Corte de San José se viene nutriendo en época reciente de jurisprudencia de órganos de justicia constitucional lo que evidencia el surgimiento de un diálogo jurisprudencial que esta en constante evolución y perfeccionamiento en la creación de estándares mínimos de protección.

El control de convencionalidad como instrumento de *judicial dialogue* se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en el Pacto de San José y para Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un «*ius commune latinoamericano*», tal y como lo ha caracterizado el constitucionalista FERRER MAC GREGOR –actual juez de la Corte Interamericana- conformado por estándares mínimos de protección de la persona humana que puedan ser ampliados indistintamente por las jurisdicciones constitucionales, convencionales o comunitarias en atención al principio *pro homine* o de la mayor tutela expansiva<sup>93</sup>.

Ese circuito jurisdiccional parte de una noción amplia de juez nacional donde las Cortes o Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas de la región tiene un rol preponderante, tal y como lo ha reafirmado la Corte IDH al utilizar parámetros constitucionales en su jurisprudencia. Los Tribunales Constitucionales deben de actuar como “mediadores”, pues de algún modo son los obligados junto a los legisladores nacionales a imponer las doctrinas supranacionales sobre derechos humanos a las demás autoridades domesticas<sup>94</sup>. Esa función de mediadores o interlocutores conlleva resolver los conflictos jurisprudenciales que se presenten en la interpretación de la Convención Americana y en la aplicación de los estándares de protección desarrollados jurisprudencialmente por la Corte de

---

93 BOGDANDY, Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo y MORALES ANTONIAZZI Mariela (coords). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia Un Ius Constitutionale Commune En América Latina?*, Tomos I y II. Ed. UNAM, México, 2010.

94 CANOSA USERA Raúl, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio, GARCÍA ROCA Javier, SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (coord.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Ed. Civitas, Madrid, 2012, p. 16.

San José por parte del juez ordinario en aquellos supuestos en donde existan criterios contradictorios con lo cuál llevan a cabo una función unificadora o nomofiláctica que tienden a garantizar seguridad jurídica y la certeza del derecho. Además esa función de mediadores se reafirma en aquellos casos en que atendiendo a los principios pro homine y libertatis brinda un mayor nivel de tutela que el reconocido a nivel interamericano.

La construcción de *ius commune* latinoamericano a través del diálogo jurisprudencial requiere que se garanticen valores fundamentales como la independencia e imparcialidad judicial, la separación de poderes y se asegure la existencia de un Estado Constitucional de Derecho tal y como exige la Carta Democrática Interamericana<sup>95</sup>. Al respecto, en su artículo 3 la Carta determina: “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”. Por su parte, el numeral 7 señala: “La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos”.

En este sentido, un sector de la doctrina identifica una serie de desafíos para la formación de un constitucionalismo regional radicado en la observancia de parámetros mínimos de protección, en particular: 1. Acentuar la responsabilidad del Poder Judicial en la implementación de parámetros mínimos de protección. 2. Afirmar la jerarquía privilegiada de los tratados de derechos humanos y el control de convencionalidad de las leyes. 3. Fortalecer la cultura de los derechos humanos. 4. Avanzar en el diálogo vertical y horizontal de jurisdicciones. 5. Establecer la interdependencia entre derechos humanos, democracia y Estado de Derecho<sup>96</sup>.

95 MORALES ANTONIAZZI Mariela. ¿La democracia como principios del *ius constitutionale* comune en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional, p. 200 – 239. En BOGDANDY Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, MORALES ANTONIAZZI Mariela. La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina. Tomo I, II. UNAM, México, 2011.

96 PIOVESAN Flavia. *Fuerza Integradora y catalizadora del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo regional*, p. 446 – 448. En BOGDANDY Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, MORALES ANTONIAZZI Mariela. La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina. Tomo I, II. UNAM, México, 2011.

## Bibliografía

AA.VV. *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Ed. IIDH, San José, Costa Rica, 1998.

ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2008.

AYALA CORAO Carlos. *La jerarquía de los tratados de derechos humanos*. En AAVV. *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, p. 137 – 154.

BAZÁN Victor y NASH Claudio. *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad*. Ed. Konrad Adenauer de Alemania 2012.

BOGDANDY, Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo y MORALES ANTONIAZZI Mariela (coords). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia Un Ius Constitucionale Commune En América Latina?*, Tomos I y II. Ed. UNAM, México, 2010.

CANÇADO TRINDADE Antônio. *El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948 – 2002)*. En AAVV. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Ed. Deusto, Bilbao, 2003.

CARBONELL Miguel. *Introducción general al control de convencionalidad*. Ed. Porrúa, México D.F, 2013.

CARTABIA Marta. “Taking dialogue seriously” *The renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union*, in Jean Monnet working papers N. 2/2007.

CASSESE Sabino. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Ed. Einaudi, Torino 2009.

DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Ed. Il Mulino, Bologna 2010.

FAUNDEZ LEDESMA Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*. San José, Costa Rica. IIDH, 3ra. Edición, 2005.

FERRARI Giuseppe Franco y GAMBARO Antonio (a cura di). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Ed. Scientifiche Italiana, Napoli, 2006.

FERRER MAC – GREGOR Eduardo (coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Ed. Fundap, México, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.) *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo. Jurisprudencial, Una Visión desde América Latina y Europa*. Ed. Porrúa, México, 2012.

FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (coords.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GARCÍA ROCA Javier, CANOSA USERA Raúl, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio y SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (coord.) *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Ed. Civitas, Madrid, 2012.

GONZÁLEZ ESPINOZA, Olger Ignacio. *Acerca del “control de convencionalidad” por parte de los operadores de Justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional*, p. 215 – 271. En Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, volumen 56, julio – diciembre de 2012, San José.

HITTERS Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, p. 109 – 128. En Estudios Constitucionales, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 7, número 2, 2009.

MIRANDA BONILLA Haideer. *La Corte Interamericana dei diritti umani condanna il Costa Rica per il divieto di fecondazione in vitro*. En Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo. Ed. Giappicheli, No. 2, 2013, Milano, Italia.

- *La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre Cortes en América Latina*, pp. 565 -588. En Boris Barrios González y Luris Barrios Chavés (coords) *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ed. Boris & Barrios, 2014, Panamá.
- *La interpretación conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos*. En la Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos, número 3, 2015. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las leyes y derecho humanos*. Ed. Porrúa, México, 2008.

SAGUES Néstor. *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. En Estudios Constitucionales, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 8, No. 2, 2009, pp. 117-135.

VENTURA ROBLES Manuel. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos*. En Estudios sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo II. Ed. Corte IDH e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica 2011, pp. 385 – 416.

## **Parecer Jurídico 167/2016-BC/PGBC**

Parecer que examina questões jurídicas relacionadas à proposta de ato normativo do Conselho Monetário Nacional, versando sobre a disciplina da abertura e do encerramento de contas de depósitos por meio eletrônico.

**Alexandre Forte Maia**

Procurador-Chefe

**Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira**

Subprocuradora-Geral

**Cristiano de Oliveira Lopes Cozer**

Procurador-Geral Adjunto

**Isaac Sidney Menezes Ferreira**

Procurador-Geral do Banco Central



Parecer Jurídico 167/2016-BC/PGBC  
S/PE

Brasília, 13 de abril de 2016.

*Ementa: Consultoria em regulação do sistema financeiro. Reunião da Diretoria Colegiada. Proposta de elaboração de ato normativo, a ser editado pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), para disciplinar a abertura e o encerramento de contas de depósitos por meio eletrônico. Art. 4º, inciso VIII, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Desafios relacionados à utilização de meios eletrônicos na abertura de contas de depósito. Risco operacional. Necessidade de estabelecimento de procedimento para mitigar e controlar fraudes internas e externas e práticas inadequadas relativas a clientes, produtos e serviços. Risco legal, associado à inadequação ou deficiência em contratos firmados pela instituição. Rotinas relacionadas à prevenção à lavagem de dinheiro e ao combate ao financiamento do terrorismo. Sugestão de alteração da minuta de voto, para esclarecer sobre a aplicação da nova regulamentação a não residente que pretenda abrir conta de depósito no País. Possibilidade jurídica da medida.*

Senhora Subprocuradora-Geral,

## ASSUNTO

Trata-se de proposta de elaboração de ato normativo, a ser editado pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), para disciplinar a abertura e o encerramento de contas de depósito por meio eletrônico. A proposta foi apresentada pelo Diretor de Regulação para deliberação pela Diretoria Colegiada na reunião que ocorrerá nesta data.

2. Segundo a minuta de ato normativo, as instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (BCB)

poderão realizar, por meio eletrônico, a abertura e o encerramento de contas de depósito para pessoas físicas, mediante adoção de cautelas para assegurar: (i) identificação do proponente e autenticidade das informações encaminhadas; (ii) proteção contra o acesso, o uso, a alteração, a reprodução e a destruição não autorizados das informações e documentos eletrônicos; (iii) adequada produção de cópia de segurança das informações e dos documentos eletrônicos; e (iv) rastreamento e auditoria dos procedimentos e das tecnologias empregados no processo.

3. De acordo com esclarecimentos prestados na minuta de voto, a medida tem o objetivo de adequar a regulamentação sobre contas de depósito à realidade social contemporânea, tendo em vista a crescente utilização de mecanismos eletrônicos nas relações civis e comerciais e a popularização dos *smartphones* e de outras tecnologias.

## APRECIÇÃO

4. A competência do CMN para regulamentar a abertura e o encerramento de contas de depósito decorre do disposto no art. 4º, inciso VIII, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964<sup>1</sup>. Aliás, com base nesse dispositivo, foi editada a Resolução nº 2.025, de 24 de novembro de 1993, que hoje consolida as normas relativas à abertura, manutenção e movimentação de contas de depósito (conta de depósito contratada com base nessa resolução será denominada conta corrente nas demais referências deste trabalho), e a Resolução nº 3.211, de 30 de junho de 2003, que disciplina a conta de depósito simplificada (conta simplificada, nas demais citações abaixo), que possui vantagens, como requisitos de identificação simplificados e ausência de tarifa de manutenção, e restrições, em contrapartida, como limite de saldo e vedação ao fornecimento de talão de cheque.

5. De acordo com a proposta em estudo, o procedimento de abertura e encerramento de contas pela internet deverá observar, além das regras previstas na própria minuta de ato normativo, as disposições da Resolução nº 2.025, de

---

1 “Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: [...] VIII - Regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas; [...]”

1993, caso se pretenda abrir conta corrente, com todos os direitos e obrigações comuns a essa espécie de relacionamento bancário, e da Resolução nº 3.211, de 2003, na hipótese de abertura de conta simplificada. A rigor, portanto, não se está propondo a criação de um novo tipo de conta de depósito, a coexistir ao lado das contas já previstas na regulamentação em vigor, mas apenas admitindo a utilização de meios eletrônicos para iniciar ou encerrar conta corrente ou conta simplificada. Aliás, a contratação e a rescisão por meio eletrônico será possível apenas nas modalidades de conta já referidas. Portanto, a forma eletrônica não poderá ser empregada, salvo expressa disposição em contrário, em outros modelos de conta de depósito, existentes, como a conta salário, disciplinada na Resolução nº 3.402, de 6 de setembro de 2006, ou que venham a existir.

6. É importante frisar que a nova regulamentação também poderá ser aplicada no caso de abertura de contas de depósito por pessoas físicas residentes e domiciliadas no exterior. Essa inferência decorre das considerações contidas no parágrafo 5, acima. Com efeito, se a proposta não institui, a rigor, nova modalidade de conta de depósito, mas apenas autoriza a contratação e a rescisão por meio eletrônico, uma pessoa não residente, que atualmente já pode abrir conta de depósito no País com base na Resolução nº 2.025, de 1993, observada a regulamentação cambial (v.g. Circular nº 3.691, de 16 de dezembro de 2013), poderá valer-se das novas regras. De todo modo, para evitar dúvida sobre essa possibilidade, após entendimentos com as áreas de norma e de regulação cambial, recomendou-se ao Departamento de Regulação do Sistema Financeiro (Denor) inserir esclarecimentos nesse sentido na minuta de voto.

7. Em virtude das peculiaridades do mundo virtual, a minuta de ato normativo traz algumas adaptações, como, por exemplo, a admissão do uso de assinatura digital, nos termos da legislação em vigor (v. Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001), no preenchimento da ficha proposta (a assinatura é uma exigência da regulamentação em vigor) e o emprego dessa assinatura para efeito do cumprimento do disposto no art. 11 da Resolução nº 2.025, de 1993, que exige da instituição financeira a manutenção de cartão com autógrafos atualizados do depositante.

8. De qualquer forma, a possibilidade do emprego de meios eletrônicos na abertura de contas de depósito não é novidade na regulamentação do sistema financeiro.

9. De fato, a Resolução nº 2.817, de 22 de fevereiro de 2001, prevê a abertura de contas de depósito por meio eletrônico para pessoas naturais e jurídicas já titulares de contas de depósitos à vista ou de poupança na própria instituição ou em outra instituição financeira, segundo os critérios estabelecidos na Resolução nº 2.025, de 1993. No entanto, essa conta tem fins específicos: recebimento de depósitos de recursos oriundos de contas de depósitos à vista ou de poupança de mesma titularidade e de créditos relativos à liquidação de investimentos realizados por conta e ordem dos titulares das contas de depósitos, efetuados pela própria instituição que as mantenham.

10. A Resolução nº 3.203, de 17 de junho de 2004, estabelece a possibilidade de abertura de contas de depósito à vista por meios eletrônicos para pessoas naturais brasileiras que se encontram temporariamente no exterior, observadas as disposições da Resolução nº 2.025, de 1993. Também nesse caso, a conta possui algumas limitações, como, por exemplo: (i) limite de movimentação, permitindo débitos para investimentos e para pagamento de planos de benefícios de previdência complementar ou de seguros de vida; e (ii) vedação ao fornecimento de folhas de cheques.

11. Registre-se que a Resolução nº 2.817, de 2001, e a Resolução nº 3.203, de 2004, coexistirão com a regulamentação que se pretende instituir. Não haverá revogação expressa nem tácita. Assim, ao lado da possibilidade de abertura por meio eletrônico de conta corrente ou de conta simplificada, permanecerá a autorização regulamentar para abertura, também por meio eletrônico, de contas com os objetivos específicos contidos nas citadas resoluções.

12. Apesar de não poder ser considerada inovação a utilização de meios eletrônicos para a abertura de contas de depósitos, a proposta em exame avança em relação aos modelos já regulamentados ao permitir a abertura de contas sem limitar (limitações pontuais podem existir caso se opte pela abertura de conta simplificada), de forma genérica e abstrata – ou seja, no próprio ato normativo, como no caso das Resoluções 2.817, de 2001, e 3.203, de 2004 –, o universo de operações que podem ser realizadas pelo depositante.

13. A utilização de meios eletrônicos na abertura e no encerramento de contas de depósito traz à tona alguns desafios, sob a perspectiva do risco operacional, que é definido pela regulamentação como a possibilidade de perdas resultantes de falha, deficiência ou inadequação de processos internos e sistemas

(v. Resolução nº 3.380, de 29 de junho de 2006). Entre os eventos de risco operacional, cumpre destacar, para os fins deste trabalho, porque relevantes em operações cursadas no ambiente virtual: (i) fraudes internas e externas; (ii) práticas inadequadas relativas a clientes, produtos e serviços; e (iii) risco legal, associado à inadequação ou deficiência em contratos firmados pela instituição, bem como a sanções em razão do descumprimento de dispositivos legais e a indenizações por danos a terceiros decorrentes das atividades desenvolvidas pelas instituições.

