

Volume 8 – Número 2  
Dezembro 2014

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



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

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do Banco Central do Brasil

---

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. / Banco Central do Brasil.  
Procuradoria-Geral. Vol. 1, n. 1, dez. 2007. Brasília: BCB, 2014.

Semestral (junho e dezembro)  
ISSN 1982-9965

1. Direito econômico – Periódico. 2. Sistema financeiro – Regulação –  
Periódico. I. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral.

CDU 346.1(05)

---

Procuradoria-Geral do Banco Central  
Banco Central do Brasil  
SBS, Quadra 3, Bloco B, Edifício-Sede, 11º andar  
Caixa Postal 8.670  
70074-900 Brasília – DF  
Telefone: (61) 3414-1220 – Fax: (61) 3414-2957  
*E-mail:* revista.pgbc@bcb.gov.br



**BANCO CENTRAL DO BRASIL**

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

Volume 8 • Número 2 • Dezembro 2014

**Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**  
**Volume 8 • Número 2 • Dezembro 2014**

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

Adriana Teixeira de Toledo – Banco Central, DF

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

Rosely Palaro Di Pietro – Banco Central, DF

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

Ricardo Ferreira Balota – Banco Central, DF

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

João Marcelo Rego Magalhães – Banco Central, DF

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

**Conselheiros**

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

Edil Batista Júnior – Banco Central, PE

Fabiano Jantalia Barbosa – Banco Central, DF

Jefferson Siqueira de Brito Alvares – Banco Central, DF

José Eduardo Ribeiro de Assis – Banco Central, RJ

Lademir Gomes da Rocha – Banco Central, RS

Liliane Maria Busato Batista – Banco Central, PR

Luiz Regis Prado – Ministério Público do Paraná, PR

Marcelo Dias Varella – Centro Universitário de Brasília, DF

Marcelo Labanca Correa de Araújo – Banco Central, PE

Tânia Nigri – Banco Central, SP

Vincenzo Demetrio Florenzano – Banco Central, MG

**Consultores**

Cassiomar Garcia Silva – Banco Central, DF

Guilherme Centenaro Hellwig – Banco Central, DF

Marcelo Madureira Prates – Banco Central, PR

Bruno Meyerhof Salama – Fundação Getulio Vargas, SP

Camila Villard Duran – Universidade de São Paulo

Ellis Jussara Barbosa de Souza – Banco Central, RJ

Fabício Bertini Pasquot Polido – Universidade Federal de Minas Gerais

Fabício Torres Nogueira – Banco Central, DF

Felipe Chiarello de Souza Pinto – Universidade Presbiteriana Mackenzie

Flavio José Roman – Banco Central, DF

James Ferrer – George Washington University, EUA

João Alves Silva – Banco do Brasil

Leandro Novais e Silva – Banco Central, MG

Luciane Moessa de Souza – Banco Central, RJ

Marcelo Andrade Féres – Procuradoria-Geral Federal

Márcia Maria Neves Correa – Banco Central, RJ

Marcos Antônio Rios da Nóbrega – Universidade Federal de Pernambuco

Marcos Aurélio Pereira Valadão – Universidade Católica de Brasília

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

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo necessariamente o posicionamento do Banco Central do Brasil.

Os pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central passaram por padronização editorial, sem alterações de sentido e de conteúdo.

# Procuradoria-Geral do Banco Central

## Procurador-Geral

Isaac Sidney Menezes Ferreira

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

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos

### Subchefe de Gabinete do Procurador-Geral

Felipe de Vasconcelos Predosa

### Procurador-Geral Adjunto

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

### Subprocuradora-Geral da Câmara de Consultoria Geral

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

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

Eliane Coelho Mendonça

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

Igor Arruda Aragão

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

Danilo Takasaki Carvalho

### Subprocurador-Geral da Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho

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

Viviane Neves Caetano

### Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes

Ériton Bittencourt de Oliveira Rozendo

### Subprocurador-Geral da Câmara de Consultoria Administrativa e Assuntos Penais

Arício José Menezes Fortes

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

Leonardo de Oliveira Gonçalves

### Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Consultoria e Representação Penal

Cassiomar Garcia Silva

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

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

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

**Procurador-Chefe do Banco Central em São Paulo**  
César Cardoso

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

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

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

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

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

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

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

# Sumário

## Editorial

### Apresentação

*Leandro Novais e Silva* \_\_\_\_\_ 13

### Nota da Edição

*Ricardo Ferreira Balota* \_\_\_\_\_ 15

## Artigos

A Cautelaridade da Indisponibilização de Bens na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e Sua Eficácia perante Execuções de Terceiros

*Eduardo Scarparo* \_\_\_\_\_ 19

Entre o Nada e o Pouco: a política habitacional brasileira antes do Sistema Financeiro da Habitação

*Yuri Restano Machado* \_\_\_\_\_ 45

Qual É o Preço do Direito ao Sigilo Bancário? A incorporação jurídica da legislação norte-americana *Foreign Account Tax Compliance Act* no ordenamento brasileiro, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito

*Carolina Reis Jatobá Coêlho* \_\_\_\_\_ 73

O Protesto Extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa

*Thomaz Felipe Bilieri Pazio* \_\_\_\_\_ 95

Legitimidade do Devedor para Requerer a Liquidação do Julgado: conclusão com base no princípio da isonomia na sua perspectiva estática e dinâmica <i>Rosalina Freitas Martins de Sousa</i> _____	125
Confisco de Bens em Matéria Penal – Perspectiva pautada na Análise Econômica do Direito <i>Sólon Cícero Linhares</i> _____	147
Declinação de Ofício das Execuções Fiscais Ajuizadas pela Fazenda Pública em Local Diverso do Local de Domicílio do Réu <i>George Barbosa Jales de Carvalho</i> _____	167
A Execução de Decisões Judiciais contra a Administração Pública em Perspectiva Comparada <i>Alexandre da Silva Arruda</i> _____	189
The Central Bank's Role in Consumer Protection: a viable model for Brazil <i>Adriana Teixeira de Toledo</i> _____	213

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

Parecer Jurídico 98/2014-BCB/PGBC

Parecer que analisa a questão jurídica acerca da aplicabilidade às instituições do conglomerado financeiro do § 1º do art. 111 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que sucedeu o parágrafo único do art. 81 do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940.

*Márcio Rafael Silva Laeber e Eliane Coelho Mendonça* \_\_\_\_\_ 255

Petição 6.082/2013-BCB/PGBC

Petição requerendo a admissão do Banco Central do Brasil como *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.022/RO, proposta para obter a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar rondoniense nº 717, de 24 de julho de 2013, que alterou a Lei Complementar nº 701, de 5 de

março de 2013. Os normativos referidos dispõem sobre o processamento de consignações em folha de pagamentos dos servidores públicos ativos, inativos, pensionistas e empregados públicos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo do Estado de Rondônia.

*Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho, Isaac Sidney Menezes Ferreira,  
Mariana Casati Nogueira da Gama e Flavio José Roman \_\_\_\_\_* 279

Parecer Jurídico 38/2014-BCB/PGBC

Parecer que analisa questões relativas à revisão e consolidação da regulamentação relativa às aplicações de investidor não residente no Brasil, nos mercados financeiro e de capitais nacionais, disciplinada pela Resolução nº 2.689, de 26 de janeiro de 2000. A mencionada reformulação normativa tem como um dos escopos a ampliação do conceito de *Depositary Receipts* (DRs) – valores mobiliários disciplinados pelo Anexo V à Resolução nº 1.289, de 20 de março de 1987, alterada pela Resolução nº 1.927, de 18 de maio de 1992 – uma vez que estes passariam a representar, também, os instrumentos elegíveis ao Patrimônio de Referência (PR) de instituições financeiras e demais entidades, de capital aberto, autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (BCB).

*Humberto Cestaro Teixeira Mendes e Danilo Takasaki Carvalho \_\_\_\_\_* 305

Petição 6.305/2014-BCB/PGBC

Petição apresentada pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil nos autos do recurso extraordinário interposto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em que se discute a competência para a regulação da concorrência no âmbito do mercado financeiro.

*Isaac Sidney Menezes Ferreira, Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho,  
Marcio Vidal de Campos Valadares e  
Ériton Bittencourt de Oliveira Rozendo \_\_\_\_\_* 319

**Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central \_\_\_\_\_** 341

## Apresentação

Há o claro objetivo de consolidação e afirmação da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. Não é um objetivo fácil, nem se percorre um caminho simples para alcançá-lo. Uma publicação de Direito e Economia, com enfoque, embora não exclusivo, no Direito Econômico da Regulação Financeira, tem sua importância revelada no tempo de publicação, que chega a oito anos.

O objetivo se descortina pela necessidade de gradual ascensão da Revista, que hoje se encontra no estrato B5, na avaliação elaborada pelo sistema Qualis, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) do Ministério da Educação. Um dos requisitos para elevação desse grau, no entanto, já denota sua consolidação: a periodicidade semestral da Revista, sem hiatos de edição em oito anos, que sinaliza maturidade e segurança da publicação.

De qualquer forma, outros avanços constituem linha de atuação da Diretoria e dos editores da Revista. Uma das prováveis linhas de avanço é tornar o grupo de conselheiros e consultores mais eclético, profissional e, academicamente, menos endogâmico. Nesse sentido, contamos recentemente com a participação, de James Ferrer, da *George Washington University*, na qualidade de consultor. É uma linha de atuação indispensável, que começa a ser trilhada pela Edição da Revista.

Outro ponto de avanço, decorrente do anterior, que também já se consolida, é a recepção de maior número de artigos externos, com visível caráter interdisciplinar. Não cabe à Revista da Procuradoria-Geral proporcionar exclusivamente a divulgação e a interação de trabalhos e artigos internos – de significativa qualidade e importância –, mas que se torne “lugar próprio” de publicação para a comunidade acadêmica e profissional dos mais relevantes trabalhos da área, de âmbito nacional e internacional. Revela-se uma linha editorial plural.

Ainda nessa última perspectiva de atuação, a Revista da Procuradoria-Geral, embora seja igualmente destinada a temas correlatos ao Direito Econômico e de interesse da Advocacia Pública federal, o que não deixa de ser oportuno, tem inteira vocação para se constituir, tendo como articulados os avanços anteriores, na principal publicação do país na investigação dos temas de Direito Econômico da Regulação Financeira. Ocupar esse nicho, especialíssimo, de notória relevância, cuja carência é visível, representa um objetivo e um estímulo desafiadores.

A reunião dos artigos do presente número intenta continuar a trilhar esse caminho, apresentado aqui em linhas bem sucintas. Ainda que o desafio de consolidação e afirmação da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central possa ser orientado por um critério de avaliação, sempre importante para mensuração objetiva, o ponto mais relevante é a contínua e persistente divulgação do conhecimento, indissociável para formação de uma sociedade mais igualitária, plural e desenvolvida.

**Leandro Novais e Silva**

@lnovaisufmg

## Nota da Edição

É com renovado contentamento que a Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil (PGBC) lança o número 2 do volume 8 da sua Revista, referente ao segundo semestre de 2014. Buscando inspiração no grande orador Padre António Vieira, pode-se dizer que a Revista, tal qual o “trigo que caiu na terra boa, nasceu e frutificou com grande multiplicação: *Et natum fecit fructum centuplum*”<sup>1</sup>, tem caído na terra boa da comunidade jurídica e, dessa forma, tem florescido e dado bons frutos para o debate sobre os temas da seara do Direito Econômico.

O primeiro artigo, A Cautelaridade da Indisponibilização de Bens na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e Sua Eficácia perante Execuções de Terceiros, visa a esclarecer a natureza cautelar da indisponibilidade de bens desse diploma legal e, daí em diante, traçar suas mais relevantes consequências para aplicação do instituto pelo poder judiciário.

No segundo artigo, Entre o Nada e o Pouco: a política habitacional brasileira antes do Sistema Financeiro da Habitação, é apresentada a evolução das políticas habitacionais no Brasil, desde o período monárquico até a implementação do Sistema Financeiro da Habitação, em 1964. O artigo ressalta também a inclusão do direito a moradia no rol dos direitos sociais previstos na Constituição Federal, com promulgação da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.

No artigo seguinte, Qual É o Preço do Direito ao Sigilo Bancário? A incorporação jurídica da legislação norte-americana *Foreign Account Tax Compliance Act* no ordenamento brasileiro, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, a autora examina, sob o enfoque da Análise Econômica do Direito, os impactos que a incorporação do *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) trará ao ordenamento jurídico nacional.

---

1 VIEIRA, António. Sermão da Sexagésima. In: Sermões Escolhidos. São Paulo: Edameris, 1965, 2 v. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000034.pdf>>.

Por seu turno, no artigo O Protesto Extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa, o autor tem como propósito demonstrar que o protesto extrajudicial de certidões de dívida ativa da União, do Distrito Federal, dos estados, dos municípios e de suas respectivas autarquias e fundações públicas é um instrumento capaz de trazer mais celeridade e eficácia aos procedimentos administrativos de recuperação de créditos públicos.

Aplicando o princípio constitucional da isonomia das partes no processo, o artigo seguinte, Legitimidade do Devedor para Requerer a Liquidação do Julgado: conclusão com base no princípio da isonomia na sua perspectiva estática e dinâmica, aborda a questão da legitimidade concorrente do devedor para requerer a liquidação do julgado.

Na sequência, o artigo Confisco de Bens em Matéria Penal – Perspectiva pautada na Análise Econômica do Direito estuda, sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito, o instituto jurídico do confisco de bens originados de atividades criminosas como instrumento alternativo para garantir mais eficácia no combate às organizações criminosas dedicadas à obtenção de maior poder financeiro.

A seguir, o artigo Declinação de Ofício das Execuções Fiscais Ajuizadas pela Fazenda Pública em Local Diverso do Local de Domicílio do Réu aprofunda o estudo da controversa questão relativa à possibilidade de o juiz federal declinar da competência para processar execuções fiscais propostas em localidade em que não seja domiciliado o executado para o juiz estadual.

À luz do direito comparado, com destaque para a evolução da doutrina, da legislação e da jurisprudência da Alemanha e dos Estados Unidos, o autor do artigo A Execução de Decisões Judiciais contra a Administração Pública em Perspectiva Comparada faz uma análise do instituto da impenhorabilidade dos bens públicos.

Esta edição da Revista conta ainda o artigo *The Central Bank's Role in Consumer Protection: a viable model for Brazil*, que, com base em pesquisa sobre a experiência internacional de regulação financeira, propõe um modelo de proteção do consumidor no âmbito do sistema financeiro nacional.

A seção de pronunciamentos da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central conta as seguintes manifestações jurídicas da PGBC: um parecer acerca da aplicabilidade às instituições do conglomerado financeiro do § 1º do art. 111

da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que sucedeu o parágrafo único do art. 81 do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940; uma petição em que se requer a admissão do Banco Central do Brasil como *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.022/RO, proposta para obter a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar rondoniense nº 717, de 24 de julho de 2013, que alterou a Lei Complementar nº 701, de 5 de março de 2013. Os normativos referidos dispõem sobre o processamento de consignações em folha de pagamentos dos servidores públicos ativos, inativos, pensionistas e empregados públicos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo do Estado de Rondônia. Um parecer analisa questões relativas à revisão e consolidação da regulamentação relativa às aplicações de investidor não residente no Brasil, nos mercados financeiro e de capitais nacionais, disciplinada pela Resolução nº 2.689, de 26 de janeiro de 2000. A mencionada reformulação normativa tem como um dos escopos a ampliação do conceito de *Depositary Receipts* (DRs) – valores mobiliários disciplinados pelo Anexo V à Resolução nº 1.289, de 20 de março de 1987, alterada pela Resolução nº 1.927, de 18 de maio de 1992 – uma vez que eles passariam a representar, também, os instrumentos elegíveis ao Patrimônio de Referência (PR) de instituições financeiras e demais entidades de capital aberto, autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Por fim, a petição apresentada pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil nos autos do recurso extraordinário interposto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), em que se discute a competência para a regulação da concorrência no âmbito do mercado financeiro.

Boa leitura!

Brasília, 28 de novembro 2014.