14. O emprego de instrumentos eletrônicos para realizar operações no sistema financeiro deve ter como contrapartida a adoção de salvaguardas com vistas a controlar de forma efetiva o risco operacional decorrente dessa específica forma de contratação. Os procedimentos e controles da instituição devem considerar as particularidades do fluxo de informações no ambiente virtual e, em consequência, ser estruturados de maneira a assegurar a adequada identificação do cliente, a segurança das informações produzidas, a confiabilidade dos serviços, a conformidade dos contratos e das rotinas com a legislação aplicável, inclusive a consumerista, e, em especial, a prevenção à lavagem de dinheiro e o combate ao financiamento do terrorismo.

15. O desafio de conformar o uso de novas tecnologias com o controle de riscos não é inédito para o regulador, visto que, conforme assentado acima, contratações no ambiente virtual, ainda que submetidas a propósitos específicos, estão previstas na regulamentação em vigor, desde 2001, pelo menos. Entretanto, não se pode ignorar que o desafio possui maior relevo na proposta aqui examinada em virtude de sua amplitude – em regra, na hipótese de abertura de conta corrente, o depositante poderá realizar qualquer tipo de operação compatível com seu perfil de crédito. É exatamente por isso que há diversos dispositivos na minuta de resolução que buscam mitigar e controlar os riscos inerentes ao ambiente virtual.

16. Sobre a importância da existência de mecanismos capazes de assegurar a adequada identificação dos depositantes, cumpre ressaltar que, de acordo com o art. 64 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, devem responder como coautores de crime de falsidade o gerente ou o administrador de instituição financeira que concorrer para que seja aberta conta com nome falso ou de pessoa física inexistente, entre outras hipóteses. Tendo isso em vista, a minuta de ato normativo (v. art.

3º) impõe às instituições financeiras o dever de adotar procedimentos e controles que permitam confirmar e garantir a identidade do proponente e, em paralelo, assegurar a autenticidade das informações dele exigidas.

17. O risco legal também é preocupação do art. 3º da minuta de resolução, segundo o qual as instituições não poderão descuidar do estabelecimento de procedimentos relativos à prevenção à lavagem de dinheiro e ao combate ao financiamento do terrorismo. Naturalmente, esses procedimentos deverão levar em conta as peculiaridades e os desafios da plataforma virtual de negócios, que, por natureza, é complexa e sensível aos influxos das constantes inovações tecnológicas. Se por um lado as novas tecnologias podem facilitar e dinamizar as relações bancárias, por outro, podem abrir espaço para a utilização de mecanismos inventivos com a finalidade de perpetrar crimes e outros tipos de ilícitos no âmbito do sistema financeiro, e isso não pode ser olvidado pelos controles das instituições financeiras.

18. Ainda com enfoque no controle de riscos, os arts. 5º e 6º da minuta de resolução estabelecem diversas medidas com o objetivo de garantir a segurança tanto do processo de contratação por meio eletrônico quanto da gestão das informações produzidas nesse processo. Prevê-se, inclusive, a incidência de regras da Resolução nº 4.474, de 31 de março de 2016, que dispõe sobre a digitalização e o armazenamento de documentos produzidos no âmbito do sistema financeiro. Os riscos envolvidos no procedimento de digitalização e as medidas que devem ser adotadas para mitigar esses riscos foram objeto do Parecer Jurídico 72/2016-BCB/PGBC, de 17 de fevereiro de 2016<sup>2</sup>. Em reforço, são estabelecidas regras de *compliance* no art. 7º, exigindo-se a submissão dos procedimentos de abertura e de encerramento de contas por meio eletrônico a testes periódicos de auditoria.

19. Percebe-se, pois, que preocupações com o risco operacional constituem o principal motivo para a existência de diversos dispositivos da minuta de resolução. Note-se, entretanto, que não há detalhes nem critérios mínimos para a estruturação dos procedimentos e controle previstos; caberá, portanto, às entidades supervisionadas estabelecê-los, ficando o BCB com a incumbência de velar para que eles estejam aderentes à regulamentação do sistema financeiro.

---

2 De autoria do procurador Vinícius Xavier Ferreira, aprovado pelo procurador-chefe Alexandre Forte Maia, pela subprocuradora-geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, pelo procurador-geral adjunto Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e pelo procurador-geral Isaac Sidney Menezes Ferreira.

20. A constante evolução do meio digital e sua compatibilidade com a legislação do sistema financeiro devem ser objeto de constante monitoramento pelas instituições financeiras e não podem deixar de ter projeção nos elementos que informam suas estruturas de gerenciamento de riscos. Até porque não há como prever, *a priori*, todos os impactos do uso de meios eletrônicos da forma como aqui proposto sobre a legislação do sistema financeiro e sobre as rotinas de controle das instituições financeiras. Portanto, a regulamentação a cargo do CMN deve criar bases sólidas para permitir o desenvolvimento e a consolidação das operações financeiras em ambiente eletrônico, sem descuidar, por outro lado, da necessária segurança jurídica, elemento fundamental para a estabilidade do sistema financeiro. Por fim, ao BCB fica a atribuição de assegurar que estão sendo adotadas pelas instituições supervisionadas as medidas necessárias para o adequado monitoramento e controle de riscos.

21. Sobre a compatibilidade da plataforma digital com a legislação em vigor, um ponto logo chama atenção: os reflexos do direito de arrependimento do consumidor, previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Sempre que a contratação de serviço ocorrer fora do estabelecimento comercial, que é o caso da abertura de conta de depósito por meio eletrônico, o consumidor terá 7 dias para desistir do contrato, sem ter que apresentar qualquer motivo. As instituições financeiras devem, portanto, avaliar os impactos do exercício do direito de arrependimento sobre os contratos de depósitos e sobre os contratos acessórios, especialmente, o que concede limite de crédito.

22. Por fim, cumpre frisar que, a fim de evitar a assunção de indevido risco legal, as instituições financeiras que resolverem abrir conta corrente ou conta simplificada por meio eletrônico deverão observar as disposições do CDC e, ainda, do Decreto 7.962, de 15 de março de 2013, que traz diversos comandos sobre a contratação no comércio eletrônico.

## CONCLUSÃO

23. Ante o exposto, entende-se que não há óbice jurídico a impedir a deliberação pela Diretoria Colegiada da proposta de abertura e de encerramento de contas de depósito por meio eletrônico, em especial, porque:

- a) o CMN detém competência para disciplinar o assunto;
- b) estão bem definidas as modalidades de operações que podem ser contratadas por meio eletrônico (conta corrente e conta simplificada, apenas);
- c) ficou esclarecido na minuta de voto que pessoas naturais que residem no exterior também poderão abrir e encerrar conta de depósito por meio eletrônico (v. minuta de voto anexa);
- d) há comandos no ato normativo no sentido de compelir as instituições financeiras a adotarem procedimentos e controles com vistas a assegurar:
  1. a adequada identificação do cliente;
  2. a segurança das informações produzidas;
  3. a confiabilidade dos serviços;
  4. a conformidade dos contratos e das rotinas com a legislação aplicável, inclusive a consumerista; e
  5. a prevenção à lavagem de dinheiro e o combate ao financiamento do terrorismo.

24. Fica o registro, entretanto, de que o emprego de instrumentos eletrônicos para realizar operações no sistema financeiro deve ter como contrapartida a adoção de salvaguardas com vistas a controlar de forma efetiva os riscos decorrentes dessa específica forma de contratação.

25. Finalmente, não há como dimensionar, pelos menos no momento, todos os possíveis impactos da nova regulamentação sobre a legislação em vigor, inclusive consumerista, bem como mapear com segurança eventuais reflexos em rotinas de controle e *compliance* adotadas habitualmente pelas instituições financeiras com o objetivo de prevenir ilícitos em suas operações.

À consideração de Vossa Senhoria.

**ALEXANDRE FORTE MAIA**

*Procurador-Chefe*

*Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (CONOR)*

*OAB/DF 20.935*

(Seguem despachos.)

De acordo.

Ao Sr. Procurador Geral Adjunto.

**WALKYRIA DE PAULA RIBEIRO DE OLIVEIRA**

*Subprocuradora-Geral*

*Câmara de Consultoria Geral*

*OAB/DF 10.000*

Aprovo.

Ao Procurador-Geral.

**CRISTIANO DE OLIVEIRA LOPES COZER**

*Procurador-Geral Adjunto*

*OAB/DF 16.400*

Endosso o pronunciamento da lavra da Câmara de Consultoria Geral, endossado pelo Procurador-Geral Adjunto, que bem examina os aspectos de legalidade atinente à proposta de regulamentação de abertura e de encerramento de contas de depósito por meio eletrônico.

Dirijam-se, pois, os autos ao senhor Diretor de Regulação, para conhecimento da presente manifestação jurídica e adoção das providências necessárias para alçar a proposta de alteração normativa em discussão à apreciação da Diretoria Colegiada, para deliberação e posterior remessa ao Conselho Monetário Nacional.

*ISAAC SIDNEY MENEZES FERREIRA*

*Procurador-Geral do Banco Central*

*OAB/DF 14.533*

## **Parecer Jurídico 748/2016-BC/PGBC**

Parecer que analisa proposta de ato normativo, contemplando alterações à Circular nº 3.682, de 4 de novembro de 2013, sobre arranjos de pagamentos pendentes de autorização do Banco Central do Brasil para funcionamento.

**Viviane Neves Caetano**

Procuradora do Banco Central

**Diana Loureiro Maciel de Moura**

Procuradora-Chefe substituta

**Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira**

Subprocuradora-Geral



Parecer Jurídico 748/2016-BC/PGBC  
S/Proc

Brasília, 9 de dezembro de 2016.

*Ementa: Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro. Reunião da Diretoria Colegiada – 3.097ª Sessão. Minuta de voto e de ato normativo – Propõe alterações à Circular nº 3.682, de 4 de novembro de 2013. Arranjos de Pagamento pendentes de autorização para funcionamento do Banco Central do Brasil. Supervisão. Penalidades. Medidas Preventivas. Competência normativa implícita do Banco Central inserta no parágrafo 2º do art. 15 da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013. Parecer Jurídico 204/2015-BCB/PGBC. Teses complementares. Edição da Circular nº 3.815, de 7 de dezembro de 2016.*

Sra. Procuradora-Chefe Substituta,

## ASSUNTO

Refiro-me ao item nº 5 (extrapauta) da Lista de Assuntos da 3.097ª Sessão da Diretoria Colegiada, que traz minuta de voto do Diretor de Política Monetária, acompanhada de ato normativo, que se propõem a alterar a Circular nº 3.682<sup>1</sup>, de 4 de novembro de 2013<sup>2</sup> (anexo 1).

2. O voto narra que a circular que se encontra sob análise regulamentou as exigências para os arranjos e seus instituidores, bem como o respectivo processo de autorização. Posteriormente, a norma foi alterada pela Circular nº 3.765, de 25 de setembro de 2015, que, em seus dispositivos, tratou da (i) centralização

---

1 Que aprova o regulamento que disciplina a prestação de serviço de pagamento no âmbito dos arranjos de pagamento integrantes do sistema de Pagamentos Brasileiros (SPB).

2 A presente manifestação colheu subsídios de estudos anteriores, realizados pelo Procurador Murilo Santos Ramos, juntamente com o Procurador-Chefe, Alexandre Forte Maia, que me antecederam na análise e realizaram reuniões com a área técnica, tendo oferecido valiosas sugestões para aprimoramento do normativo.

da gestão de risco no âmbito dos arranjos garantidos; (ii) centralização da compensação e da liquidação das obrigações entre participantes dos arranjos; (iii) abertura de arranjos fechados baseados em contas de depósitos à vista e em contas de pagamento pós-pagas cujo volume, em doze meses, fosse superior a R\$20 bilhões; (iv) interoperabilidade entre arranjos de pagamento; e, ainda, adiou a redução dos limites que caracterizam os arranjos integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB).

3. Não obstante o arcabouço regulamentar existente, restou patente, após interações com atores da indústria, a necessidade de nova intervenção regulatória, notadamente com vistas a melhorar a operacionalização das regras, permitir a efetivação de um ambiente competitivo, além de dirimir dúvidas de interpretação relacionadas ao arcabouço normativo.

4. As linhas gerais da análise jurídica foram enviadas por correio eletrônico ao Gabinete da PGBC e as recomendações apostas às minutas foram encaminhadas ao Departamento de Operações Bancárias e de Sistemas de Pagamentos (DEBAN), no dia 6 de dezembro, a tempo dos debates do colegiado (anexo 2).

5. Naquela oportunidade, não se vislumbrou qualquer óbice legal ou regulamentar que afastasse a competência do Banco Central do Brasil (BCB) para a edição da norma em questão. Quanto ao mérito, esta Procuradoria analisou especialmente aqueles preceitos que pretendem conferir competência ao BCB para supervisionar, em relação a aspectos específicos, arranjos, e seus respectivos instituidores, já existentes no mercado quando da edição da Lei nº 12.865, de 2013, mas cujos processos de autorização se encontram pendentes de conclusão nesta Autarquia. Os dispositivos em questão previam, na proposta final encaminhada ao Colegiado, o seguinte<sup>3</sup>:

---

3 *"Art. 24-A Os instituidores de arranjos em funcionamento que não se enquadram em, ao menos, um dos incisos do caput do art. 15 devem adotar as seguintes medidas relacionadas à abertura de participação nesses arranjos de pagamento, independente da conclusão do processo de autorização em curso no Banco Central do Brasil: I – apresentar ao Banco Central do Brasil e a qualquer legítimo interessado em tornar-se participante do arranjo, até 17 de fevereiro de 2017:*

*a) as alterações nos regulamentos e demais documentos vigentes que contemplem os critérios e as condições mínimas de participação;*

*b) os contratos e toda a documentação necessária, inclusive relativa a questões procedimentais e tecnológicas, para tornar-se participante;*

*c) os procedimentos de homologação para novos participantes, com as etapas e os prazos máximos para manifestação do instituidor do arranjo a cada etapa.*

*II – estar apto a iniciar os procedimentos homologatórios de que trata o inciso anterior até 24 de março de 2017, sem prejuízo dos procedimentos homologatórios já em curso na data de publicação desta circular."* (NR)

*"Art. 24-B Os instituidores de arranjos de pagamento abrangidos pelo Capítulo VI deste Regulamento devem implantar a compensação e a liquidação centralizada, de que trata o art. 26, até 4 de setembro de 2017.*

- Art. 24-A: Estabelece condições e prazos para iniciar o procedimento de abertura de participação nos arranjos, bem como os respectivos procedimentos homologatórios das novas participações, independentemente da conclusão do processo de autorização em curso no BCB.
- Art. 24-B: Estabelece prazos para a implantação da compensação e da liquidação centralizada, das transações no âmbito dos arranjos.
- Art. 24-D: Impõe penalidades ao instituidor do arranjo de pagamento, seus administradores e os membros de seus órgãos estatutários ou contratuais, pelo descumprimento do disposto nos artigos 24-A e 24-B, mencionados acima, sem prejuízo de eventual aplicação das medidas preventivas de que trata a Circular nº 3.735, de 27 de novembro 2014. Para tanto, elenca as seguintes penalidades:  
 I – multa pecuniária de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais);  
 II – suspensão do exercício de cargos;  
 II – inabilitação temporária.

6. Ante a importância do tema, optou-se por registrar em parecer a análise jurídica integral sobre o assunto, incluindo as teses e discussões que subsidiaram a participação da PGBC na reunião do colegiado que acabou por aprovar a edição da Circular nº 3.815, de 7 de dezembro de 2016<sup>4</sup>.

7. Feito o relatório do necessário, passo a opinar.

---

§ 1º A determinação constante no *caput* não abrange o disposto no § 3º do art. 26, cuja implantação deve ocorrer até 5 de março de 2018.” (NR)

(...)