**Ricardo Ferreira Balota**

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

# A Cautelaridade da Indisponibilização de Bens na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e Sua Eficácia perante Execuções de Terceiros

Eduardo Scarparo\*

*Introdução. 1 Da cautelaridade do art. 36 da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974. 2 Da aplicação do regime cautelar à indisponibilidade de bens do art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974. 3 Da eficácia da indisponibilidade de bens perante execuções de terceiros. 3.1 Perspectiva vinculada à inalienabilidade material dos bens sujeitos à indisponibilidade do art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974. 3.2 Aplicabilidade do regime de prelação aos bens sujeitos à indisponibilidade do art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974. 4 Considerações finais.*

## Resumo

Este ensaio estuda o art. 36 da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, que indica a natureza cautelar da indisponibilização de bens de ex-administrador de instituição financeira sob intervenção ou liquidação extrajudicial. Dessa premissa decorrem considerações acerca da sua revogabilidade, manutenção e extensão. Ao final, relaciona-se a eficácia processual com a regra de prelação de penhoras, justificando jurídica e teoricamente os limites da efetividade da indisponibilização perante execuções de terceiros.

**Palavras-chave:** Indisponibilidade cautelar. Liquidação extrajudicial. Intervenção extrajudicial.

---

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Adjunto de Direito Processual Civil na UFRGS. Advogado militante em Porto Alegre.

## *The Precautionary of Propriety Unavailability in the Federal Brazilian Statute n.º. 6.024, of March 13<sup>th</sup>, 1974, and Its Effectiveness beyond Third Parties Enforcement Claims*

### *Abstract*

*The paper studies the article 36 of the federal brazilian statute n.º. 6.024, of March 13<sup>th</sup>, 1974, pointing the precautionary nature of the unavailability of proprieties of the ex-manager of finance companies under intervention or extrajudicial liquidation. From this premise several considerations are taken about its revocability, maintainable and extension. Lastly, the process effectiveness is related with the prior preference attachment's rule, justifying theoretical and legally the bounds of the unavailability effectiveness beyond third parties enforcement claims.*

*Keywords: propriety unavailability, precautionary, extrajudicial intervention, extrajudicial liquidation.*

### **Introdução**

A Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, regulamenta a intervenção e a liquidação extrajudicial de sociedades integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Quando, com força no interesse público na salvaguarda da economia popular, são verificadas irregularidades ou má administração passíveis de gerar riscos aos credores dessas instituições, o Banco Central do Brasil submete-as ao regime de intervenção (art. 2º), ou, nas hipóteses de irregularidades mais graves ou diante de risco de insolvência (art. 15), determina-lhes a aplicação do regime de liquidação extrajudicial.

Em qualquer dos casos, o decreto do presidente do Banco Central do Brasil que estabelece o referido regime acarreta, por força do art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974<sup>1</sup>, a indisponibilização geral dos bens dos ex-administradores da instituição

---

1 Lei nº 6.024, de 1974. "Art. 36. Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades."

§ 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção, a extrajudicial ou a falência, atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato."

financeira. Assim se dá com a finalidade precípua de proteger os credores da sociedade de eventuais riscos de insolvência da pessoa física do ex-administrador, que fica impedido de se desfazer ou de negociar seus bens temporariamente.

Essa indisponibilização de bens é uma medida de segurança advinda diretamente da lei (eficácia *ex vi lege*) e decorrente da simples decretação de intervenção ou liquidação, sem necessidade, portanto, de chancela prévia do Poder Judiciário. Seu objetivo é apenas acautelar créditos de terceiros (credores da instituição financeira) até a apuração das responsabilidades dos ex-administradores, que ocorre mediante a ação de responsabilidade regulamentada no art. 46 da Lei nº 6.024, de 1974, demanda de cunho coletivo a ser promovida pelo Ministério Público.

Inegável é que, geralmente, a decretação de intervenção ou de liquidação não se apresenta como único percalço a ser superado pelos ex-administradores das instituições financeiras. Com o decreto, as mais variadas reivindicações de créditos ou bens do ex-administrador, relacionados ou não com a instituição financeira, passam a ser frequentes, ensejando, entre outras medidas, processos executivos, arrestos, sequestros, penhoras. Ademais, não é incomum a indisponibilização de bens extrapolar a finalidade para a qual foi instituída, ocasionando, assim, danos ao ex-administrador sujeito à constrição.

Partindo-se da compreensão da natureza assecuratória-cautelar da indisponibilidade de bens prevista no art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, avaliar-se-á acerca dos requisitos de manutenção da medida, bem como de seus limites e substitutivos. Em segundo momento, ponderar-se-á sobre a possibilidade e a eficácia de novas constrições em processos executivos propostos por terceiros, credores do ex-administrador de instituição financeira em intervenção ou liquidação extrajudicial.

## **1 Da cautelaridade do art. 36 da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974**

A primeira constatação a fazer a respeito da indisponibilização de bens é que a medida descrita no art. 36 da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, tem natureza cautelar. Possui o nítido propósito de assegurar a viabilidade de eventual execução futura. No caso, a lei institui a presunção relativa de corresponsabilidade do

ex-administrador, a produzir efeitos instantaneamente ao decreto de intervenção ou liquidação extrajudicial. Essa presunção será afastada ou confirmada na Ação de Responsabilidade, disciplinada no art. 46 da Lei nº 6.024, de 1974.

A estabilização do regime de corresponsabilidade do ex-administrador não é, porém, concomitante ao decreto de intervenção ou liquidação, pois exige ação própria (art. 46). Apenas enquanto não resolvida essa questão, tem relevância o art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, já que serve como garantia em favor dos credores da instituição financeira. Nesse sistema, os bens constrictos somente serão passíveis de expropriação acaso procedente o pedido promovido na ação de responsabilidade, em juízo de cognição plena e exauriente.

Tendo por premissa essa finalidade, salta aos olhos haver, na impropriedade de se sustentar, constante na medida prevista no art. 36, a natureza sancionatória do ex-administrador. Nesse passo, merece ressalvas a exposição de motivos da referida lei, cuja leitura apressada poderia ensejar o reconhecimento de caráter punitivo à indisponibilização de bens ora em exame<sup>2</sup>. A possível responsabilização dos ex-administradores ocorre somente mediante apuração específica para fins de extensão do regime de responsabilidade. De outra sorte, eventual sanção criminal do ex-administrador deve ser aferida no âmbito de um processo penal, mediante a ingerência de todas as garantias constitucionais que lhe são inerentes.

Já a indisponibilização de bens ora em comento opera como medida preventiva de alta eficácia para fim de garantir solvabilidade do ex-administrador. Serve para fim de garantir que existam bens passíveis de penhora ulterior, acaso julgada procedente a ação de responsabilidade de que trata o art. 46 da Lei nº 6.024, de 1974. No caso, singelo é perceber que a indisponibilização tem caráter de prover segurança para eventual futura execução decorrente da condenação dos ex-administradores da instituição financeira. Não tem, portanto, caráter diretamente sancionatório, estando vinculada ao exercício de ação para apuração da responsabilidade dos ex-administradores.

Convém atentar ao parágrafo único do art. 44 que reforça tal entendimento, uma vez que condiciona a indisponibilidade de bens à presença de um prejuízo

---

2 Exposição de motivos da Lei nº 6.024, de 1974: “Por outro lado, haveria de se dar sentido dinâmico e efetivo ao instituto da intervenção, sem descuidar da penalização de administradores faltosos. Estes aspectos seriam abrangidos no incluso projeto de lei, que a honra de submeter à elevada consideração de Vossa Excelência, contemplando três pontos que reputo de importância básica: a) suspensão da exigibilidade das operações vencidas e da fluência do prazo nas operações vincendas, enquanto dure o processo de intervenção; b) extensão do preceito de indisponibilidade aos bens dos administradores; c) instituição de inquérito para apuração de responsabilidade.”

indenizável, e não, como seria acaso sua natureza fosse sancionatória, à realização de quaisquer atos ilícitos civis ou criminais<sup>3</sup>. Assim sendo, não havendo prejudicados, de ofício ou a requerimento de qualquer interessado, o Banco Central do Brasil (no caso de intervenção ou liquidação extrajudicial) ou o juiz (no caso de falência) devem determinar o levantamento integral da indisponibilidade.

Medida cautelar é aquela cujo objetivo é assegurar o exercício de um direito submetido a risco de dano iminente, marcada pela temporariedade de sua concessão e pela sua não satisfatividade<sup>4</sup>. Em regra, as cautelares são determinadas por decisão judicial, sendo que, comumente advêm do ajuizamento pela parte interessada de um processo cautelar ou, ao menos, parte de um pedido cautelar incidental no curso de uma demanda de referência<sup>5</sup>.

Lição básica de processo civil é referir que, quando o interessado busca a segurança ao seu direito ao crédito ou a determinados bens, é possível se valer de medidas cautelares típicas, como o arresto e o sequestro, ou de medidas cautelares atípicas, fundadas no poder geral de cautela<sup>6</sup>. Outrossim, a indisponibilização de bens com finalidade cautelar não é assunto de interesse exclusivo na aplicação da Lei nº 6.024, de 1974, estando presente também em diversos estatutos pátrios, como na medida cautelar fiscal prevista na Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992 (art. 4º)<sup>7</sup>, nos casos de improbidade administrativa na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992

3 Tampouco se pode confundir as dimensões indenizatórias e de ilicitude, já que nem sempre da ilicitude decorre um dano. A propósito, dessa constatação se vislumbra a diferenciação das tutelas sob a perspectiva do direito material entre as tutelas conta o ilícito e as tutelas reparatórias (MARINONI, 2008, p. 52-62). Nessa linha, a Ação de Responsabilidade prevista no art. 46 da Lei nº 6.024, de 1974, deve ser entendida como uma ação reparatória, dado que exige a verificação de um prejuízo, tal qual apontado no art. 44 da referida lei.

4 Na lição de Ovídio Baptista da Silva, as cautelares têm sustento em um direito material à segurança, derivado de uma situação de urgência que submete um interesse tutelável a um risco de dano iminente. Trata-se, em outras palavras, de uma forma de tutela jurisdicional destinada a conferir segurança para fins de possibilitar ulterior execução (segurança para execução). A tutela cautelar atende “a uma situação de dano iminente, incapaz de ser tutelada pela jurisdição comum, a ser constatado pelo juiz no conjunto circunstancial do caso concreto” (SILVA, 2009, p. 52). Em teoria antagônica, de larguíssima adoção na doutrina brasileira, fundada na instrumentalidade desenvolvida a partir dos estudos de Calamandrei (CALAMANDREI, 1936), considera-se cautelar a tutela jurisdicional cuja finalidade é a proteção da eficácia de um processo jurisdicional. Essas as duas principais teorias acerca da natureza das medidas cautelares. No caso em exame, a adoção de qualquer teoria de base sobre as medidas cautelares amparam a visualização do art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, como de natureza cautelar.

5 Pedido permitido a partir da inclusão do § 7º no art. 273 do Código de Processo Civil (CPC).

6 “A segurança quanto aos bens visa, em regra, possibilitar a execução. Compreende medidas coercitivas de garantia como o arresto, o sequestro (sic), a caução (esta provocada ou espontânea também), e providências inominadas de toda ordem. As últimas possuem natureza indeterminada, variável em função do conteúdo da relação material em lide, e se manifestam, em regra, através do poder cautelar genérico e atípico do juiz. (...) As cautelares asseguradoras da execução, ou inibitórias, tendem a manter o status quo entre as partes, a evitar que a duração do processo se traduza em alteração do equilíbrio inicial” (LACERDA, 1981, p. 16-17).

7 Lei nº 8.397, de 1992. “Art. 4º. A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.”

(art. 7º)<sup>8</sup>, e na Constituição Federal (art. 37, §4º)<sup>9</sup>, em aplicações falimentares no Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (art. 12, §4º)<sup>10</sup>, na Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (art. 82, §2º)<sup>11</sup>, na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, relativa a Planos Privados de Assistência à Saúde (art. 24-A)<sup>12</sup>, na Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, relativa a entidades de previdência privada (art. 59)<sup>13</sup>, na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, Lei nº 8.443, de 16 de junho de 1992 (art. 44, §2º)<sup>14</sup>, e no Código Tributário Nacional (art. 185-A)<sup>15</sup>.

---

8 Lei nº 8.429, de 1992. “Art. 7º. Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o *caput* deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.”

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

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

10 Decreto-Lei nº 7.661, de 1946. “Art. 12, § 4º. Durante o processo, o juiz, de ofício ou a requerimento do credor, poderá ordenar o sequestro dos livros, correspondência e bens do devedor, e proibir qualquer alienação destes, publicando-se o despacho, em edital, no órgão oficial. Os bens e livros ficarão sob a guarda de depositário nomeado pelo juiz, podendo a nomeação recair no próprio credor requerente.”

11 Lei nº 11.101, de 2005. “Art. 82, § 2º. O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.”

12 Lei nº 9.656, de 1998. “Art. 24-A. Os administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde em regime de direção fiscal ou liquidação extrajudicial, independentemente da natureza jurídica da operadora, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

§ 1º. A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a direção fiscal ou a liquidação extrajudicial e atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato.”

13 Lei Complementar nº 109, de 2001. “Art. 59. Os administradores, controladores e membros de conselhos estatutários das entidades de previdência complementar sob intervenção ou em liquidação extrajudicial ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

§ 1º. A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção ou liquidação extrajudicial e atinge todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores.”

14 Lei nº 8.443, de 1992. “Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

§ 1º. Estará solidariamente responsável a autoridade superior competente que, no prazo determinado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista no *caput* deste artigo.

§ 2º. Nas mesmas circunstâncias do *caput* deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos art. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.”

15 Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. “Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

§ 1º. A indisponibilidade de que trata o *caput* deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite.”

Malgrado doutrina em contrário, sustenta-se que o simples fato de a indisponibilidade de bens prevista no art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, não advir diretamente de ato judicial prévio não serve para elidir o reconhecimento de sua natureza cautelar. No caso, dúvida alguma há de que se trata de uma medida de segurança para viabilizar posterior execução. Ela tem a eficácia *ex vi lege* justificada por um decreto de intervenção ou liquidação de uma instituição financeira, situação grave, cuja regulação e condução são atribuições do Poder Executivo.

Ovídio Baptista da Silva refuta qualquer hipótese de tutela cautelar decorrente da lei. Em seus termos (SILVA, 2009, p. 52), a tutela cautelar não se presta para prover contra o risco de dano que fosse pressuposto no plano legislativo.

Este argumento já seria, por si só, suficiente para afastar a natureza cautelar desses provimentos, uma vez que a cautelaridade pressupõe (...) que a tutela jurisdicional atenda a uma situação de dano iminente, incapaz de ser tutelada pela jurisdição comum, a ser constatado pelo juiz, no conjunto circunstancial do caso concreto.

Como já indicado, não se concorda com essa restrição, tendo em vista que o fato de a prevenção temporária ao risco iminente ter sido predisposta provisoriamente pela norma jurídica não afasta sua função ou ontologia. Não se verifica nenhum inconveniente de o imperativo da indisponibilidade haver decorrido de fontes do poder estatal que não o Poder Judiciário. Afinal, assumir essa interpretação significa adotar percepção rígida da separação dos poderes, como se a jurisdição operasse um direito formado em um plano de atuação diverso da atividade legislativa.

Além disso, a eficácia da constrição independente de pronunciamento judicial não dispensa a análise do caso, ao ser decretada intervenção ou liquidação, nem mesmo seu reexame perante o órgão jurisdicional. Em outras palavras, a manutenção das restrições sobre os bens fundadas no art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, depende da avaliação do Poder Judiciário, que poderá revogá-las tão logo se verifiquem ausentes os requisitos de probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) – inicialmente fundado em presunção relativa legal – e de urgência (*periculum in mora*) – decorrente da hipótese plausível de insolvabilidade da instituição financeira.

Considerando especialmente a perspectiva de separação de poderes, anota-se que a Lei nº 6.024, de 1974, foi outorgada em período deveras conturbado da

história política brasileira, em tempo ditatorial, tendo também forte influência do direito italiano fascista, especificamente do Régio Decreto nº 267, de 16 de março de 1942. Esse fato explica o fortalecimento do Poder Executivo na condução das intervenções e liquidações de instituições financeiras, com a exclusão do Poder Judiciário da sua decretação e do seu proceder. A origem do ato de poder, no entanto, não transmuda a natureza cautelar decorrente da medida, uma vez que é inequívoca sua fundação na necessidade de assegurar um direito sob risco, por meio de cognição de aparência, no caso, presumida pela lei, mas passível de reavaliação jurisdicional.