Art. 24-D O descumprimento do disposto nos artigos 24-A e 24-B, sem prejuízo de eventual aplicação de medidas preventivas de que trata a Circular nº 3.735, de 27 de novembro 2014, sujeita o instituidor de arranjo de pagamento, seus administradores e os membros de seus órgãos estatutários ou contratuais, às seguintes penalidades:

I – multa pecuniária de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) por dia de atraso, respeitados os limites previstos na legislação aplicável às instituições financeiras;

II – inabilitação temporária para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituidores de arranjos de pagamento, instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, pelo prazo de:

a) 6 (seis) meses, para atrasos a partir de 30 dias e inferiores a 90 dias, a ser cominada em conjunto com a multa pecuniária prevista no inciso I deste parágrafo; e

b) 2 (dois) anos, para atrasos a partir de 90 dias, a ser cominada em conjunto com a multa pecuniária prevista no inciso I deste parágrafo.” (NR)

4 [http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48838/Circ\\_3682\\_v5\\_L.pdf](http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48838/Circ_3682_v5_L.pdf) (acessado em 13.12.2016)

## APRECIACÃO

8. Os dispositivos acima indicados suscitaram debates a respeito da amplitude dos poderes regulamentar e punitivo do BCB no que se refere àqueles arranjos que ainda não receberam autorização para funcionar. A exemplo das instituições financeiras, haveria óbices à aplicação de penalidades àqueles arranjos não autorizados? Poderá o BCB impor o cumprimento imediato de regras relacionadas ao funcionamento de arranjos ainda não autorizados? Poderá o BCB impor medidas preventivas sem que antes tenha sido expedida a competente autorização?

9. Pois bem. Antes de adentrarmos no mérito das alterações normativas propostas, convém fazer um breve histórico, que demonstrará que o recurso à integral analogia com as instituições financeiras, embora seja natural e intuitivo, pode se mostrar equivocado na presente hipótese.

10. A Lei nº 12.865, de 2013, foi o marco legal para os arranjos e instituições de pagamento integrantes do SPB, trazendo para o plano normativo as atividades praticadas por atores não enquadrados como instituição financeira, mas que possuíam grande importância social, tanto pela modernidade de suas transações (*mobile payment*, por exemplo), quanto pelo grande volume dos negócios praticados com o público em geral.

11. Na época, o surgimento de um arcabouço normativo para os arranjos de pagamento era tema premente e necessário à maturidade da inclusão financeira no país, além de garantir a segurança jurídica dos negócios praticados pela indústria de pagamentos e aos agentes que nela atuavam.

12. A Lei, em verdade, não criou o sistema de arranjos de pagamentos. Ao contrário, veio para consolidar uma realidade econômica e social, reconhecendo a existência de um mercado em pleno funcionamento e em franca expansão que passou a ser legalmente disciplinado.

13. O regime tradicional das instituições financeiras, veda a prática de qualquer atividade típica de mercado financeiro antes da concessão da competente autorização para funcionar, regra que, se porventura violada, pode configurar ilícito penal. No regime dos arranjos de pagamento, ao contrário, o desenho legal acima mencionado admitiu a existência e funcionamento de um arranjo antes que ele pudesse passar por qualquer processo formal de autorização

pelo BCB. Exatamente por isso, tais arranjos, ainda que pendente a autorização do regulador, estão sujeitos à supervisão e à fiscalização pelo BCB. É o que prevê o parágrafo 2º do art. 15 da 12.865, de 2013:

Art. 15. É o Banco Central do Brasil autorizado a baixar as normas e instruções necessárias ao seu cumprimento.

(...)

*§ 2º É o Banco Central do Brasil autorizado a estabelecer, para os arranjos de pagamento, os instituidores de arranjo de pagamento e as instituições de pagamento já em funcionamento, prazos para adequação às disposições desta Lei, às normas por ele estabelecidas e às diretrizes do Conselho Monetário Nacional.*

14. Ora, se a Lei expressamente autoriza que sejam estabelecidos, para os arranjos de pagamento já em funcionamento quando de sua edição, prazo para adequação às suas disposições, é implícita a competência do órgão regulador para supervisionar e fiscalizar o cumprimento de tais regras.

15. Note-se, ademais, que, de maneira acertada, ao estabelecer as competências do art. 9º<sup>5</sup>, a Lei não limitou o universo dos arranjos

5 Art. 9º Compete ao Banco Central do Brasil, conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional:

- I – disciplinar os arranjos de pagamento;
- II – disciplinar a constituição, o funcionamento e a fiscalização das instituições de pagamento, bem como a descontinuidade na prestação de seus serviços;
- III – limitar o objeto social de instituições de pagamento;
- IV – autorizar a instituição de arranjos de pagamento no País;
- V – autorizar constituição, funcionamento, transferência de controle, fusão, cisão e incorporação de instituição de pagamento, inclusive quando envolver participação de pessoa física ou jurídica não residente;
- VI – estabelecer condições e autorizar a posse e o exercício de cargos em órgãos estatutários e contratuais em instituição de pagamento;
- VII – exercer vigilância sobre os arranjos de pagamento e aplicar as sanções cabíveis;
- VIII – supervisionar as instituições de pagamento e aplicar as sanções cabíveis;
- IX – adotar medidas preventivas, com o objetivo de assegurar solidez, eficiência e regular funcionamento dos arranjos de pagamento e das instituições de pagamento, podendo, inclusive:
  - a) estabelecer limites operacionais mínimos;
  - b) fixar regras de operação, de gerenciamento de riscos, de controles internos e de governança, inclusive quanto ao controle societário e aos mecanismos para assegurar a autonomia deliberativa dos órgãos de direção e de controle; e
  - c) limitar ou suspender a venda de produtos, a prestação de serviços de pagamento e a utilização de modalidades operacionais;
- X – adotar medidas para promover competição, inclusão financeira e transparência na prestação de serviços de pagamentos;
- XI – cancelar, de ofício ou a pedido, as autorizações de que tratam os incisos IV, V e VI do caput;
- XII – coordenar e controlar os arranjos de pagamento e as atividades das instituições de pagamento;
- XIII – disciplinar a cobrança de tarifas, comissões e qualquer outra forma de remuneração referentes a serviços de pagamento, inclusive entre integrantes do mesmo arranjo de pagamento; e
- XIV – dispor sobre as formas de aplicação dos recursos registrados em conta de pagamento. (...)

sujeitos à supervisão e à fiscalização do BCB. Da mesma forma, o art. 11<sup>6</sup>, que trata do plano punitivo, também não exige qualquer autorização de funcionamento para a imposição de penalidades aos atores que resistem ao cumprimento das normas regulatórias.

16. De fato, uma vez reconhecido o funcionamento do arranjo preexistente como legítimo, apesar da ausência de autorização formal, ele se insere no mercado regulado, e, como participante desse sistema, deve estar sujeito à supervisão do BCB, com os limites e as condições previstos na legislação. É possível, portanto, que esta Autarquia imponha aos atores que exercem a atividade regulada em referência, ainda que sem a autorização do BCB, o dever de observância da regulamentação aplicável, sob pena de a atividade extrapolar os princípios da ordem econômica e da regulação e, especialmente, confrontar com o interesse da coletividade, que espera do Estado ação para manter o normal funcionamento de mercado regulado<sup>7</sup>.

17. Não bastasse a largueza do poder regulatório conferido ao CMN ou ao BCB, pelo citado §2º do art. 15, não se pode perder de vista a regra hermenêutica segundo a qual, atribuindo-se determinado objetivo a um órgão, devem-se presumir a ele outorgadas, também, as competências instrumentais indispensáveis à consecução de dada finalidade.

18. Noutras palavras, no exercício do poder regulatório, não só é possível, como devido pela Administração Pública, complementar regras apostas em

---

6 Art. 11. As infrações a esta Lei e às diretrizes e normas estabelecidas respectivamente pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil sujeitam a instituição de pagamento e o instituidor de arranjo de pagamento, bem como seus administradores e os membros de seus órgãos estatutários ou contratuais, às penalidades previstas na legislação aplicável às instituições financeiras.  
(...)

7 A propósito da missão do supervisor, em um mercado que já se encontrava em pleno funcionamento, sem a devida regulamentação, ensina o Procurador Humberto Cestaro, em recente artigo:  
Ademais, a atuação do supervisor é fundamental também para o estabelecimento de um level playing field, ou seja, para a criação de um ambiente com condições e práticas equitativas, especialmente se consideramos o longo período em que o setor permaneceu sem regulamentação específica. A prévia ausência de regras que balizassem a atuação das instituições de pagamento e a instituição dos arranjos de pagamento gerava a proliferação de condutas dispare por parte dos participantes do mercado, além de uma grande indefinição nas condições de prestação dos serviços. Isso, inexoravelmente, prejudicava os usuários finais, que sofriam com problemas como a seleção adversa.  
Como, atualmente, há um espectro normativo robusto e estável, deve o BC zelar para que os agentes do sistema de pagamento ajam com uma maior uniformidade, fornecendo serviços mais confiáveis, seguros e de qualidade, como preconizado pelo legislador (artigo 7º, inciso V, da Lei 12.865, de 2013).  
<http://www.conjur.com.br/2016-nov-20/humberto-mendes-desafios-lei-regula-arranjos-pagamento> (acessado em 15.12.2016)

diplomas legais, garantindo as ferramentas necessárias ao exercício dos poderes e competências definidas em lei, de forma a se atingir de modo eficaz os objetivos das políticas públicas para cuja realização foi criada a Autarquia<sup>8</sup>.

19. Ora, de nada adiantaria atribuir ao BCB o papel de regulador de um mercado sabidamente maduro, experiente e lucrativo, sem que a ele fosse permitido o uso das ferramentas necessárias à imposição das regras e procedimentos necessários ao bom funcionamento dos negócios. Não há meios de assegurar os princípios basilares dos arranjos, previstos no art. 7º<sup>9</sup>, sobretudo o de garantir a solidez e a eficiência do mercado, se parte dos atores não estiver sujeita à supervisão e ao poder punitivo do BCB.

20. Ressalte-se, por fim, que interpretação em sentido diverso, que implique impossibilidade de o BC exigir o cumprimento de determinada regra por arranjos cujo processo de autorização ainda não fora concluído, pode trazer indesejado estímulo à procrastinação do processo de autorização, gerando ilegítima arbitragem regulatória; nesse contexto, seria natural a recalcitrância em iniciar o processo de autorização, pois o arranjo gozaria de situação regulatória mais favorável na condição de não autorizado. Além disso, tal atitude por parte desta Autarquia poderia ser vista como indevida omissão regulatória, sujeitando-a a riscos legais.

21. É importante salientar, porém, que, ao contrário da natural supervisão do BCB para os arranjos definitivamente constituídos e autorizados, para aqueles que ainda estão com as autorizações pendentes é necessário que a regulamentação traga comandos prévios e expressos a eles direcionados, especialmente no caso de normas que imponham condutas cujo descumprimento acarrete a imposição de penalidades, sob pena de ferimento aos princípios de direito punitivo e de acarretar insegurança jurídica.

22. Nesse ponto, convém trazer à baila a hipótese enfrentada no Parecer PGBC 204/2015<sup>10</sup>, que tratava de supervisão em questões de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo (PLD/FT), relacionada

---

8 A propósito, ensina José Afonso da Silva, que a “competência implícita ou resultante (ou inerente ou decorrente, porque decorrente da natureza do ente)” é aquela que “se refere à prática de atos ou atividades razoavelmente considerados necessários ao exercício de poderes expressos ou reservados; por exemplo, no silêncio da Constituição de 1891, o STF decidiu que a expulsão de estrangeiros era da competência da União, embora isso não estivesse dito naquela Carta Magna.” In “curso de Direito Constitucional Positivo” 24ª Edição, Malheiros Editores.

9

10 Emitido em 16 de abril de 2015, pela Procuradora Amanda Marcos Favre e subscrito pela Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça e pela Subprocuradora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira.

às competências do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e do BCB. Naquela oportunidade, a autora afirmou o que se segue:

Por fim, em resposta ao questionamento formulado pelo Denor, entende-se que as instituidoras de arranjos de pagamento e as instituições de pagamento que já estavam em funcionamento na data de publicação das Circulares nº 3.682 e nº 3.683, ambas de 2013, só se sujeitarão às atividades supervisora e fiscalizadora exercidas pelo BCB após a Autarquia expedir a respectiva autorização para funcionamento, o que significa dizer que, até esse momento, tais entidades devem observar as normas de PLD/FT expedidas pelo Coaf, e não pelo BCB.

23. Entendo que o precedente não conflita com a presente manifestação. Ao contrário, são pronunciamentos complementares.

24. A regra geral é que, após a autorização emitida pelo BCB, determinado arranjo de pagamento estará sujeito a todo e qualquer comando normativo inerente ao mercado, sendo passível de supervisão e de imposição de penalidade. Essa é a regra, sobre a qual se manifestou a parecerista, diante das normas vigentes à época – Circulares nº 3.682 e 3.683, ambas de 2013 – e de seu caso concreto.

25. A presente manifestação, por sua vez, avança no debate e afirma que, com base no §2º do art. 15 da Lei nº 12.865, de 2013, o BCB tem competência normativa para fixar regulamentos específicos também para os arranjos ainda não formalmente autorizados, desde que as normas prevejam, explicitamente, a submissão desses entes às regras de conformidade e de conduta ali impostas e previamente divulgadas, garantindo, assim, a segurança jurídica e os princípios de direito punitivo consagrados.

26. Em vista da interpretação jurídica do arcabouço legal vigente, portanto, essa procuradoria especializada entendeu possível a norma proposta pelo Deban, recomendando, no entanto, ajustes na redação dos dispositivos sob análise, conforme documento constante do anexo 2 ao presente parecer. A redação final aprovada, assim, ao pretender atingir o espectro jurídico de arranjos não autorizados, fixou regras claras, prazos definidos e as penalidades aplicáveis<sup>11</sup>,

---

11 Registre-se que a efetiva aplicação das penalidades cabíveis e definitivamente previstas no normativo editado dependem de interpretação jurídica ante eventual caso concreto que venha a surgir, devendo esta Procuradoria se manifestar a respeito de cada uma das modalidades nesta ocasião.

de forma a garantir a anterioridade e a transparência necessárias à segurança jurídica dos entes regulados.

## CONCLUSÃO

27. Ante o exposto, conclui-se que:

- a) A competência do BCB para regular, supervisionar e aplicar penalidades no mercado de arranjos de pagamento se estende aos arranjos pendentes de autorização, seja por força do disposto no §2º do art. 15 da Lei nº 12.865, de 2013, seja em razão da regra hermenêutica segundo a qual, atribuindo-se determinado objetivo a um órgão, devem-se presumir a ele outorgadas, também, as competências instrumentais indispensáveis à consecução de dada finalidade.
- b) A supervisão e consequente aplicação de penalidades aos arranjos que ainda estão com as autorizações pendentes de conclusão exige a edição de regulamento que, expressa e previamente, fixe as condutas e comandos dirigidos aos referidos arranjos, em homenagem aos princípios de direito punitivo e da segurança jurídica.

À consideração de V.Sa.

VIVIANE NEVES CAETANO

*Procuradora do Banco Central*

*Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR)*

*OAB/DF 20.523*

(seguem despachos)

De acordo com o bem fundamentado parecer da Dra. Viviane que traz com precisão a interpretação mais adequada da Lei nº 12.865, de 2013, donde se extrai a possibilidade do BCB editar normas aplicáveis aos arranjos de pagamento, e respectivos instituidores, antes mesmo da concessão da autorização de funcionamento a cargo desta Autarquia. Como consequência, é-lhe permitido, ainda, supervisionar e fiscalizar o devido cumprimento dessas regras, bem como imputar as penalidades aplicáveis, em caso de descumprimento.

À Sra. Subprocuradora-Geral titular da CC1PG, em razão da matéria.

*DIANA LOUREIRO MACIEL DE MOURA*

*Procuradora-Chefe substituta*

*Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR)*

*OAB/AL 8.074*

De acordo.

Ao Deban.

*WALKYRIA DE PAULA RIBEIRO DE OLIVEIRA*

*Subprocuradora-Geral*

*Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro*

*OAB/DF 10.000*

(seguem anexos)

Anexos:

## Anexo 1 – Proposta original



VOTO /2016-BCB, DE DE DEZEMBRO DE 2016

Assuntos de Política Monetária – Propõe a edição de alterações à Circular nº 3.682, de 4 de novembro de 2013, relativas ao processo de autorização de arranjos de pagamento, à adoção de medidas para igualdade de condições entre participantes do arranjo, e outros esclarecimentos.

Senhor Presidente e Senhores Diretores,

A Lei nº 12.865, de 9, de outubro de 2013, atribuiu ao Banco Central do Brasil as competências de disciplinar os arranjos de pagamento e de adotar medidas para promover a competição e a inclusão financeira na prestação de serviços de pagamentos (art. 9º, incisos I e X, da referida lei). Traz, como princípios a serem observados pelos arranjos e instituições de pagamento, a interoperabilidade, a solidez e a segurança dos arranjos de pagamento, o acesso não discriminatório aos serviços e as infraestruturas necessários ao funcionamento dos arranjos de pagamento (art. 7º, incisos I, II e III).

2. Tendo por base esses princípios, foi editada a Circular nº 3.682, de 4 de novembro de 2013, que regulamenta as exigências em relação aos arranjos e aos seus instituidores, bem como disciplina o processo de autorização dos arranjos. Posteriormente, essa circular foi alterada pela Circular nº 3.765, de 25 de setembro de 2015, que, em seus dispositivos, tratou da (i) centralização da gestão de risco no âmbito dos arranjos garantidos; (ii) centralização da compensação e da liquidação das obrigações entre participantes dos arranjos; (iii) abertura de arranjos fechados baseados em contas de depósitos à vista e em contas de pagamento pós-pagos cujo volume em 12 meses fosse superior a R\$ 20 bilhões; (iv) interoperabilidade entre arranjos de pagamento, e ainda, adição e redução dos limites que caracterizam os arranjos integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB).

3. Desde então, após várias interações com diversos atores dessa indústria – instituidores de arranjos de pagamentos, instituições de pagamento, associações representativas, fóruns de debate multirepresentativos, entre outros – verificou-se a necessidade de nova intervenção regulatória, notadamente com vistas a tornar operacionais as regras estabelecidas no arcabouço já vigente, cuja implantação associada ao processo de autorização dos arranjos de pagamento mostrou-se mais morosa do que o antecipado.

4. Vale dizer que a materialização efetiva dos dispositivos que já vigoram é fundamental para a efetivação de um ambiente competitivo, principalmente porque diversas instituições que se apresentam como novos entrantes enfrentam barreiras à entrada cujo prolongamento no tempo poderá acarretar a inviabilidade econômico-financeira desses entrantes, inclusive com o desestímulo à entrada de novos participantes, perenizando um quadro de baixa competição no mercado.

5. Além dessas medidas, é preciso realizar alguns esclarecimentos e aperfeiçoamentos redacionais com vistas a dirimir dúvidas de interpretação apresentadas pelo





mercado e a zelar pela transparência e clareza na aplicação da norma. A seguir, passo a abordar o que se propõe, com agrupamento temático.

## **I – PROCESSO DE AUTORIZAÇÃO**

### **I.1 – Transparência nos quesitos avaliados no processo de autorização**

6. O processo de autorização dos arranjos de pagamento pelo BCB tem, entre seus objetivos, estabelecer um ambiente para que o mercado de pagamentos de varejo brasileiro se torne cada vez mais competitivo, inclusivo, seguro e eficiente, conforme princípios estabelecidos pela Lei nº 12.865, de 2013. Por essa razão, as regras, procedimentos e sistemas necessários para viabilizar esse ambiente – vale dizer, os arranjos devidamente ajustados ao quadro normativo – devem estar operacionalizáveis quando da expedição das respectivas autorizações.

7. Dessa maneira, nos termos minuta anexa, proponho esclarecer no texto normativo que para a concessão da autorização pelo Banco Central do Brasil, não basta a verificação da adequação das regras e procedimentos “em tese”, mas também deve ser verificada a capacidade de o arranjo ser operacionalizado de acordo com essas regras e procedimentos, tendo em vista a necessidade de se avaliar o cumprimento de todo o marco normativo.

8. Contudo, proponho que, excepcionalmente, e devidamente embasado na preservação do interesse público, a autorização possa ser concedida com pendências, desde que tais pendências não coloquem em risco o bom funcionamento do arranjo. Eventual autorização nessas condições estaria, ainda, condicionada à apresentação de cronograma, a ser aprovado pelo BCB, com vistas a sanar tais pendências. Como exemplo dessa situação, cito o processo de liquidação centralizada que, para ser implementado pelos arranjos de pagamento, precisa que sistemas específicos sejam desenvolvidos pela câmara ou prestador de serviço de compensação e liquidação neutro escolhido pelo instituidor, processo esse que está em andamento escapa à vontade do instituidor.

9. Nos casos de autorização com pendências, proponho ainda, em linha com o que já é feito no processo de autorização das instituições financeiras, que o descumprimento do compromisso acertado com o Banco Central do Brasil possa, inclusive, implicar o cancelamento da autorização, que não deve ser entendido como medida punitiva, mas sim como decorrência natural do descumprimento da condicionalidade que viabilizou a expedição da autorização com pendências.

### **I.2 – Operacionalização de quesitos regulamentares, tipificação e aplicação de medidas preventivas e punitivas**

10. Vencido o prazo para adaptação dos regulamentos dos arranjos, estabelecido pela Circular nº 3.765, de 2015, percebe-se que o processo de autorização dos arranjos tende a se estender por um período de tempo superior ao inicialmente antevisto, devido à complexidade intrínseca do tema.

11. Essa questão tem especial relevância no que tange à necessidade de implantação tempestiva de medidas importantes para o alcance dos objetivos estabelecidos pela Lei, nº 12.865, de 2013, tais como a abertura de participação em arranjos fechados e a centralização da compensação e da liquidação de transações no âmbito dos arranjos. Dessa forma, proponho estabelecer prazos para promover a implantação dessas medidas ainda no decorrer do processo de autorização.

Mato, /2015-BCB, de de agosto de 2016





## BANCO CENTRAL DO BRASIL

12. Ainda com relação à liquidação centralizada, a fim de não impactar sua implantação pelo mercado, proponho estabelecer prazo mais dilatado para implantação de processos relacionados com a compensação e liquidação das operações de antecipação de recebíveis e de concessão de crédito baseada na expectativa de fluxo financeiro decorrente das transações de pagamento no âmbito do arranjo (o chamado “crédito fumaça”). Isso porquanto, de um lado, tais processos não são essenciais para o início da operação da liquidação centralizada e, por outro lado, devido a suas especificidades, demandam desenvolvimentos de módulos específicos e, conseqüentemente, mais tempo para sua operacionalização.

13. Além disso, em função da importância das medidas mencionadas para a promoção de uma maior concorrência no mercado, pretendo esclarecer que eventuais descumprimentos desses prazos, se injustificados, podem ensejar a aplicação das medidas preventivas de que trata a Circular nº 3.735, de 27 de novembro de 2014.

14. Por fim, e complementarmente à possibilidade de aplicação de medidas preventivas, proponho o estabelecimento de penalidades aplicáveis aos instituidores de arranjo e respectivos administradores, no caso de descumprimento dos prazos de implantação das medidas citadas, quais sejam: o pagamento de multas e a inabilitação temporária para o exercício de cargos de direção.

### II – DISPOSITIVOS ADICIONAIS PARA ESTÍMULO A AMBIENTE COM IGUALDADE DE CONDIÇÕES

15. A exigência de atuação neutra do instituidor de arranjo de pagamento em relação aos seus participantes, já presente na regulamentação vigente, tem como objetivo proporcionar um ambiente de igualdade de condições de competição e de participação, alinhando-se à determinação legal de estímulo à concorrência.

16. Não obstante essa exigência regulamentar, constata-se a existência de instituidores de arranjos de pagamento abertos pertencentes ao mesmo grupo econômico de participantes do arranjo, coexistindo com outros participantes não pertencentes ao grupo. Esse cenário pode gerar incentivos para que o instituidor do arranjo estabeleça regras de caráter potencialmente anticompetitivo e, por isso, proponho esclarecer, nos termos da redação trazida na minuta para o art. 5º, que o instituidor tem que atuar de forma neutra em relação aos participantes, não abusando de sua posição no arranjo em benefício próprio ou de outros participantes, em especial aqueles pertencentes ao mesmo grupo econômico do instituidor.

17. Ainda com relação à igualdade de tratamento entre participantes do arranjo, proponho a inclusão de comando normativo (veja-se o parágrafo único no art. 29 da minuta anexa) estabelecendo que as regras e procedimentos que disciplinam a interoperabilidade entre participantes do mesmo arranjo vedem que participantes estipulem entre si: (i) tratamento diferenciado; e (ii) tarifas ou outras formas de remuneração. A medida tem o objetivo de evitar situações em que participantes se utilizem de seu poder de mercado para colocar em situação desvantajosa participantes de menor porte, prejudicando a competição.

### III – GERENCIAMENTO DE RISCOS FINANCEIROS, PARTICIPAÇÃO E VIGILÂNCIA: APERFEIÇOAMENTOS REDACIONAIS



18. Com relação ao gerenciamento de riscos no âmbito dos arranjos de pagamento, entendo necessário promover aperfeiçoamentos, de modo a esclarecer algumas modificações introduzidas pela Circular nº 3.765, de 2015.

19. Primeiramente, sugiro ajustes redacionais no art. 27 para deixar mais claro quais arranjos de pagamento são atingidos por esse comando. Assim, devem atender o comando aqueles arranjos que estabelecem obrigações a seus participantes com vistas a oferecer, ao usuário receptor alguma garantia de recebimento. Nesses casos, tais arranjos devem adotar mecanismos para gerenciamento de risco compatíveis com essas obrigações, além de atenderem aos requisitos regulamentares.

20. Além disso, proponho também deixar claro que o gerenciamento de risco financeiro abrange a chegada dos fundos à instituição domicílio, não alcançando o gerenciamento de eventual insolvência dessa instituição (§ 3º).

21. Quanto à participação em arranjos, faz-se necessário promover aperfeiçoamento na redação atual, para deixar claro que podem continuar participando de arranjo – e, portanto, prestando serviços de pagamentos – aquelas instituições de pagamento e instituições financeiras que, necessitando de autorização, já estavam operando quando a norma foi estabelecida e encontram-se em processo de autorização junto ao Banco Central do Brasil. Dessa forma, dá-se clareza ao que já ocorre, além de melhor compatibilidade com o que estimula a Circular nº 3.683, de 2013, que trata do processo de autorização de instituições de pagamento e, ainda, da autorização de instituições financeiras a prestar serviços de pagamento naqueles casos em que tal autorização não está dispensada.

#### IV – PARÂMETROS PARA DEFINIÇÃO DE ARRANJOS INTEGRANTES DO SPB

22. Por fim, considerando os objetivos estabelecidos ao regulador pela Lei nº 12.865, de 2013, sugiro a revogação do dispositivo que trata da redução dos parâmetros para que um arranjo integre o SPB, visto que entendo que os parâmetros atuais são suficientes para contemplar os arranjos que possam representar risco ao normal funcionamento das transações de pagamento de varejo e, também, adequados para incentivar o desenvolvimento de inovações, sem que estas precisem arcar com custo regulatório quando o arranjo ainda é incipiente.

#### V – CONCLUSÃO

23. Em síntese, o que proponho é

- a. conferir maior transparência quanto aos quesitos avaliados no processo de autorização dos arranjos de pagamento integrantes do SPB;
- b. estabelecer prazos para a operacionalização de quesitos regulamentares relativos à abertura da participação em arranjos fechado e à compensação e liquidação centralizadas;
- c. regulamentar a aplicação e a tipificação de medidas preventivas e punitivas em caso de descumprimento das medidas relativas ao item b;
- d. incluir dispositivos destinados a propiciar ambiente com igualdade de condições entre participantes do arranjo;

**BANCO CENTRAL DO BRASIL**

- e. aprimorar a redação de dispositivos relativos ao gerenciamento de riscos financeiros e participação de modo a conferir-lhes maior clareza;
- f. revogar a redução dos parâmetros para que um arranjo integre o SPB.

24. É o que submeto à aprovação de V. Exas., juntamente com a minuta de circular em anexo, com meu voto favorável, com base no art. 12, inciso XXV, c/c o art. 13, inciso XII, e, e art. 19, inciso XV, todos do Regimento Interno, para deliberação desse Colegiado, na forma do art. 11, inciso VI, alínea "o", item 1, também do Regimento Interno.

Reinaldo Le Gracia  
Diretor de Política Monetária

Anexo: 1.

MINUTA



Voto /2015-BCB, de de agosto de 2016



## BANCO CENTRAL DO BRASIL

CIRCULAR Nº DE DE DEZEMBRO DE 2016

Altera a Circular nº 3.682, de 4 de novembro de 2013, que disciplina a aplicação de dispositivos regulamentares durante o processo de autorização de arranjos e dá outras providências.

A Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil, em sessão realizada em xxx de dezembro de 2016, com base no disposto nos arts. 9º, inciso I, e 15 da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e na Resolução nº 4.282, de 4 de novembro de 2013,

### RESOLVE:

Art. 1º O Regulamento anexo à Circular nº 3.682, de 4 de novembro de 2013, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º Na execução de suas atividades, o instituidor de arranjo de pagamento deve atuar de forma neutra, de modo a não se utilizar de sua posição para:

- a) obter vantagem competitiva indevida para si ou para participante do arranjo; ou
- b) prejudicar a concorrência entre os participantes do arranjo.” (NR)

“Art. 13. \_\_\_\_\_

I - possuir autorização, concedida pelo Banco Central do Brasil, para funcionamento, no caso de instituições de pagamento, ou para prestar serviços de pagamento, no caso de instituições financeiras, ressalvadas:

- a) hipóteses de dispensa de autorização aplicáveis a instituições financeiras;
- b) disposições específicas que regem a prestação de serviços de pagamento pelas instituições de pagamento e instituições financeiras até o encerramento do processo de autorização de que trata o inciso I;

\_\_\_\_\_” (NR)

“Art. 16. \_\_\_\_\_

§1º O Banco Central do Brasil, durante o processo de autorização, poderá convocar entrevistas técnicas, realizar inspeções ou solicitar quaisquer documentos e informações adicionais que julgar necessários para evidenciar a capacidade de o instituidor do arranjo de cumprir seu objeto social, considerados os aspectos técnico-operacionais, organizacionais, administrativos e financeiros.

§ 2º A autorização de que trata o caput está condicionada à verificação, pelo Banco Central do Brasil, da capacidade de o arranjo ser operacionalizado em conformidade com as regras e procedimentos por ele estabelecidos.



## BANCO CENTRAL DO BRASIL

§3º O Banco Central do Brasil, considerando as circunstâncias de cada caso concreto, poderá dispensar, excepcionalmente e diante de interesse público devidamente justificado, o cumprimento integral da condição prevista no §1º, desde que seja apresentado cronograma de implantação para as deficiências encontradas, a ser aprovado pelo Banco Central do Brasil, e subscrito compromisso de cumprimento dos prazos nele indicados.

§4º O descumprimento injustificado do cronograma de que trata o §2º poderá implicar:

I - a aplicação de medidas preventivas de que trata a Circular nº 3.735, de 27 de novembro 2014; ou

II - o cancelamento da autorização.” (NR)

“Art. 21 \_\_\_\_\_

§1º Dentre outras informações e documentos de que trata o caput, o Banco Central do Brasil poderá requerer:

\_\_\_\_\_

§2º O Banco Central do Brasil, no exercício da vigilância, poderá requerer informações aos participantes de arranjos de pagamento sobre o funcionamento desses arranjos e a atuação de seus respectivos instituidores.” (NR)

“Art. 24-A Os instituidores de arranjos em funcionamento que não se enquadram em, ao menos, um dos incisos do caput do art. 15 devem adotar as seguintes medidas relacionadas à abertura de participação nesses arranjos de pagamento, independente da conclusão do processo de autorização em curso no Banco Central do Brasil:

I – apresentar ao Banco Central do Brasil e a qualquer legítimo interessado em tornar-se participante do arranjo, até 17 de fevereiro de 2017:

a) as alterações nos regulamentos e demais documentos vigentes que contemplem os critérios e as condições mínimas de participação;

b) os contratos e toda a documentação necessária, inclusive relativa a questões procedimentais e tecnológicas, para tornar-se participante;

c) os procedimentos de homologação para novos participantes, com as etapas e os prazos máximos para manifestação do instituidor do arranjo a cada etapa.