Há quem critique a constitucionalidade da indisponibilização de bens por ato administrativo do Banco Central do Brasil, em razão de ensejar possível violação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório (MATTOS, 2013). Afinal, diz-se que a constrição de bens nesse caso se dá exclusivamente pelo Poder Executivo, sendo independente da chancela do Judiciário para ter seus efeitos vigentes. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no AgRg no REsp 615.436/DF que a postergação do contraditório a fim de tornar indisponíveis os bens com o decreto de liquidação extrajudicial não o exclui, razão pela qual reconheceu a validade do procedimento<sup>16</sup>. Essa interpretação é pressuposta para a consideração de constitucionalidade da norma jurídica em questão, sendo que conduz à aceitação de revisão com revogação parcial ou total da indisponibilidade por ato jurisdicional.

O art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, tem por fulcro garantir a solvabilidade do ex-administrador, acaso reste procedente o pedido veiculado na ação de responsabilidade de que trata o art. 46, protegendo, daí, os credores da instituição em intervenção ou liquidação extrajudicial. Sendo assim, é perceptível que essa

---

16 ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. LEI Nº 6.024/74. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. PROTEÇÃO. MERCADO FINANCEIRO E CONSUMIDORES. CONTRADITÓRIO POSTECIPADO. (...) 4. Considerando que a decretação de liquidação configura verdadeiro instrumento de intervenção estatal no domínio econômico, e não mera sanção, não há que ser aplicada, sequer subsidiariamente, a disciplina veiculada no art. 4º, § 1º, da Lei 4.728/65. 5. A Lei 6.024/74 no afã de conjurar *incontinenti* o *periculum in mora* para o mercado financeiro de capitais, instituiu o contraditório postecipado, por isso que, decretada a liquidação extrajudicial proceder-se-á a inquérito (art. 41) após o quê se oferece oportunidade de defesa aos envolvidos. É que a lei instituiu um sistema em que o contraditório e a ampla defesa são diferidos, necessário para que o exercício do poder de polícia do Banco Central seja efetivo, já que, de modo contrário, sua intervenção não teria eficácia. Tal sistema, conquanto permita a decretação da liquidação extrajudicial mediante indícios, não dispensa a apuração posterior dos fatos que lhe deram causa, a ser feita sob o crivo do contraditório e da mais ampla defesa. (...) (AgRg no REsp 615.436/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 04.11.2004, DJ 06.12.2004 p. 210) 19. Recurso Especial parcialmente conhecido, e nesta parte, desprovido. (REsp 930.970/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008).

indisponibilização de bens é medida de cautela, e que a ela subjaz um direito de crédito sob risco.

Seguindo-se a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg no REsp 615.436/DF, é de se notar que, se, de um lado, com a decretação da intervenção ou da liquidação, os ex-administradores têm imediatamente todos os seus bens indisponibilizados (art. 36), para evitar a dissipação do seu patrimônio, por outro, somente após a apuração final das suas responsabilidades, com o pleno exercício dos direitos vinculados ao devido processo legal, podem ser atingidos direta ou indiretamente os seus bens pessoais. Nisso, há, notoriamente, contraposição entre garantir o cumprimento das obrigações e garantir mínimos direitos de defesa do ex-administrador sobre seus bens<sup>17</sup>. Verifica-se que, inarredavelmente, há um limite mínimo de interpretação constitucional determinante de que, embora os bens do ex-administrador restem imediatamente indisponíveis, o ataque final ao seu patrimônio simplesmente não pode ocorrer de qualquer forma, seja ela direta ou indireta antes do trânsito em julgado com procedência da ação de responsabilidade.

Importante é ter presente que a cautelaridade presente na medida institui a indisponibilização genérica sobre os bens do ex-administrador, com a finalidade de proteção dos credores da instituição em intervenção ou liquidação. A compreensão de que a medida de indisponibilização da Lei nº 6.024, de 1974, tem natureza cautelar conduz ao entendimento de excepcionalidade no modo de concretização dos direitos fundamentais, diante da reorganização axiológico-normativa determinada pela urgência de um risco iminente.

## 2 Da aplicação do regime cautelar à indisponibilidade de bens do art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974

Partindo-se da premissa de que se está diante de instrumento de natureza cautelar, os típicos requisitos cautelares do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* também são exigíveis para manutenção dessa indisponibilização. Ademais,

---

<sup>17</sup> Assim se dá para não fazer com que o bloqueio por ato administrativo venha a incorrer em “escancarada” violação às prerrogativas de defesa e de um processo devido, direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal em seu art. 5º, LIV e LV.

a medida apenas se justifica nos limites necessários para preservar os direitos sob risco, merecendo análise em circunstâncias que comumente vinculam-se a casos de aplicabilidade do art. 36.

Quanto ao preenchimento desses requisitos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para os fins de apurar a correção do arresto previsto no art. 45 da Lei nº 6.024, de 1974 – cautela complementar à indisponibilidade do art. 36 –, vem reconhecendo que a fumaça do bom direito e o perigo na demora são legalmente presumidos. Considerando o teor dos art. 39 e 40 – que responsabilizam subjetivamente os ex-administradores e os membros do Conselho Fiscal –, os tribunais têm identificado a presunção *iuris tantum* de culpabilidade do ex-administrador, justificando-se tanto a instauração *ex vi lege* de um regime cautelar provisório quanto o deferimento de cautelares complementares eventualmente oportunas<sup>18</sup>. No ponto, a favor do reconhecimento da presunção, também é comumente considerada pela jurisprudência a máxima da experiência de que a instauração desses regimes especiais pelo Banco Central nas instituições financeiras geralmente decorre de má administração ou de fraudes e irregularidades, apuráveis em inquérito administrativo precedente ao decreto de intervenção ou liquidação.

Com base nesses argumentos, a jurisprudência presume o preenchimento dos requisitos cautelares de probabilidade do direito e urgência, para o fim de admitir o arresto de bens previsto no art. 45 da Lei nº 6.024, de 1974. De outra sorte, não há motivos para não se estender esse entendimento à indisponibilização de bens. Afinal, o arresto previsto no art. 45 recai justamente sobre os bens não abarcados pela indisponibilidade do art. 36, tendo, assim, finalidade e natureza idênticas. Por isso, afora a diferença sobre o objeto no qual recai a cautela, é de ordem lógica concluir que, presentes os requisitos para uma medida, inevitavelmente estarão presentes os da outra.

Na presunção de responsabilização dos ex-administradores para os estritos fins cautelares da lei e no perigo que usualmente situações como essa ensejam aos credores, fixa-se a subsistência da indisponibilização dos seus bens. Atribui-se uma vantagem aos credores diante de uma situação de presumível risco e responsabilidade, ao passo que se outorga segurança em benefício de

---

<sup>18</sup> Ressalva-se que essa presunção tem eficácia exclusiva à instauração da cautela, não se estendendo à Ação de Responsabilidade de que trata o art. 46 da Lei nº 6.024, de 1974.

seus interesses, independentemente da tramitação de um pedido judicial, acautelando-os imediatamente com elevada eficiência.

Porém, mesmo reconhecendo existente a presunção de culpabilidade para fins cautelares, dúvida alguma pode haver de que ela admite prova em contrário. Assim sendo, é possível que a presunção venha a ser combatida em sede judicial, mesmo antes do trânsito em julgado da ação de responsabilidade do art. 46. A esse respeito já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 819.217/RJ<sup>19</sup>, ao apreciar a higidez de cautelar de arresto do art. 45 da Lei nº 6.024, de 1974, notadamente vinculado ao regime especial de liquidação extrajudicial.

Acaso desconstituída judicialmente a presunção de fumaça do bom direito, é de se impor a revogação das cautelas. Essa revogação deve ocorrer não só daquelas com origem judicial (arresto – art. 45), mas também das que decorrem de eficácia *ex vi lege* (indisponibilização de bens – art. 36). Afinal, afirma o Ministro Massami Uyeda, relator do julgamento suprarreferido: “Obviamente, nada impedirá que o magistrado, antes mesmo da propositura da ação de responsabilidade, afaste a presunção legal de culpa quando os elementos probatórios forem suficientes para tanto”. Nesse caso, destituem-se os fundamentos de ambas as cautelares, justificando a revogação.