II – estar apto a iniciar os procedimentos homologatórios de que trata o inciso anterior até 24 de março de 2017, sem prejuízo dos procedimentos homologatórios já em curso na data de publicação desta circular.” (NR)

Circular nº \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016



"Art. 24-B Os instituidores de arranjos de pagamento abrangidos pelo Capítulo VI deste Regulamento devem implantar a compensação e a liquidação centralizada, de que trata o art. 26, até 4 de setembro de 2017.

§ 1º A determinação constante no *caput* não abrange o disposto no § 3º do art. 26, cuja implantação deve ocorrer até 5 de março de 2018." (NR)

"Art. 24-C Para fim do disposto na Circular nº 3.735, de 27 de novembro 2014, enquadram-se como aspectos operacionais mínimos para atendimento ao disposto na regulamentação em vigor, a implantação da estrutura aberta de participação e da compensação e liquidação centralizada, nos prazos definidos nos artigos 24-A e 24-B." (NR)

"Art. 24-D O descumprimento do disposto nos artigos 24-A e 24-B, sem prejuízo de eventual aplicação de medidas preventivas de que trata a Circular nº 3.735, de 27 de novembro 2014, sujeita o instituidor de arranjo de pagamento, seus administradores e os membros de seus órgãos estatutários ou contratuais, às seguintes penalidades:

I - multa pecuniária de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) por dia de atraso, respeitados os limites previstos na legislação aplicável às instituições financeiras;

II - inabilitação temporária para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituidores de arranjos de pagamento, instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, pelo prazo de:

a) 6 (seis) meses, para atrasos a partir de 30 dias e inferiores a 90 dias, a ser cominada em conjunto com a multa pecuniária prevista no inciso I deste parágrafo; e

b) 2 (dois) anos, para atrasos a partir de 90 dias, a ser cominada em conjunto com a multa pecuniária prevista no inciso I deste parágrafo." (NR)

"Art. 27. Os arranjos de pagamento que estabelecem regras e procedimentos que gerem risco de liquidez ou de crédito a seus participantes, com vistas a assegurar ao usuário receptor a liquidação das transações aceitas, devem prever mecanismos de contenção de falha entre participantes, na forma e na extensão aprovadas pelo Banco Central do Brasil.

§ 1º Os mecanismos de que trata o *caput* devem contemplar a gestão centralizada dos riscos de liquidez e de crédito, tendo em vista a segurança, a eficiência do arranjo, assim como a garantia de competição na participação.

§ 2º Os mecanismos de que trata o *caput* podem se utilizar das regras e dos procedimentos para tratamento dessas falhas já definidos no regulamento do sistema de compensação e de liquidação estabelecido no arranjo.



Circular nº \_\_, de \_\_ de \_\_ de 2016

3

Mato /2015-BCB, de de agosto de 2016



## BANCO CENTRAL DO BRASIL

§ 3º O gerenciamento das falhas de que trata o caput deve se estender até a liquidação das transações com a instituição domicílio escolhida pelo usuário receptor, não sendo de responsabilidade do arranjo garantir a higidez financeira da instituição domicílio." (NR)

"Art. 29 \_\_\_\_\_

Parágrafo único. As regras e os procedimentos de que trata o caput devem vedar:

- a) estipulação, por participantes, de tratamento diferenciado, seja ele mais vantajoso ou mais desvantajoso, a outros participantes do arranjo; e
- b) estabelecimento, entre participantes, de outras formas de tarifa ou remuneração que não as expressamente previstas no regulamento do arranjo, conforme estipulado no art. 17, inciso XIV, deste Regulamento." (NR)

Art. 2º Esta Circular entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Fica revogado o § 2º do art. 2º da Circular nº 3.682, de 4 de novembro de

2013.

Reinaldo Le Grazie  
Diretor de Política Monetária

## Anexo 2 – Proposta enviada à DC

VOTO /2016-BCB, DE DE DEZEMBRO DE 2016

Assuntos de Política Monetária – Propõe a edição de alterações à Circular nº 3.682, de 4 de novembro de 2013, relativas ao processo de autorização de arranjos de pagamento, à adoção de medidas para igualdade de condições entre participantes do arranjo, e outros esclarecimentos.

Senhor Presidente e Senhores Diretores,

A Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, atribui ao Banco Central do Brasil (BCB) as competências de disciplinar os arranjos de pagamento e de adotar medidas para promover a competição e a inclusão financeira na prestação de serviços de pagamentos (art. 9º, incisos I e X, da referida Lei). Traz, como princípios a serem observados pelos arranjos e instituições de pagamento, a interoperabilidade, a solidez e a segurança dos arranjos de pagamento, o acesso não discriminatório aos serviços e às infraestruturas necessários ao funcionamento dos arranjos de pagamento (art. 7º, incisos I, II e III).

2. Tendo por base esses princípios, foi editada a Circular nº 3.682, de 4 de novembro de 2013, que regulamenta as exigências em relação aos arranjos e aos seus instituidores, bem como disciplina o processo de autorização dos arranjos. Posteriormente, essa Circular foi alterada pela Circular nº 3.765, de 25 de setembro de 2015, que, em seus dispositivos, tratou da (i) centralização da gestão de risco no âmbito dos arranjos garantidos; (ii) centralização da compensação e da liquidação das obrigações entre participantes dos arranjos; (iii) abertura de arranjos fechados baseados em contas de depósitos à vista e em contas de pagamento pós-pagas cujo volume, em doze meses, fosse superior a R\$20 bilhões; (iv) interoperabilidade entre arranjos de pagamento; e, ainda, adiou a redução dos limites que caracterizam os arranjos integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB).

3. Desde então, após várias interações com diversos atores dessa indústria – instituidores de arranjos de pagamentos, instituições de pagamento, associações representativas, fóruns de debate multirepresentativos, entre outros – verificou-se a necessidade de nova intervenção regulatória, notadamente com vistas a tornar operacionais as regras estabelecidas no arcabouço já vigente, cuja implantação associada ao processo de autorização dos arranjos de pagamento mostrou-se mais morosa do que o antecipado.

4. Vale dizer que a materialização efetiva dos dispositivos que já vigoram é fundamental para a efetivação de um ambiente competitivo, principalmente porque diversas instituições que se apresentam como novos entrantes enfrentam barreiras à entrada cujo prolongamento no tempo poderá acarretar a inviabilidade econômico-financeira desses entrantes, inclusive com o desestímulo à entrada de novos participantes, perenizando um quadro de baixa competição no mercado.

5. Além dessas medidas, é preciso realizar alguns esclarecimentos e aperfeiçoamentos redacionais com vistas a dirimir dúvidas de interpretação apresentadas pelo



## BANCO CENTRAL DO BRASIL

mercado e a zelar pela transparência e clareza na aplicação da norma. A seguir, passo a abordar o que se propõe, com agrupamento temático.

### I - PROCESSO DE AUTORIZAÇÃO

#### I.1 - Transparência nos quesitos avaliados no processo de autorização

6. O processo de autorização dos arranjos de pagamento pelo BCB tem, entre seus objetivos, estabelecer um ambiente para que o mercado de pagamentos de varejo brasileiro se torne cada vez mais competitivo, inclusivo, seguro e eficiente, conforme princípios estabelecidos pela Lei nº 12.865, de 2013. Por essa razão, as regras, procedimentos e sistemas necessários para viabilizar esse ambiente – vale dizer, os arranjos devidamente ajustados ao quadro normativo – devem estar operacionalizáveis quando da expedição das respectivas autorizações.

7. Dessa maneira, nos termos da minuta anexa, proponho esclarecer no texto normativo que, para a concessão da autorização pelo Banco Central do Brasil, não basta a verificação da adequação das regras e procedimentos “em tese”, mas também deve ser verificada a capacidade de o arranjo ser operacionalizado de acordo com essas regras e procedimentos, tendo em vista a necessidade de se avaliar o cumprimento de todo o marco normativo.

8. Contudo, proponho que, excepcionalmente, e devidamente embasado na preservação do interesse público, a autorização possa ser concedida com pendências, desde que tais pendências não coloquem em risco o bom funcionamento do arranjo. Eventual autorização nessas condições estaria, ainda, condicionada à apresentação de cronograma, a ser aprovado pelo BCB, com vistas a sanar tais pendências. Como exemplo dessa situação, cito o processo de liquidação centralizada que, para ser implementado pelos arranjos de pagamento, precisa que sistemas específicos sejam desenvolvidos pela câmara ou prestador de serviço de compensação e liquidação neutro escolhido pelo instituidor, processo esse que está em andamento e escapa à vontade do instituidor.

9. Nos casos de autorização com pendências, proponho ainda, em linha com o que já é feito no processo de autorização das instituições financeiras, que o descumprimento do compromisso acertado com o Banco Central do Brasil possa, inclusive, implicar o cancelamento da autorização, que não deve ser entendido como medida punitiva, mas sim como decorrência natural do descumprimento da condicionalidade que viabilizou a expedição da autorização com pendências.

#### I.2 - Operacionalização de quesitos regulamentares, tipificação e aplicação de medidas preventivas e punitivas

10. Vencido o prazo para adaptação dos regulamentos dos arranjos, estabelecido pela Circular nº 3.765, de 2015, percebe-se que o processo de autorização dos arranjos tende a se estender por um período de tempo superior ao inicialmente antevisto, devido à complexidade intrínseca do tema.

11. Essa questão tem especial relevância no que tange à necessidade de implantação tempestiva de medidas importantes para o alcance dos objetivos estabelecidos pela Lei nº 12.865, de 2013, tais como a abertura de participação em arranjos fechados e a centralização da compensação e da liquidação de transações no âmbito dos arranjos. Dessa forma, proponho

Voto /2016-BCB, de de dezembro de 2016





## BANCO CENTRAL DO BRASIL

estabelecer prazos para promover a implantação dessas medidas ainda no decorrer do processo de autorização.

12. Ainda com relação à liquidação centralizada, a fim de não impactar sua implantação pelo mercado, proponho estabelecer prazo mais dilatado para implantação de processos relacionados com a compensação e liquidação das operações de antecipação de recebíveis e de concessão de crédito baseada na expectativa de fluxo financeiro decorrente das transações de pagamento no âmbito do arranjo (o chamado “crédito fumaça”). Isso porquanto, de um lado, tais processos não são essenciais para o início da operação da liquidação centralizada e, por outro lado, devido a suas especificidades, demandam desenvolvimentos de módulos específicos e, conseqüentemente, mais tempo para sua operacionalização.

13. Além disso, em função da importância das medidas mencionadas para a promoção de uma maior concorrência no mercado, pretendo esclarecer que eventuais descumprimentos desses prazos, se injustificados, podem ensejar a aplicação das medidas preventivas de que trata a Circular nº 3.735, de 27 de novembro de 2014.

14. Por fim, e complementarmente à possibilidade de aplicação de medidas preventivas, proponho o estabelecimento de penalidades aplicáveis aos instituidores de arranjo e respectivos administradores, no caso de descumprimento dos prazos de implantação das medidas citadas, quais sejam: o pagamento de multas e a inabilitação temporária para o exercício de cargos de direção.

## II - DISPOSITIVOS ADICIONAIS PARA ESTÍMULO A AMBIENTE COM IGUALDADE DE CONDIÇÕES

15. A exigência de atuação neutra do instituidor de arranjo de pagamento em relação aos seus participantes, já presente na regulamentação vigente, tem como objetivo proporcionar um ambiente de igualdade de condições de competição e de participação, alinhando-se à determinação legal de estímulo à concorrência.

16. Não obstante essa exigência regulamentar, constata-se a existência de instituidores de arranjos de pagamento abertos pertencentes ao mesmo grupo econômico de participantes do arranjo, coexistindo com outros participantes não pertencentes ao grupo. Esse cenário pode gerar incentivos para que o instituidor do arranjo estabeleça regras de caráter potencialmente anticompetitivo e, por isso, proponho esclarecer, nos termos da redação trazida na minuta para o art. 5º, que o instituidor tem que atuar de forma neutra em relação aos participantes, não abusando de sua posição no arranjo em benefício próprio ou de outros participantes, em especial aqueles pertencentes ao mesmo grupo econômico do instituidor.

17. Ainda com relação à igualdade de tratamento entre participantes do arranjo, proponho a inclusão de comando normativo (veja-se o parágrafo único no art. 29 da minuta anexa) estabelecendo que as regras e procedimentos que disciplinam a interoperabilidade entre participantes do mesmo arranjo vedem que participantes estipulem entre si: (i) tratamento diferenciado; e (ii) tarifas ou outras formas de remuneração. A medida tem o objetivo de evitar situações em que participantes se utilizem de seu poder de mercado para colocar em situação desvantajosa participantes de menor porte, prejudicando a competição.





### **III - GERENCIAMENTO DE RISCOS FINANCEIROS E PARTICIPAÇÃO – VIGILÂNCIA: APERFEIÇOAMENTOS REDACIONAIS**

18. Com relação ao gerenciamento de riscos no âmbito dos arranjos de pagamento, entendo necessário promover aperfeiçoamentos, de modo a esclarecer algumas modificações introduzidas pela Circular nº 3.765, de 2015.

19. Primeiramente, sugiro ajustes redacionais no art. 27 para deixar mais claro quais arranjos de pagamento são atingidos por esse comando. Assim, devem atender o comando aqueles arranjos que estabelecem obrigações a seus participantes com vistas a oferecer ao usuário receptor alguma garantia de recebimento. Nesses casos, tais arranjos devem adotar mecanismos para gerenciamento de risco compatíveis com essas obrigações, além de atenderem aos requisitos regulamentares.

20. Além disso, proponho também deixar claro que o gerenciamento de risco financeiro abrange a chegada dos fundos à instituição domicílio, não alcançando o gerenciamento de eventual insolvência dessa instituição (§ 3º).

21. Quanto à participação em arranjos, faz-se necessário promover aperfeiçoamento na redação atual, para deixar claro que podem continuar participando de arranjo – e, portanto, prestando serviços de pagamentos – aquelas instituições de pagamento e instituições financeiras que, necessitando de autorização, já estavam operando quando a norma foi estabelecida e encontram-se em processo de autorização junto ao Banco Central do Brasil. Dessa forma, dá-se clareza ao que já ocorre, além de melhor compatibilidade com o que estipula a Circular nº 3.683, de 4 de novembro de 2013, que trata do processo de autorização de instituições de pagamento e, ainda, da autorização de instituições financeiras a prestar serviços de pagamento naqueles casos em que tal autorização não está dispensada.

### **IV - PARÂMETROS PARA DEFINIÇÃO DE ARRANJOS INTEGRANTES DO SPB**

22. Por fim, considerando os objetivos estabelecidos ao regulador pela Lei nº 12.865, de 2013, sugiro a revogação do dispositivo que trata da redução dos parâmetros para que um arranjo integre o SPB, visto que entendo que os parâmetros atuais são suficientes para contemplar os arranjos que possam representar risco ao normal funcionamento das transações de pagamento de varejo e, também, adequados para incentivar o desenvolvimento de inovações, sem que estas precisem arcar com o custo regulatório quando o arranjo ainda é incipiente.