Além da revogabilidade judicial da medida é preciso ter sempre claro que a cautela em si não satisfaz o direito acautelado, nem serve de punição a presumível responsável pela bancarrota ou pelas irregularidades aparentemente constatáveis. Por isso, não custa lembrar, os limites de sua instituição se ligam primordialmente aos seus objetivos fundamentais: assegurar o pagamento dos credores da sociedade em intervenção ou liquidação extrajudicial. Não é em outro sentido que o art. 49

<sup>19</sup> RECURSO ESPECIAL – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SOB REGIME DE ADMINISTRAÇÃO ESPECIAL TEMPORÁRIA (RAET) – ARRESTO DE BENS DE EX-ADMINISTRADORES – (...) ARRESTO DE BENS DE EX-ADMINISTRADORES – *FUMUS BONI IURIS* APOIADO APENAS NA CONSTATAÇÃO DO INQUÉRITO DO BANCO CENTRAL ACERCA DA EXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS – POSSIBILIDADE, DADA A PRESUNÇÃO *IURIS TANTUM* DE CULPA DOS EX-ADMINISTRADORES (...) RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PARCIALMENTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO EM PARTE. (...) 7. A responsabilidade do art. 40 da Lei n. 6.024/74 é subjetiva, fundada na presunção *iuris tantum* de culpa do ex-administrador pelos prejuízos causados à instituição financeira. 8. O *fumus boni iuris* necessário para o arresto do art. 45 da Lei n. 6.024/74 nada mais é do que uma análise perfunctória da efetiva viabilidade jurídica da responsabilização civil dos ex-administradores. 9. Em razão de a responsabilidade dos ex-administradores ser subjetiva com base na presunção *iuris tantum* de culpa, o *fumus boni iuris* do arresto se contentará com a mera indicação pelo inquérito do BACEN acerca da existência de obrigações inadimplidas, assegurado, porém, ao ex-administrador erguer provas suficientes para derruir a referida culpa presumida. 10. O direito de produzir provas em contrário deve ocorrer no foro expressamente eleito para tanto: a ação de responsabilidade, por força do disposto no art. 46 da Lei n. 6.024/74. Obviamente, nada impedirá que o magistrado, antes mesmo da propositura da ação de responsabilidade, afaste a presunção legal de culpa quando os elementos probatórios forem suficientes para tanto. 11. Na espécie, o recorrente logrou infirmar a presunção de culpa pelos prejuízos causados à antigo Banco Nacional S/A, pelo que o arresto deve ser censurado. (...) (REsp 819.217/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 06/11/2009).

da Lei nº 6.024, de 1974, estabelece que, com a declaração de responsabilidade dos ex-administradores, ter-se-á a convalidação da indisponibilidade e do arresto eventualmente ocorrido em penhora, necessariamente vinculado àquela execução<sup>20</sup>.

Por isso mesmo, a indisponibilidade de bens apenas é legítima se necessária para alcançar essa finalidade. Outrossim, é imperativamente lógica a disposição do §3º do art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, que indica a inaplicabilidade da indisponibilização aos bens considerados impenhoráveis ou inalienáveis pela legislação em vigor. Afinal, sentido algum haveria em preservar bens que não poderiam ser coativamente expropriados para ressarcimento futuro. Se fosse permitida a indisponibilização indistinta de bens impenhoráveis, ter-se-ia paradoxal restrição de segurança que absolutamente nada acautelaria.

Também, no § 4º do art. 36, tem-se a exclusão da indisponibilidade de bens cuja promessa de alienação se celebrou anteriormente ao decreto de intervenção ou liquidação. Isso para preservar direitos de terceiros não passíveis de responsabilização e, portanto, não sujeitos a garantir o ressarcimento de prejuízos dos credores da instituição financeira, já que tais bens não estariam abarcados na responsabilidade patrimonial na forma do indicado nos artigos 591 e 592 do Código de Processo Civil (CPC).

Quanto aos limites sobre o objeto da cautela, é importante perceber que a Lei nº 6.024, de 1974, apenas quando se refere ao arresto do art. 45, estabelece fronteira, restringindo-o a tantos bens “quantos bastem para a efetivação da responsabilidade”. Por outro lado, a disposição legal do art. 36, tal como redigida, pode levar a interpretação severamente extensiva, apta a sustentar sua eficácia sobre todos os bens do ex-administrador, sem nenhuma distinção ou limite. Acresça-se que, em diversas outras previsões legislativas de indisponibilização cautelar de bens, há óbices expressos à constrição<sup>21</sup>. Por outro lado, na medida derivada da intervenção ou liquidação extrajudicial, a lei simplesmente silencia a esse respeito.

Isso não significa de modo algum a inexistência de balizas. Afinal, acaso o patrimônio do ex-administrador seja bastante e suficiente para saldar a

---

20 Lei nº 6.024, de 1974. “Art. 49. Passada em sentença que declarar a responsabilidade dos ex-administradores, o arresto e a indisponibilidade de bens se convalidarão em penhora, seguindo-se o processo de execução.”

21 Na Lei nº 8.397, de 1992, a indisponibilização se dá sobre bens “até o limite da satisfação da obrigação”; na Lei nº 8.429, de 1992, a indisponibilidade “recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano”; na Lei nº 11.101, de 2005, sobre bens “em quantidade compatível com o dano provocado”; na Lei nº 8.443, de 1992, em “tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos”; ou, por fim, no Código Tributário Nacional, ao indicar a que a indisponibilidade “limitar-se-á ao valor total exigível”.

totalidade dos débitos da instituição financeira, ou se for dada garantia suficiente, razão alguma há que justifique manter tal constrição sobre bens que excedem o necessário à salvaguarda do direito de crédito sob risco. Isso porque estar-se-ia a instituir restrições manifestamente sem propósito, dando extensão nociva e inútil à indisponibilidade. Relembre-se de que o objetivo das tutelas cautelares não é punir, mas assegurar um direito em vias de perecimento, razão pela qual apenas se mantém sua higidez se as restrições necessárias à segurança estiverem amparadas na finalidade que lhes justifica.

A propósito, o estudo da teoria geral das cautelas dá conta de que essas medidas têm aplicação restrita aos limites necessários à segurança do direito sob risco, sendo ilegítimas as restrições que ultrapassam a sua finalidade. Por isso, é plenamente possível a substituição da cautelar prevista no art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, por outras medidas de segurança, também adequadas e suficientes para evitar a lesão ou repará-la.

Para exemplificar, pode o ex-administrador, ou mesmo terceiro, prestar caução em bens, créditos, títulos ou em dinheiro, desde que em valor suficiente para garantir a solvabilidade da instituição financeira. Afinal, a possibilidade de substituição das cautelares por outras menos gravosas disposta no art. 805 do CPC integra a própria teoria geral da tutela cautelar. De outra sorte, a restrição destituída de finalidade importa inegável afronta à autonomia da vontade e ao direito de propriedade do ex-administrador de sociedade em liquidação extrajudicial. Não sendo punitiva a medida, não há como sustentar, com mínima consistência, a correção de tal ordem de restrição.

A respeito, no RESp 243.091/MG<sup>22</sup>, o Superior Tribunal de Justiça, considerando a presença de bens em valor superior e suficiente à salvaguarda

---

22 COMERCIAL. SOCIEDADE POR AÇÕES. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. INDISPONIBILIDADE DOS BENS DOS ADMINISTRADORES. AÇÕES DE OUTRAS SOCIEDADES. DIVIDENDOS. LIBERAÇÃO. 1 - A intervenção e a liquidação extrajudicial da sociedade por ações produzem o efeito imediato da indisponibilidade dos bens dos administradores (art. 36 da Lei 6.024, de 15 de dezembro de 1976), sendo vedado, consoante a lei, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, "até a apuração final de suas responsabilidades". 2 - Esta imposição legal, no entanto não impede ou subtrai dos dirigentes da sociedade a sua administração. Cria-se uma restrição ao direito de propriedade, visando sua conservação, não podendo - todavia - a liquidação extrajudicial "afetar o processo produtivo ou as operações comerciais". 3 - Nesta linha, importa realçar que a liquidação extrajudicial recai sobre o Banco Hércules S/A, a Hércules Corretora de Valores Mobiliários Ltda e o Consórcio Mercantil S/C Ltda. e os dividendos que o recurso visa liberar são referentes às ações de propriedade da recorrente nas empresas Banco Mercantil do Brasil S.A. (Banco Comercial), Banco Mercantil do Brasil S/A (Banco de Investimento) e Companhia de Seguros Minas Brasil. 4 - A Lei 6.024/76 não prevê a indisponibilidade dos frutos civis do capital, quando nada para a justa conservação dos bens. Liberação permitida em relação aos dividendos das ações das empresas não sujeitas ao regime especial. 5 - Recurso especial conhecido. (REsp 243.091/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 14/09/2004, DJ 18/10/2004, p. 280).

dos credores de instituições financeiras sob o regime da liquidação extrajudicial, determinou a disponibilização de frutos (dividendos) de bens indisponibilizados pelo advento do regime liquidatório<sup>23</sup>.