### **V - CONCLUSÃO**

23. Em síntese, o que proponho é:

- a. conferir maior transparência quanto aos quesitos avaliados no processo de autorização dos arranjos de pagamento integrantes do SPB;
- b. estabelecer prazos para a operacionalização de quesitos regulamentares relativos à abertura da participação em arranjos fechados e à compensação e liquidação centralizadas;
- c. regulamentar a aplicação e a tipificação de medidas preventivas e punitivas em caso de descumprimento das medidas relativas ao item “b”;



## BANCO CENTRAL DO BRASIL

- d. incluir dispositivos destinados a propiciar ambiente com igualdade de condições entre participantes do arranjo;
- e. aprimorar a redação de dispositivos relativos ao gerenciamento de riscos financeiros e participação de modo a conferir-lhes maior clareza;
- f. revogar a redução dos parâmetros para que um arranjo integre o SPB.

24. É o que submeto à aprovação de V.Exas., juntamente com a minuta de circular em anexo, com meu voto favorável, com base no art. 12, inciso XXV, c/c o art. 13, inciso XII, e no art.19, inciso XV, todos do Regimento Interno, para deliberação desse Colegiado, na forma do art. 11, inciso VI, alínea "o", item 1, também do Regimento Interno.

Reinaldo Le Grazie  
Diretor de Política Monetária

Anexo: 1.



Voto /2016-B/CB, de de dezembro de 2016



## BANCO CENTRAL DO BRASIL

CIRCULAR Nº \_\_\_\_\_, DE \_\_\_\_\_ DE DEZEMBRO DE 2016

Altera o Regulamento anexo à Circular nº 3.682, de 4 de novembro de 2013, que disciplina a aplicação/prestação de dispositivos regulamentares durante o processo/serviço de autorização de pagamento no âmbito dos arranjos de pagamentos integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), estabelece os critérios segundo os quais os arranjos de pagamento não integrarão o SPB e dá outras providências.

A Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil, em sessão realizada em \_\_\_\_\_ de dezembro de 2016, com base no disposto nos arts. 9º, inciso I, e 15 da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e na Resolução nº 4.282, de 4 de novembro de 2013,

### RESOLVE:

Art. 1º O Regulamento anexo à Circular nº 3.682, de 4 de novembro de 2013, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º Na execução de suas atividades, o instituidor de arranjo de pagamento deve atuar de forma neutra, de modo a não se utilizar de sua posição para:

I - obter vantagem competitiva indevida para si ou para participante do arranjo; ou

II - prejudicar a concorrência entre os participantes do arranjo.” (NR)

“Art. 13. ....

I - possuir autorização, concedida pelo Banco Central do Brasil, para funcionamento, no caso de instituições de pagamento, ou para prestar serviços de pagamento, no caso de instituições financeiras, ressalvadas:

a) hipóteses de dispensa de autorização aplicáveis a instituições financeiras;

b) disposições específicas que regem a prestação de serviços de pagamento pelas instituições de pagamento e instituições financeiras até o encerramento do processo de autorização de que trata o inciso I;

.....” (NR)

“Art. 16. ....





## BANCO CENTRAL DO BRASIL

§ 1º O Banco Central do Brasil, durante o processo de autorização, poderá convocar entrevistas técnicas, realizar inspeções ou solicitar quaisquer documentos e informações adicionais que julgar necessários para evidenciar a capacidade de o instituidor do arranjo de cumprir seu objeto social, considerados os aspectos técnico-operacionais, organizacionais, administrativos e financeiros.

§ 2º A autorização de que trata o caput está condicionada à verificação, pelo Banco Central do Brasil, da capacidade de o arranjo ser operacionalizado em conformidade com as regras e procedimentos por ele estabelecidos.

§ 3º O Banco Central do Brasil, considerando as circunstâncias de cada caso concreto, poderá dispensar, excepcionalmente e diante de interesse público devidamente justificado, o cumprimento integral da condição prevista no § 1º, desde que seja apresentado cronograma de implantação de soluções para as deficiências encontradas, a ser aprovado pelo Banco Central do Brasil, e subscrito compromisso de cumprimento dos prazos nele indicados.

§ 4º O descumprimento injustificado do cronograma de que trata o § 3º poderá implicar:

I - a aplicação de medidas preventivas de que trata a Circular nº 3.735, de 27 de novembro 2014; ou

II - o cancelamento da autorização.” (NR)

“Art. 21. ....

§ 1º Entre outras informações e documentos de que trata o caput, o Banco Central do Brasil poderá requerer:

I - estatísticas relativas à utilização do serviço de pagamento disciplinado pelo arranjo;

II - relação de participantes e atividades por eles desempenhadas;

III - registros de fraudes;

IV - registros de resolução de disputas; e

V - relatórios de auditoria.

§ 2º O Banco Central do Brasil, no exercício da vigilância, poderá requerer informações aos participantes de arranjos de pagamento sobre o funcionamento desses arranjos e a atuação de seus respectivos instituidores.” (NR)





## BANCO CENTRAL DO BRASIL

~~II - inabilitação temporária para o exercício de cargos de direção na administração ou garantia em instituidoras de arranjos de pagamento, instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, pelo prazo de:~~

~~a) 6 (seis) meses, para atrasos a partir de 30 (trinta) dias e inferiores a 90 (noventa) dias, a ser combinada em conjunto com a multa pecuniária prevista no inciso I; e~~

~~b) 2 (dois) anos, para atrasos a partir de 90 (noventa) dias, a ser combinada em conjunto com a multa pecuniária prevista no inciso I.~~ **II - suspensão do exercício de cargos;**

### III - inabilitação temporária. (NR)

“Art. 27. Os arranjos de pagamento que estabelecem regras e procedimentos que gerem risco de liquidez ou de crédito a seus participantes, com vistas a assegurar ao usuário receptor a liquidação das transações aceitas, devem prever mecanismos de contenção de falha entre participantes, na forma e na extensão aprovadas pelo Banco Central do Brasil.

§ 1º Os mecanismos de que trata o caput devem contemplar a gestão centralizada dos riscos de liquidez e de crédito, tendo em vista a segurança, a eficiência do arranjo, assim como a garantia de competição na participação.

§ 2º Os mecanismos de que trata o caput podem se utilizar das regras e dos procedimentos para tratamento dessas falhas já definidos no regulamento do sistema de compensação e de liquidação estabelecido no arranjo.

§ 3º O gerenciamento das falhas de que trata o caput deve se estender até a liquidação das transações com a instituição domicílio escolhida pelo usuário receptor, não sendo de responsabilidade do arranjo garantir a higidez financeira da instituição domicílio.” (NR)

“Art. 29. ....

Parágrafo único. As regras e os procedimentos de que trata o caput devem vedar:

I - a estipulação, por participantes, de tratamento diferenciado, seja ele mais vantajoso ou mais desvantajoso, a outros participantes do arranjo; e

II - o estabelecimento, entre participantes, de outras formas de tarifa ou remuneração que não as expressamente previstas no regulamento do arranjo, conforme estipulado no art. 17, inciso XIV, deste Regulamento.” (NR)





**BANCO CENTRAL DO BRASIL**

Art. 2º Esta Circular entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Fica revogado o § 2º do art. 2º da Circular nº 3.682, de 4 de novembro de 2013.

Reinaldo Le Grazie  
Diretor de Política Monetária



---

Circular nº \_\_\_\_\_, de \_\_\_\_\_ de dezembro de 2016

## **Parecer Jurídico 788/2016-BC/PGBC**

Parecer que examina proposta de resolução do Conselho Monetário Nacional, dispondo sobre o financiamento do saldo devedor da fatura de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pago.

**Murilo Santos Ramos**

Procurador do Banco Central

**Alexandre Forte Maia**

Procurador-Chefe

**Eliane Coelho Mendonça**

Subprocuradora-Geral Substituta

**Leonardo de Oliveira Gonçalves**

Procurador-Geral Adjunto Substituto do Banco Central

**Cristiano de Oliveira Lopes Cozer**

Procurador-Geral do Banco Central



Parecer Jurídico 788/2016-BC/PGBC  
S/Proc

Brasília, 30 de dezembro de 2016.

*Ementa: Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro. Minuta de ato normativo (resolução). Proposta que visa a dispor sobre o financiamento do saldo devedor da fatura de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pago. Limitação à utilização do crédito rotativo para pagamento de valores decorrentes de operações com cartão de crédito. Possibilidade jurídica da proposta.*

Senhor Procurador-Chefe,

## ASSUNTO

Trata-se de minuta de ato normativo (resolução), apresentada pelo Sr. Diretor de Regulação, que tem por objetivo dispor sobre o financiamento do saldo devedor da fatura de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos.

2. Em síntese, a proposição determina que o saldo devedor da fatura de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos, quando não liquidado integralmente no vencimento, somente poderá ser objeto de financiamento na modalidade de crédito rotativo até o vencimento da fatura subsequente (art. 1º). Após esse prazo – cerca de 30 dias, estima-se –, o saldo devedor poderá ser financiado mediante linha de crédito para pagamento parcelado, desde que em condições mais vantajosas para o cliente em relação àquelas praticadas na modalidade de crédito rotativo, inclusive no atinente à cobrança de encargos financeiros (art. 2º).

3. A minuta também prevê que valores objeto de financiamento mediante linha de crédito para pagamento parcelado deverão ser considerados

nos processos de avaliação de risco de crédito, inclusive quanto à definição dos limites de crédito de cartões e demais instrumentos de pagamento pós-pagos (art. 3º); além disso, veda-se que tais valores sejam refinanciados na modalidade de crédito rotativo (art. 2º, § 2º).

4. Em seu art. 4º, a proposição excepciona sua aplicabilidade aos cartões de crédito e demais instrumentos de pagamento pós-pagos cujos contratos prevejam pagamento das faturas mediante consignação em folha de pagamento.

5. A minuta de resolução ainda dispõe que o Banco Central do Brasil (BCB) monitorará a implementação das disposições nela contidas, podendo propor ao Conselho Monetário Nacional (CMN) adequado tratamento normativo para situações excepcionais, observada a diretriz de oferecimento de condições mais vantajosas para o cliente (art. 5º).

6. Por fim, propõe-se que o ato normativo entre em vigor em 3 de abril de 2017 (art. 6º).

7. É o relatório. Passa-se a opinar.

## APRECIÇÃO

8. A competência do CMN para regulamentar a presente matéria encontra respaldo no art. 4º, incisos VI e VIII, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Tais normas, devidamente citadas no preâmbulo da minuta de resolução enviada para análise, possuem o seguinte teor:

*“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;*

*(...)”.*

9. Outrossim, a iniciativa de sugestão normativa pelo Sr. Diretor de Regulação, com submissão da proposta à Diretoria Colegiada e posterior encaminhamento ao CMN, encontra respaldo no Regimento Interno do BCB1, notadamente em seus arts. 11, inciso V, alínea “c”2, 13, inciso XIII3, e 20, inciso IV4.

10. Poder-se-ia cogitar que o presente ato normativo diria respeito a arranjos que integram o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), a ensejar, por conseguinte, a competência do BCB para regulamentar a matéria, nos termos do que estabelecem os arts. 9º5 e 15º6 da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013.

1 Divulgado como anexo à Portaria nº 84.287, de 27 de fevereiro 2015.

2 “Art. 11. Compete à Diretoria Colegiada:

(...)

*V – aprovar para encaminhamento ao CMN:*

(...)

*c) propostas de regulamentação aplicável a instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, bem como a operações praticadas nos mercados financeiro e de capitais, relativas às competências daquele Conselho; (...).”*

3 “Art. 13. São atribuições dos Diretores, nas respectivas áreas de atuação:

(...)

*XIII – aprovar e submeter à consideração do Presidente ou da Diretoria Colegiada, conforme aplicável, anteprojeto de lei, minuta de medidas provisórias, de decretos, de regulamentos e atos da espécie elaborados no Banco Central; (...).”*

4 “Art. 20. São atribuições do Diretor de Regulação:

(...)

*IV – responder pelos assuntos relativos à área de regulação do SFN, do mercado de câmbio e de capitais internacionais e do sistema de consórcios; (...).”*

5 “Art. 9º Compete ao Banco Central do Brasil, conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional:

*I – disciplinar os arranjos de pagamento;*

*II – disciplinar a constituição, o funcionamento e a fiscalização das instituições de pagamento, bem como a descontinuidade na prestação de seus serviços;*

*III – limitar o objeto social de instituições de pagamento;*

*IV – autorizar a instituição de arranjos de pagamento no País;*

*V – autorizar constituição, funcionamento, transferência de controle, fusão, cisão e incorporação de instituição de pagamento, inclusive quando envolver participação de pessoa física ou jurídica não residente;*

*VI – estabelecer condições e autorizar a posse e o exercício de cargos em órgãos estatutários e contratuais em instituição de pagamento;*

*VII – exercer vigilância sobre os arranjos de pagamento e aplicar as sanções cabíveis;*

*VIII – supervisionar as instituições de pagamento e aplicar as sanções cabíveis;*

*IX – adotar medidas preventivas, com o objetivo de assegurar solidez, eficiência e regular funcionamento dos arranjos de pagamento e das instituições de pagamento, podendo, inclusive:*

*a) estabelecer limites operacionais mínimos;*

*b) fixar regras de operação, de gerenciamento de riscos, de controles internos e de governança, inclusive quanto ao controle societário e aos mecanismos para assegurar a autonomia deliberativa dos órgãos de direção e de controle; e*

*c) limitar ou suspender a venda de produtos, a prestação de serviços de pagamento e a utilização de modalidades operacionais;*

*X – adotar medidas para promover competição, inclusão financeira e transparência na prestação de serviços de pagamentos;*

*XI – cancelar, de ofício ou a pedido, as autorizações de que tratam os incisos IV, V e VI do caput;*

*XII – coordenar e controlar os arranjos de pagamento e as atividades das instituições de pagamento;*

*XIII – disciplinar a cobrança de tarifas, comissões e qualquer outra forma de remuneração referentes a serviços de pagamento, inclusive entre integrantes do mesmo arranjo de pagamento; e*

*XIV – dispor sobre as formas de aplicação dos recursos registrados em conta de pagamento.”*

6 “Art. 15. É o Banco Central do Brasil autorizado a baixar as normas e instruções necessárias ao seu cumprimento.

§ 1º No prazo de 180 (cento e oitenta) dias, o Banco Central do Brasil, tendo em vista diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, definirá as condições mínimas para prestação dos serviços de que trata esta Lei.

11. Entretanto, embora a proposta tangencie, reflexamente, questões relacionadas a arranjos integrantes do SPB, quer-nos parecer que ela cuida, eminentemente, de crédito e operação creditícia, de modo a reivindicar não a competência normativa do BCB prevista na Lei nº 12.865, de 2013, mas a do CMN, estabelecida na Lei nº 4.595, de 1964. Tal conclusão é extraída do próprio conteúdo da minuta de resolução, que contém normas referentes ao financiamento do saldo devedor da fatura de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos, definindo, nesse contexto, que tal saldo somente poderá ser objeto de financiamento na modalidade de crédito rotativo por determinado período (art. 1º), findo o qual o débito remanescente poderá ser financiado mediante linha de crédito para pagamento parcelado (art. 2º).

12. Por outro lado, o art. 3º da minuta poderia suscitar dúvidas quanto à competência do CMN para dispor sobre a regra nele contida. De fato, ao estabelecer que “os valores objeto de financiamento nos termos do art. 2º devem ser considerados nos processos de avaliação de risco de crédito, inclusive quanto à definição dos limites de crédito de cartões de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos”, poder-se-ia concluir que a parte final do dispositivo cuidaria de regra de competência normativa desta autarquia, estabelecida na Lei nº 12.865, de 2013, na medida em que o limite de crédito de cartões e demais instrumentos de pagamento pós-pagos é fixado pelas instituições de pagamento, integrantes do SPB.

13. Todavia, a primeira parte do art. 3º – que faz referência aos processos de avaliação de risco de crédito –, somada ao contexto normativo em que a regra será inserida, indicam que o dispositivo em tela está estreitamente relacionado à disciplina do crédito e das operações creditícias, em seu sentido amplo, de modo que a atribuição do CMN para regulamentar a matéria estaria respaldada no já citado art. 4º, inciso VI, da Lei nº 4.595, de 1964.

14. Ressalte-se que a regra contida no art. 3º *sub examine* tem como preocupação a identificação do perfil de risco do cliente, o que, ao viabilizar o adequado monitoramento do risco de crédito da contraparte, guarda relação com o regular funcionamento das instituições financeiras – e, consequentemente,

---

§ 2º É o Banco Central do Brasil autorizado a estabelecer, para os arranjos de pagamento, os instituidores de arranjo de pagamento e as instituições de pagamento já em funcionamento, prazos para adequação às disposições desta Lei, às normas por ele estabelecidas e às diretrizes do Conselho Monetário Nacional”.

com a higidez do Sistema Financeiro Nacional (SFN). Assim, também por essa razão, é possível extrair a competência do CMN para dispor sobre a norma prevista no art. 3º.

15. Ainda no âmbito da distribuição de competências, merece menção o art. 5º da minuta de resolução, segundo o qual *“o Banco Central do Brasil monitorará a implementação do disposto nesta Resolução, podendo propor ao Conselho Monetário Nacional, caso julgue necessário, o adequado tratamento normativo de eventuais situações excepcionais, observando-se, em qualquer caso, a diretriz de oferecimento de condições mais vantajosas para o cliente, inclusive no que diz respeito à cobrança de encargos financeiros”*.

16. Tal norma está em consonância com a Lei nº 4.595, de 1964, especialmente no que diz respeito ao seu art. 9º<sup>7</sup>, segundo o qual compete ao BCB cumprir e fazer cumprir as normas expedidas pelo CMN, e ao seu art. 11, inciso VII<sup>8</sup>, que atribui ao BCB a permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais, inclusive quanto às modalidades ou processos operacionais utilizados. Dessa forma, caso, no exercício de seus misteres legais, esta autarquia verifique a necessidade de tratamento normativo que contemple situações excepcionais à proposição normativa *sub examine*, nada impede que proponha ao CMN tal adequação, a teor, aliás, do que prevê o já citado art. 11, inciso V, alínea “c”, do Regimento Interno do BCB.

17. Nessa ordem de ideias, sob o ponto de vista da competência normativa, não se visualizam óbices jurídicos à proposta em estudo.

18. Sob o aspecto material, a proposição parece inserir-se na discricionariedade técnica do CMN para dispor acerca do tema. Desse modo, a criação de restrições ao crédito rotativo, assim como a previsão da possibilidade de financiamento do saldo devedor por meio de outras modalidades de crédito, constituem alternativas regulatórias legítimas, cujo mérito extrapola o exame jurídico.

19. De todo modo, registre-se que a minuta de resolução anda bem ao não estabelecer obrigatoriedade de oferta ou contratação de crédito durante ou

7 “Art. 9º Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.”

8 “Art. 11. Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil; (...) VII - Exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem;”.

após o prazo do rotativo, porquanto não se mostra juridicamente viável, ao regulador, impor aos clientes a contratação de operação de crédito ou a adesão a modalidade e a condições de crédito. Essa imposição significaria ingerência do CMN em matéria que lhe é estranha, qual seja, consumerista, além de excesso de intervenção do Conselho, com possível ofensa ao princípio da autonomia da vontade.

20. De mais a mais, compreende-se que as limitações impostas pela presente proposição ao crédito rotativo não têm o condão de caracterizar ingresso indevido na esfera de gestão empresarial das destinatárias da norma, tampouco violação ao correlacionado princípio constitucional da livre iniciativa.

21. Isso porque a norma em apreço insere-se no âmbito da atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, nos termos do que preceitua o art. 174 da Constituição Federal (CF)<sup>9</sup>.

22. É bem verdade que tal atribuição não afasta o dever estatal de observar os fundamentos e princípios gerais da atividade econômica, insculpidos no art. 170 da CF, entre os quais se destaca o da livre iniciativa<sup>10</sup>; contudo, é oportuno lembrar que esse princípio, tal como preconizado no texto constitucional, não ostenta caráter absoluto, de forma que deve ser ponderado com outros princípios aplicáveis à situação concreta.

23. Na hipótese em análise, um desses princípios a ser considerado é o do interesse público, já que a norma que se pretende editar guarda estreita relação com o interesse da coletividade, na medida em que visa, em última análise, a promoção da eficiência nas relações bancárias e a consequente redução das taxas de juros praticadas no mercado. Nesse sentido, lembre-se que o interesse público mereceu especial destaque do legislador constituinte brasileiro quando tratou do SFN. Com efeito, a CF preceitua, textualmente, que o SFN deve ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem<sup>11</sup>.

---

9 “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

10 Conforme art. 170, caput, da CF, verbis: “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: (...)”.

11 Nos termos do art. 192 da CF.

## CONCLUSÃO

24. Ante o exposto, não se visualizam, *s. m. j.*, óbices jurídicos à minuta de ato normativo *sub examine*, cujo conteúdo é transcrito em anexo ao presente parecer.

À consideração de Vossa Senhoria.

MURILO SANTOS RAMOS

*Procurador do Banco Central*

*Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR)*

OAB/DF 45.763

De acordo.

À Senhora Subprocuradora-Geral da CC1PG.

ALEXANDRE FORTE MAIA

*Procurador-Chefe*

*Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR)*

OAB/DF 20.935

De acordo.

Ao Senhor Procurador-Geral Adjunto.

ELIANE COELHO MENDONÇA

*Subprocuradora-Geral Substituta*

*Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro*

OAB/MG 78.456

(Seguem despachos.)

De acordo.

Ao Senhor Procurador-Geral.

*LEONARDO DE OLIVEIRA GONÇALVES*  
*Procurador-Geral Adjunto, Substituto, do Banco Central*  
*Seção de Consultoria e Representação Extrajudicial (PGA-1)*  
*OAB/PE 23.920*

Aprovo.

Ao Diretor de Regulação.

*CRISTIANO DE OLIVEIRA LOPES COZER*  
*Procurador Geral do Banco Central*  
*OAB/DF 16.400*

Anexo ao Parecer Jurídico 788/2016-BC/PGBC  
RESOLUÇÃO Nº ....., DE ... DE ..... DE 2017

*Dispõe sobre o financiamento do saldo devedor da fatura de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos.*

O Banco Central do Brasil, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada em .... de ..... de 2017, com base no art. 4º, incisos VI e VIII, da referida Lei, e tendo em vista o disposto no art. 7º da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013,

R E S O L V E U :

Art. 1º O saldo devedor da fatura de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos, quando não liquidado integralmente no vencimento, somente pode ser objeto de financiamento na modalidade de crédito rotativo até o vencimento da fatura subsequente.

Parágrafo único. O financiamento do saldo devedor por meio de outras modalidades de crédito em condições mais vantajosas, inclusive no que diz respeito à cobrança de encargos financeiros, pode ser concedido, a qualquer tempo, antes do vencimento da fatura subsequente.

Art. 2º Após decorrido o prazo previsto no art. 1º, o saldo remanescente do crédito rotativo pode ser financiado mediante linha de crédito para pagamento parcelado, desde que em condições mais vantajosas para o cliente em relação àquelas praticadas na modalidade de crédito rotativo, inclusive no que diz respeito à cobrança de encargos financeiros.

§ 1º A previsão da linha de crédito de que trata o **caput** pode constar no próprio contrato de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos.

§ 2º É vedado o financiamento do saldo devedor da fatura de cartão de crédito e demais instrumentos de pagamento pós-pagos na modalidade de crédito rotativo sobre valores já parcelados na forma descrita no **caput**.

Art. 3º Os valores objeto de financiamento nos termos do art. 2º devem ser considerados nos processos de avaliação de risco de crédito, inclusive quanto à definição dos limites de crédito de cartões de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos.

Art. 4º O disposto nesta Resolução não se aplica aos cartões de crédito e aos demais instrumentos de pagamento pós-pagos cujos contratos prevejam pagamento das faturas mediante consignação em folha de pagamento.

Art. 5º O Banco Central do Brasil monitorará a implementação do disposto nesta Resolução, podendo propor ao Conselho Monetário Nacional, caso julgue necessário, o adequado tratamento normativo de eventuais situações excepcionais, observando-se, em qualquer caso, a diretriz de oferecimento de condições mais vantajosas para o cliente, inclusive no que diz respeito à cobrança de encargos financeiros.

Art. 6º Esta Resolução entra em vigor em 3 de abril de 2017.

*ILAN GOLDFAJN*

*Presidente do Banco Central do Brasil*

## **Parecer Jurídico 221/2017-BC/PGBC**

Parecer em mandado de segurança, que defende a legalidade de ato, praticado por Gerente-Técnico do Departamento de Organização do Sistema Financeiro do Banco Central no Rio de Janeiro, referente ao indeferimento da eleição do impetrante para o cargo de conselheiro de administração do Banco do Estado do Espírito Santo (Banestes).

**Luís Copetti Medeiros**

Procurador do Banco Central

**Luiz Sérgio Zenha de Figueiredo**

Subprocurador-Chefe

**Fátima Regina Maximo Martins Gurgel**

Procuradora-Chefe



Parecer Jurídico 221/2017-BC/PGBC      Rio de Janeiro, 19 de abril de 2017.  
PE 109605

*Ementa: Impetrante: [REDACTED]. Mandado de segurança contra ato do Gerente-Técnico do Departamento de Organização do Sistema Financeiro – DEORF/GTRJA. Ato impugnado: indeferimento da eleição do impetrante para o cargo de conselheiro de administração do Banco do Estado do Espírito Santo – BANESTES. Legalidade do ato.*

Senhor Subprocurador-Chefe,

## ASSUNTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Sr. Gerente-Técnico do Departamento de Organização do Sistema Financeiro (DEORF/GTRJA) que negou sua posse no Conselho de Administração do Banco do Estado do Espírito Santo –BANESTES (fls. 896-937 dos autos judiciais).

2. Alega o autor, em síntese, que: a) haveria ato jurídico perfeito no processo eleitoral, não podendo ser atingido pela nova lei; b) seria intempestiva a objeção apresentada pelo candidato derrotado na eleição; e c) seria inconstitucional o art. 17, § 2º, inciso III, da Lei nº 13.303, de 30/06/2016, por violação ao art. 8º III da CF.

3. Liminarmente, o autor requereu a suspensão dos efeitos da decisão “*que negou a posse do impetrante no Conselho de Administração do BANESTES, permitindo, assim, o prosseguimento do processo eleitoral ocorrido em período anterior à Lei 13.303, de 30 de junho de 2016.*”

4. O autor formulou também pedido subsidiário para que

seja oficiado o Banco do Estado do Espírito Santo – BANESTES, localizado na Avenida Princesa Isabel, nº 574, Bloco B, 9º Andar, Edifício Palas Center, Centro, Vitória/ES, CEP 29010- 360, para que suspenda qualquer ato de nomeação de novo membro do Conselho de Administração até posterior decisão deste h. Juízo.

5. Houve também pedido para que fosse “*a autoridade coatora intimada para trazer aos autos a cópia integral do processo administrativo objeto do Ofício 21046/2016 – BCB/Deorf/GTRJA – Pt 1601616465*”. Esse pedido, todavia, perdeu o objeto quando o autor juntou cópia do processo administrativo (fls. 157 a 994).

6. Em exame liminar, *inaudita altera parte*, o juízo deferiu a antecipação de tutela (fls. 995-998), na forma como foi requerido na petição inicial:

Em face do exposto, com fulcro no art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09, DEFIRO A TUTELA LIMINAR, para suspender os efeitos da decisão que negou a posse do impetrante ao Conselho de Administração do Banco do Estado do Espírito Santo – BANESTES.

7. Como fundamentos para a concessão da liminar, o juízo considerou que seria inaplicável à eleição, realizada em 29/04/2016, a Lei nº 13.306/2016, publicada em 01/07/2016, data posterior à do pleito. Estaria caracterizado o ato jurídico perfeito e concluído. O *periculum in mora* estaria presente porque, se não fosse a decisão de indeferimento da eleição do impetrante, este já estaria exercendo o cargo para o qual foi eleito.

8. O Gerente-Técnico do Departamento de Organização do Sistema Financeiro (DEORF/GTRJA), autoridade apontada como coatora, foi notificado em 5 de abril de 2017, para prestar informações. Em seguida, a matéria foi distribuída ao subscritor para confecção de parecer a ser apresentado em Juízo a título de informações.

## O PRAZO PARA A ENTREGA DAS INFORMAÇÕES PELA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA

9. A autoridade apontada como coatora dispõe, segundo o art. 7º, II, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, de 10 (dez) dias para prestar as informações. A citada lei, contudo, não dispõe sobre a forma de contagem dos prazos que estabelece, relegando o assunto para a lei geral. O Código de Processo Civil, por sua vez, em seu art. 219, estabelece como deve ser contado o prazo em dias, *in verbis*:

*Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os **dias úteis**.*

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

10. Desse modo, tendo em vista que a autoridade impetrada foi notificada em 05/04/2017, o prazo para que preste informações se encerra em **24/04/2017 (quarta-feira)**<sup>1</sup>. Por isso, conclui-se que houve o atendimento tempestivo o que lhe fora determinado por este Juízo.

## APRECIACÃO

### Litisconsórcio passivo necessário

11. Inicialmente, cabe pontuar a necessidade de intimar o autor para promover a inclusão dos litisconsortes passivos necessários à presente lide. Com efeito, o autor dirige seu pedido contra a decisão do Gerente Técnico do Deorf/GTRJA, que indeferiu a sua posse, mas o objetivo da sua demanda é obter a posse perante o Conselho de Administração do Banco do Estado do Espírito Santo (BANESTES S/A), na condição de representante dos empregados da instituição financeira.

12. Releva informar que, em 6 de março de 2017, antes da propositura

<sup>1</sup> Foi considerado o feriado da semana santa entre quarta-feira (12/4/2017) e domingo (16/04/2017), conforme o art. 62, II, da Lei nº 5.010/66.

do mandado de segurança, o Conselho de Administração reuniu-se em sessão extraordinária e deu posse ao segundo candidato mais votado na eleição para a representação dos empregados no conselho, o Sr. ████████.

13. Dessa forma, nenhum efeito prático advém da suspensão da decisão administrativa do impetrado. Essa decisão não é capaz de, por si só, dar posse ao impetrante, dependendo de ato do conselho de administração que entenda suprido o requisito do art. 33 da Lei nº 4.595/1964, retire do cargo o atual ocupante, nomeie o autor e lhe dê posse como membro do Conselho de Administração da instituição financeira.

14. Portanto, o *writ* prescindiu, em sua petição inicial, do pedido de citação de dois litisconsortes passivos necessários: o Presidente do Conselho de Administração do Banco do Estado do Espírito Santo, quem efetivamente poderá dar posse ao autor no cargo pretendido, e do Sr. ████████, terceiro com interesse jurídico direto no resultado da demanda, pois o pedido autoral acarretaria sua destituição do cargo de conselheiro.

15. A citação de terceiro interessado, no mandado de segurança, é imprescindível para a válida formação da relação processual, devendo ser assinalado prazo para que o autor a promova, nos termos do art. 24 da Lei nº 12.016/2009 e, especialmente, do art. 114 do Novo Código de Processo Civil: *“O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.”*

### **Aplicabilidade do art. 17, § 2º, inciso III, da Lei nº 13.303, de 30/06/2016 à eleição do impetrante**

16. A Lei nº 13.303, de 2016, em seu art. 97, estabelece a sua entrada em vigor na data da publicação, que ocorreu no dia 1º de julho de 2016. Sendo assim, pode-se dizer esta é uma lei sem *vacatio legis*<sup>2</sup>, ou seja, com aplicação imediata a partir de 1º de julho do corrente ano.