Verifica-se também que a manutenção da medida de indisponibilização é dependente do exercício de uma ação para responsabilização do ex-administrador, a ser promovida pelo Ministério Público ou, na falta desse, por terceiros interessados. Indica o art. 46 da Lei nº 6.024, de 1974, que a responsabilidade dos ex-administradores, para ser efetivada, exige comprovação mediante processo jurisdicional. Porém, também impõe a lei no parágrafo único desse dispositivo que, acaso o Ministério Público não proponha a ação no prazo de trinta dias da realização do arresto (art. 45), nem o façam os credores nos quinze dias subsequentes, levantar-se-ão o arresto e a indisponibilidade.

Nesse ínterim, bastante oportuna a lembrança de que, no sistema vigente, as medidas cautelares têm, em regra, eficácia independente por apenas trinta dias. O art. 808, I, da lei processual civil brasileira vigente faz cessar a eficácia da medida cautelar em razão da não promoção da ação principal dentro do trintídio previsto no art. 806, situação bastante similar àquela instituída pela Lei nº 6.024, de 1974, ou seja, apenas o manejo de um processo judicial de cognição plena e exauriente tem o condão de prorrogar a segurança instituída temporariamente pela lei. E, julgado improcedente o pedido na ação de responsabilidade, cessa a cautela e a indisponibilidade, fazendo claro o liame de dependência entre essa ação e o disposto no art. 36.

### **3 Da eficácia da indisponibilidade de bens perante execuções de terceiros**

Premissas estabelecidas, falta aclarar a eficácia que reveste a indisponibilidade do art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, perante terceiros, especialmente diante da concorrência de outras demandas contra o ex-administrador. Em suma, o tópico é extremamente relevante para fim de se verificarem os efeitos da indisponibilidade de bens perante execuções anteriores ou posteriores

---

<sup>23</sup> A respeito, convém ver também o comentário jurisprudencial (TEIXEIRA, 2005, p. 252-266).

promovidas contra o ex-administrador, por circunstâncias não relacionadas à intervenção ou à liquidação.

Inúmeras consequências decorrem da correlação com direitos de terceiros. Afinal, exemplificando alguns muito comuns problemas relacionados, os bens indisponibilizados do ex-administrador seriam passíveis de sofrer penhora e posterior expropriação mediante execuções promovidas por seus credores não relacionados à intervenção ou à liquidação? Que efeitos produziria o decreto perante uma execução promovida contra o ex-administrador, em razão de causas diversas e não relacionadas à instituição financeira?

Fato inegável é que, quando o ex-administrador está com as contas bancárias e todos seus bens juridicamente bloqueados, geralmente é inócua a ulterior realização de atos constitutivos em execuções promovidas por terceiros à intervenção ou à liquidação. Afinal, o patrimônio do exequente, em razão do art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, assume o papel de garantir futuras execuções em proveito dos credores da instituição financeira. Nessa linha, o livre prosseguimento de execuções de credores individuais do ex-administrador poderia significar o perecimento da eficácia garantidora da cautela legal, visto que o exequente individual se adiantaria aos credores da instituição financeira na execução do bem.

Nessa questão, calha perquirir sobre sua eficácia, contrapondo-se duas distintas compreensões. Uma atribui à medida uma carga de eficácia predominantemente material, dando ensejo à aproximação da indisponibilidade de bens do art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, com a noção de inalienabilidade material, frustrando-se as constringências em execuções de terceiros com fundamento no art. 649, I, do CPC. Outra, em confronto com a anterior, aponta para eficácia eminentemente processual, fundamentada na constituição de um direito de prelação de expropriação, por decorrência de aplicação extensiva dos art. 612 e 613 da lei processual civil brasileira<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Adianta-se que, muito embora se repute correta a segunda orientação, é oportuno descurar o fundamento teórico que ampara ambas as perspectivas de modo que as sujeite à crítica pertinente e aprofundada.

### 3.1 Perspectiva vinculada à inalienabilidade material dos bens sujeitos à indisponibilidade do art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974

A penhora consiste em ato executivo que permite a disposição de bens do executado pelo Estado<sup>25</sup>, tendo dupla função: determinar o bem a ser expropriado e assegurar os mesmos bens para os fins da própria expropriação (ZANZUCCHI, 1964, p. 33). Para a determinação de quais bens restam atacáveis pelo processo executivo, verifica-se a sua não exclusão sobre a responsabilidade patrimonial:

Quais são capazes de expropriação e portanto penhoráveis se determina mais simples e exatamente em modo negativo, dizendo que são incapazes de expropriação e portanto impenhoráveis os bens que são inalienáveis, enquanto ao invés não se enunciaria um princípio exato dizendo que são capazes de execução e penhoráveis todos os bens alienáveis (ZANZUCHI, 1964).

Existem bens que podem não estar sujeitos a execução e penhora, porque foram subtraídos da execução “ou por razões de humanidade, ou por razões político-administrativas, ou por razões técnico-econômicas” (ZANZUCCHI, 1964), como o rol de bens impenhoráveis do art. 649, do CPC. A inalienabilidade que, no ponto em exame, mais interessa constitui-se por circunstância alheia à vontade do sujeito passivo da execução: deriva diretamente da lei ou de algum ato particular de disposição (doação ou testamento). Em suma, inalienável é o bem juridicamente intransmissível por atos *inter vivos*.

A primeira perspectiva teórica infere a eficácia material do art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, perante execuções de terceiros, ao sustentar ser um efeito decorrente da indisponibilização de bens a respectiva inalienabilidade material. Dessa forma, os ditos bens tornar-se-iam inalcançáveis por execuções promovidas por credores individuais do ex-administrador, salvaguardando os interesses vinculados à instituição financeira.

Seguindo essa linha de argumentação, reconhece-se que a expropriação pressupõe a existência de bens transmissíveis, devendo-se excluir os bens

---

25 “O efeito da penhora consiste em impor sobre a coisa penhorado um vínculo de caráter processual que, sem afetar os direitos do executado, sujeita a mesma ao poder sancionatório do Estado para servir à satisfação do exequente” (SILVA, 1986, p. 803).

inalienáveis. Afinal, se a penhora é a forma de obtenção pelo Estado do poder de disposição do bem do devedor, tal apenas pode ocorrer eficazmente se esse poder obtido era, de fato, possuído pelo executado. Por isso sustenta-se, com razão, que é impossível ocorrer a penhora (também arrestos) sobre bens inalienáveis. São palavras de Pontes de Miranda (2002, p. 138): “Toda a penhora implica tomada de eficácia do poder de dispor, e o devedor, dono desses bens, não o tem”. Daí, a penhora de bem inalienável perfaz-se sempre inválida. Em termos lógicos, é impossível que o Estado tome para si o poder do executado de dispor de seus bens, se esses bens são indisponíveis. Nas palavras de Celso Neves (2000, p. 13), “da inalienabilidade resulta a impenhorabilidade”, dando azo para a incidência do art. 649, I, do CPC.

A impenhorabilidade material absoluta resta composta pelos bens fora do comércio e, portanto, pelos inalienáveis, que não podem, de nenhuma maneira, ser penhorados (SILVA, 2007). Serão inalienáveis os bens que tiverem essa característica diretamente outorgada pela lei ou por pacto particular, como por cláusula decorrente de doação ou testamento. Os bens inalienáveis não serão jamais arrestados ou penhorados, uma vez que “a penhora deve atingir os bem negociáveis, ou seja, os que podem normalmente alienar e converter no respectivo valor econômico” (THEODORO JÚNIOR, 2007). Dessa feita, os bens que são inalienáveis fora do processo também o serão dentro dele. A inalienabilidade reflete efeitos materiais no processo, fazendo tais bens, por pura lógica, impenhoráveis. Daí se tem a “impenhorabilidade material como um reflexo lógico da inalienabilidade” (WALD, 1979).