17. A referida Lei foi elaborada com o propósito de prever regras gerais

---

2 Expressão latina que significa vacância da lei, correspondendo ao período entre a data da publicação de uma lei e o início de sua vigência (Fonte: <http://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/vacatio-legis>)

para as denominadas empresas estatais, chegando a ser denominada, por alguns autores de artigos jurídicos, de “estatuto das estatais”. De acordo com a sua ementa, seu objetivo é dispor “*sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*”. Desse modo, pode-se dizer que é uma lei nacional, ou seja, aplica-se para as empresas estatais vinculadas a todos os entes da federação (União, Estados e Municípios).

18. Fala-se, no meio jurídico, que a Lei nº 13.303/2016 foi pensada para moralizar as estatais e evitar a “contaminação” dentro destas, que poderia acontecer por ingerências indevidas, por exemplo, de partidos políticos ou sindicatos nos órgãos de administração.

19. Além da proibição de algumas pessoas nos conselhos de administração, a lei exige a observância de requisitos de capacidade técnica para as nomeações. Sobre o assunto, segue o art. 17 da Lei:

Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

I – ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexa àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou  
b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;

2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

3. cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista;

II – ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado; e

III – não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar no 135, de 4 de junho de 2010.

§ 1º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias poderá dispor sobre a contratação de seguro de responsabilidade civil pelos administradores.

§ 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

I – de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

II – de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

**III – de pessoa que exerça cargo em organização sindical;**

IV – de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;

V – de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 2º estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.

§ 4º Os administradores eleitos devem participar, na posse e anualmente, de treinamentos específicos sobre legislação societária e de mercado de capitais, divulgação de informações, controle interno, código de conduta, a Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), e demais temas relacionados às atividades da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

§ 5º Os requisitos previstos no inciso I do caput poderão ser dispensados no caso de indicação de empregado da empresa pública ou da sociedade de economia mista para cargo de administrador ou como membro de comitê, desde que atendidos os seguintes quesitos mínimos:

I – o empregado tenha ingressado na empresa pública ou na sociedade de economia mista por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos;

II – o empregado tenha mais de 10 (dez) anos de trabalho efetivo na empresa pública ou na sociedade de economia mista;

III – o empregado tenha ocupado cargo na gestão superior da empresa pública ou da sociedade de economia mista, comprovando sua capacidade para assumir as responsabilidades dos cargos de que trata o caput. (Grifos nossos).

20. Cabe destacar que o objetivo da norma é evitar que as pessoas que se enquadrem nas situações citadas tomem posse nos referidos cargos e, assim, assegurar que seja garantida a imparcialidade no exercício das funções por quem ocupar os cargos.

21. De acordo com a interpretação finalística da norma, deve ser entendido que as vedações aplicam-se para os casos em que os conselheiros são indicados e para os casos em que são eleitos (como é o caso do Banestes, como pode ser visto em seu Estatuto Social<sup>3</sup>), uma vez que o legislador utilizou o termo “indicação” de forma genérica, e que a finalidade da norma é que, em tais situações, as pessoas sejam impedidas de exercer as atribuições dos cargos nas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

22. É interessante ainda destacar que, regra geral, nas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, não é necessário nenhum procedimento, posterior à indicação ou eleição, para a posse em seus cargos. Todavia, **as instituições financeiras possuem um regramento específico que exige a aprovação do nome pelo Banco Central como condição para a posse** (conforme previsto na norma do art. 33 da Lei nº 4.595, de 1964). Por óbvio, deve o Banco Central verificar se o nome eleito para o cargo incorre em algum impedimento legal antes de aprová-lo, dando efetivo cumprimento ao disposto na Lei nº 13.303, de 2016.

3 Disponível no site [http://www.banestes.com.br/ri/arquivos/governanca/estatuto\\_social.pdf](http://www.banestes.com.br/ri/arquivos/governanca/estatuto_social.pdf), com acesso em 10/04/2017.

23. Sendo assim, como a Lei entrou em vigor no dia 1º de julho e suas disposições incidem sobre as sociedades de economia mista controladas pelos Estados - como é o caso do Banestes, que é controlado pelo Estado do Espírito Santo - deve o Banco Central, na análise sobre a aprovação dos nomes, considerar que as vedações do art. 17, caso presentes no caso concreto, são impeditivas para a posse<sup>4</sup>.

24. Voltando a atenção para o caso ora analisado, resta comprovada nos autos a existência da situação prevista na vedação do inciso III, uma vez que o impetrante exerce cargo em sindicato com mandato em vigor até o ano de 2018, conforme apurado pelo Deorf e admitido na petição inicial da ação mandamental. Portanto, devido a expresso impedimento legal, não poderia esta Autarquia aprovar o nome do impetrante para cargo no conselho de administração do Banestes.

25. É pertinente tecer algumas considerações sobre a inexistência de direito adquirido e de ato jurídico perfeito *in casu*, institutos jurídicos abordados (ainda que de forma superficial) pelo impetrante para defender a aprovação de seu nome.

26. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) - Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – em seu art. 6º, transcrito a seguir, conceitua o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

27. Conforme já explicado no presente Parecer, a Lei nº 4.595, de 1964, determina que o nome dos eleitos para os órgãos de administração das instituições

---

<sup>4</sup> É mister destacar que o Banco Central deve verificar a existência de qualquer impedimento ou requisito previsto pela Lei nº 13.303, de 2016, na análise da aprovação de nomes para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal, no presente processo, mesmo que não questionados nesta consulta, como por exemplo os requisitos previstos no art. 26.

financeiras deve ser aprovado pelo Banco Central. **A aprovação é prevista como uma condição para a posse.** Ou seja, a lei estabelece um procedimento prévio à posse, que é justamente a análise de nomes em curso.

28. Portanto, como a posse depende da aprovação do nome do eleito pelo Banco Central, não há ato jurídico perfeito, que seria aquele já consumado “segundo lei vigente”. No momento da aprovação (já na vigência da Lei nº 13.303, de 2016), o processo de aprovação encontrava-se em curso e inacabado.

29. Também não há como se falar em direito adquirido no caso concreto, pois a análise e aprovação dos nomes pelo Banco Central é um procedimento estabelecido por lei como condição para a posse, não existindo termo pré-fixado ou condição pré-estabelecida inalterável (muito pelo contrário, pois há uma necessária aprovação do nome por um órgão público). Sobre o assunto, segue trecho da doutrina jurídica<sup>5</sup>:

Vê-se, assim, que o princípio constitucional do direito adquirido não se mostra apto a proteger as posições jurídicas contra eventuais mudanças dos institutos jurídicos ou dos próprios estatutos jurídicos previamente fixados.

30. **Em razão do art. 33 da Lei nº 4.595/64, o processo eleitoral do conselho de administração das instituições financeiras não se exaure na votação, dependendo da aprovação do nome pelo Banco Central do Brasil,** que poderá recusá-lo, caso não preencha algum dos requisitos previstos em lei, como a idoneidade, e o cargo restará vago. Nesse caso, estabelece o artigo 28 do estatuto do BANESTES que deverá haver nova eleição.

31. A própria petição inicial demonstra que o processo eleitoral não havia sido concluído antes da Lei nº 13.303/2016, pois o autor requereu a suspensão dos efeitos da decisão “*que negou a posse do impetrante no Conselho de Administração do BANESTES, permitindo, assim, o prosseguimento do processo eleitoral ocorrido em período anterior à Lei 13.303, de 30 de junho de 2016.*”. Ora, quem deseja o prosseguimento do processo eleitoral tem ciência de que não existe ato jurídico perfeito.

5 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2014. Página 375.

32. Dessa forma, enquanto não empossado o membro do conselho de administração, não se pode falar em ato jurídico perfeito, nem em direito adquirido. Não tem direito adquirido justamente porque a sua nomeação depende da aprovação do Banco Central. O ato jurídico não está perfeito por ser de natureza complexa, dependendo da aprovação da autarquia supervisora para a sua conclusão.

33. Outrossim, o Banco Central tem o dever de aplicar a lei vigente no momento da prática do ato jurídico (aprovação). Os requisitos previstos em lei orientam a investidura nos cargos membros do Conselho de Administração, não a *eleição*. Imagine-se, por exemplo, que sobrevenha condenação por crime falimentar ou crime contra o sistema financeiro nacional após a eleição: o eleito teria direito a ser investido e empossado no cargo? É lógico que não.

### **A intempestividade da objeção apresentada pelo candidato derrotado na eleição**

34. O autor alega que a objeção apresentada pelo candidato derrotado na eleição, Sr. ■■■■■, seria intempestiva, pois extrapolara o prazo previsto no art. 2º, § 2º da Circular nº 3.611/2012, do Banco Central. Essa intempestividade foi reconhecida pelo Banco Central, mas não garante ao impetrante o direito de ser empossado contrariando vedação legal que se aplica a ele, como já demonstrado.

35. Cumpre destacar que a intempestividade da objeção não afasta a necessidade de análise, por parte desta Autarquia, sobre a incidência das normas das Leis nº 13.303, de 2016 e nº 12.353, de 2010, no caso concreto, uma vez que o Banco Central, como órgão da Administração Pública, tem a obrigação de conhecer as leis do ordenamento jurídico brasileiro e garantir-lhes a aplicação.

36. A observância às normas do ordenamento jurídico (inclusive requisitos e impedimentos legais) não pode ser ignorada pelo Banco Central, no exercício de sua competência para analisar os nomes eleitos para órgãos estatutários das instituições financeiras, antes da tomada de posse destes, que só ocorre caso exista a aprovação desta Autarquia (expressa ou tácita, conforme deixa claro o § 3º do art. 33 da Lei nº 4.595, de 1964).

37. Assim, a recusa do Banco Central não ocorreu por ter sido o impedimento arguido pelo Sr. ■■■■■, mas por estar previsto em lei vigente, de

aplicação obrigatória pelo Banco Central. Desse modo, o fato de ser intempestiva a objeção não teve, nem poderia ter a mínima influência sobre a decisão adotada pelo Gerente-Técnico do Departamento de Organização do Sistema Financeiro.

**A constitucionalidade do art. 17, § 2º, inciso III, da Lei nº 13.303, de 30/06/2016**

38. O autor alega que o artigo citado seria inconstitucional, por violar o art. 8º, III da Constituição Federal, a seguir transcrito:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:  
(...)

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

39. Em sua concepção, o artigo “*impede o empregado ocupante de função de diretor sindical possa ocupar também a representação da mesma categoria no Conselho de Administração das empresas estatais.*” Não haveria, em suas palavras, qualquer justificativa para impedir que o representante dos empregados no Conselho de Administração seja, ele mesmo, diretor sindical.

40. Cabe, em primeiro lugar, desfazer uma confusão gerada pela inversão de ideias dispostas na petição inicial. Não há, na Lei nº 13.306/2016, uma proibição de que o representante dos empregados no Conselho de Administração seja sindicalizado, o que, na verdade, constituiria uma inconstitucionalidade. Encontra-se preservado, integralmente, o direito de livre associação sindical.

41. Da mesma forma, a Constituição não estabelece, nem de forma implícita, o direito de o dirigente sindical participar do conselho de administração de empresas públicas e sociedades de economia mista, disposição que, se existisse, tornaria inconstitucional o artigo impugnado da Lei das Estatais.

42. Não há, como também procura fazer crer o impetrante, incompatibilidade da Lei nº 13.303/2016 com a Lei nº 12.353/2010, que estabelece a participação de representante dos trabalhadores nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista. Confira-se, a propósito, o que dispõe o art. 2º, § 3º, da Lei nº 12.353, de 2010:

Art. 2º Os estatutos das empresas públicas e sociedades de economia mista de que trata esta Lei deverão prever a participação nos seus conselhos de administração de representante dos trabalhadores, assegurado o direito da União de eleger a maioria dos seus membros.

(...)

§ 3º Sem prejuízo da vedação aos administradores de intervirem em qualquer operação social em que tiverem interesse conflitante com o da empresa, o conselheiro de administração representante dos empregados não participará das discussões e deliberações sobre assuntos que envolvam relações sindicais, remuneração, benefícios e vantagens, inclusive matérias de previdência complementar e assistenciais, hipóteses em que fica configurado o conflito de interesse.

43. A disposição prevista no art. 2º da Lei nº 12.353, de 2010, visa assegurar a participação de representantes dos trabalhadores, ou seja, de empregados, nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista. O *caput* garante a participação dos trabalhadores, por meio de representante, e o § 3º estabelece que este representante não participará de discussões e deliberações sobre assuntos que envolvam relações sindicais, remuneração, benefícios e vantagens, inclusive matérias de previdência complementar e assistenciais, devido à existência de conflito de interesse.

44. A finalidade de garantir a participação de empregados no conselho de administração também está expressamente presente no art. 19, *caput*, da Lei nº 13.303, de 2016, que possui a seguinte redação:

Art. 19. É garantida a participação, no Conselho de Administração, de representante dos empregados e dos acionistas minoritários.

§ 1º As normas previstas na Lei nº 12.353, de 28 de dezembro de 2010, aplicam-se à participação de empregados no Conselho de Administração da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias e controladas e das demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto.

45. Garantir a presença de representante de empregados no conselho de administração não é o mesmo que garantir a presença de representante **sindical** de empregado no conselho de administração. Por esse motivo, não

há incompatibilidade entre a aplicação do art. 2º da Lei nº 12.353, de 2010, e a vedação prevista no art. 17, § 2º, inciso III, da Lei nº 13.303/2016. Em uma interpretação sistemática das normas, chega-se à conclusão de que uma regra garante a participação de representante de empregado no conselho de administração e a outra veda a indicação de pessoa que exerça cargo em sindicato para esta representação no conselho de administração.

46. Como já mencionado, a Lei nº 13.303/2016 foi editada com o propósito de moralizar as estatais e evitar a “contaminação” dentro destas, que poderia acontecer por ingerências indevidas, por exemplo, de partidos políticos ou sindicatos nos órgãos de administração. Além disso, requisitos de capacidade técnica são exigidos para as nomeações.

47. Acrescente-se a isso o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, que estabelece o ônus de demonstrar a inconstitucionalidade por quem a alega. O autor, entretanto, não se desincumbiu desse ônus, devendo ser mantida hígida a decisão administrativa de aplicar a proibição encartada na Lei nº 13.303/2016 ao caso concreto.

## CONCLUSÃO

48. Ante o exposto, reconhece-se como imprescindível para o deslinde da causa a citação dos litisconsortes passivos necessários: o Presidente do Conselho de Administração, órgão que tem capacidade de efetivamente dar posse ao impetrante no cargo de conselheiro, e o Sr. [REDACTED], conselheiro empossado que seria diretamente afetado pela concessão da segurança com a perda do cargo, sob pena de extinção do feito.

49. Ultrapassada a preliminar, conclui-se que, tendo sido corretamente indeferida a eleição do autor, impõe-se o reconhecimento da legalidade do ato administrativo impugnado, com a consequente denegação da segurança.

50. É o parecer que se submete à superior consideração de Vossa Senhoria e que, se aprovado, poderá servir como subsídio às informações a serem prestadas pela autoridade impetrada, nos autos da ação mandamental.

À consideração Superior,

*LUÍS COPETTI MEDEIROS*

*Procurador do Banco Central*

*Procuradoria-Regional do Banco Central no Rio de Janeiro (PRERJ)*

*Matrícula: 6.363.484-8 – OAB/PR 56.136*

De acordo. Ao crivo da Sra. Procuradora-Regional.

*LUIZ SÉRGIO ZENHA DE FIGUEIREDO*

*Subprocurador-Chefe*

*Procuradoria-Regional do Banco Central no Rio de Janeiro (PRERJ)*

*Matrícula: 6.590.849-X – OAB/RJ 70.203*

De acordo.

*FÁTIMA REGINA MAXIMO MARTINS GURGEL*

*Procuradora-Chefe*

*Procuradoria-Regional do Banco Central no Rio de Janeiro (PR2RJ)*

*OAB/RJ 70.490*

# 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 *RTE*, 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) **Destakes:** 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**