Em defesa da vinculação da medida prevista no art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, com as impenhorabilidades materiais, Arnaldo Wald é persuasivo (WALD, 1979, p. 17): “É evidente que não é possível arrestar os bens indisponíveis pela própria natureza da indisponibilidade, que envolve a impenhorabilidade, (...) [pois] não é suscetível de arresto ou seqüestro (*sic*) o bem cuja inalienabilidade é anterior e decorreu da decretação da liquidação extrajudicial *ex vi legis*”.

Fato é que, apesar da correção das premissas sobre a exclusão de bens inalienáveis do âmbito executivo, por força de impenhorabilidades materiais, e das respectivas corretas conceituações, nada, além de uma similitude terminológica, faz crer que a indisponibilidade de bens do art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, produz a inalienabilidade fundada em impenhorabilidade. De constatar

que a terminologia semelhante utilizada pelo legislador ao estabelecer um regime de indisponibilidade não importa em mudança de sua ontologia, cuja natureza cautelar se sustenta.

Essa primeira perspectiva justifica a produção de impenhorabilidade material perante execuções de terceiros na não visualização da natureza cautelar da indisponibilidade de bens prevista no art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974. Assim é porque ignora a vinculação entre a indisponibilização de bens e a pretensão ressarcitória a ser exercida na ação de responsabilidade de que versa o art. 46 da mesma lei.

Ademais, a tese importa uma contradição insuperável: se os bens do ex-administrador seriam impenhoráveis, sob nenhum pretexto poder-se-ia justificar que a indisponibilidade convolar-se-ia em penhora, na forma indicada expressamente no art. 49 da Lei nº 6.024, de 1974<sup>26</sup>. Os bens inalienáveis não seriam passíveis de garantir a satisfação de posterior execução pela simples circunstância de serem bens fora do mercado. O regime legal aplicável à hipótese de procedência do pedido promovido na ação de responsabilidade, por outro lado, pressupõe a convação da indisponibilidade em penhora, o que exige a penhorabilidade dos bens. Consequentemente essa constatação leva à derrocada da tese.

O equívoco tem origens bastante antigas na doutrina processual, estando fundado em concepção já superada sobre a natureza da penhora. Tal corrente a caracterizava como uma garantia real e, portanto, vinculada ao direito material, na esteira do afirmado pela doutrina alemã. Goldschmidt afirma que, mediante a penhora, adquire-se direito de penhor sobre a coisa. Em seus termos (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 631): “Pelo direito de garantia que nasce da penhora, o credor adquire a mesma posição jurídica que adquiriria com um direito pignoratício contratual”. Essa perspectiva também é presente em Rosenberg (1995), a ponto de indicar a penhora como uma terceira espécie de garantia pignoratícia.

Do direito geral de penhor sobre o patrimônio do devedor decorreria a indisponibilidade, estando nessa linha a defesa realizada, também na Itália, por Alfredo Rocco. Não distante desse viés, Emilio Betti incorpora a noção de inalienabilidade às penhoras, no caso, relacionando ao *pignus in causa judicati*

---

26 Lei nº 6.024, de 1974. “Art. 49. Passada em sentença que declarar a responsabilidade dos ex-administradores, o arresto e a indisponibilidade de bens se convolarão em penhora, seguindo-se o processo de execução.”

*captum* (processo *extra ordinem*) (SILVA, 1986, p. 800). Assim, vê-se que a vinculação da inalienabilidade com a penhora é assunto antigo na literatura processual, não sendo de surpreender que a associação da terminologia com a impenhorabilidade se reflita também nas medidas conservadoras de patrimônio e, de certo modo, preparatórias de atividades executivas.

Decisivo para superação dessa doutrina foi o pensamento de Enrico Liebman (1968, p. 22), ao sustentar que a penhora e as atividades preparatórias e assecuratórias do ato executivo consubstanciam-se em um vínculo processual indiferente e invariável a quaisquer modificações na condição jurídica da coisa. A eficácia processual acompanha o bem, não afetando os negócios jurídicos de direito material, mas dando espaço ao fenômeno da insensibilidade processual, que consiste em desconsiderar a eficácia da alienação de direito material para os fins de satisfazer os créditos vinculados ao processo em que fora realizada a constrição.

Como se vê da doutrina de Liebman, adotada nos principais sistemas jurídicos contemporâneos, a penhora e os atos preparatórios e conservadores não têm eficácia material, visto que estabelecem um vínculo unicamente processual. Não se reproduz, nessa seara, a compreensão germânica e italiana anterior, de modo que se equipare a penhora a uma garantia real de direito material (o penhor). Os efeitos que decorrem da penhora tem significação processual, dado que as alienações materiais ocorridas (que não restam de maneira alguma vetadas) são apenas ineficazes para os fins do processo.

Da mesma forma, a eficácia decorrente do arresto ou de medidas cautelares tem como causa final a higidez de ulterior penhora. Em razão disso, o reconhecimento de que a indisponibilidade prevista no art. 36 tem natureza cautelar importa reconhecer eficácia processual a essa medida. A insensibilidade processual resulta na ineficácia de eventuais alienações, pela vinculação do bem afetado ao direito buscado na ação exercida.

Ainda sobre a primeira teoria, não bastasse a contradição patente da convação em penhora de bens ditos impenhoráveis, tampouco se pode explicar a ocorrência de hipóteses de restrição da indisponibilidade ante a existência de bens em montante suficiente do ex-administrador para responder por toda a dívida da instituição financeira e de seus credores individuais. Afinal, o direito material não traz nenhum critério para se indicar que bens estariam afetados e

quais seriam livres para posterior expropriação, sendo essa tarefa destinada à constatação processual do *periculum in mora* (a existência e os limites de um direito sob risco).

Alcançar dimensão material ao efeito previsto no art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, salvo melhor juízo, dá ensejo também a inconstitucionalidade, dado que importaria restrições ilegítimas ao direito de ação de terceiros, impedindo-os de seguir plenamente na perseguição de cada pretensão executiva. Dessa forma seria em razão da exclusão genérica e absoluta de todos os bens relativos à responsabilidade patrimonial do ex-administrador. Afinal, assim se daria sem haver nenhuma consideração sobre a preferência por natureza de crédito e sem exigibilidade de instauração de regime concursal.

Essa orientação produz a admissão tácita de preferência na satisfação das dívidas dos credores da sociedade em intervenção ou liquidação em face dos débitos com origem diversa, peculiar consequência notadamente desvinculada de qualquer fundamento jurídico legal. Sobre o ponto, não custa salientar que, até a apuração das responsabilidades do ex-administrador, não se deve sequer cogitar a instauração de regime de execução concursal. Ademais, nada advoga a favor da existência de preferência daqueles créditos em detrimento desses, sendo o regime da prelação o adotado em nosso sistema processual, como se verifica na seqüência.

### 3.2 Aplicabilidade do regime de prelação aos bens sujeitos à indisponibilidade do art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974

Bem se sabe que um dos efeitos da penhora é o estabelecimento de preferência no resultado da expropriação no processo de execução em que foi realizada. Isso ocorre porque a penhora tem por objetivo também vincular o bem à satisfação da execução (ZANZUCCHI, 1964, p. 33). Dessa feita, no regime de execução contra devedor solvente, aquele que penhorar determinado bem terá para si destinado o resultado da expropriação, sendo que novas penhoras serão salgadas apenas no montante remanescente, após o pagamento integral da primeira execução.

Essa organização tem por fundamento os art. 612 e 613 do CPC. O primeiro estabelece que, pela penhora, adquire-se “o direito de preferência sobre os bens

penhorados”, ressalvando o artigo subsequente que penhoras cumuladas sobre o mesmo bem são plenamente possíveis, desde que conserve-se a prioridade de cada credor, conforme a máxima *prior in tempore, potior in jure*.

Convém chamar atenção, no entanto, para o fato de esse modelo haver sido apresentado pelo CPC de 1973, rompendo com a regulamentação luso-brasileira anterior, estruturada com base no estabelecimento de preferências pela natureza do crédito, ainda que se tratasse de execuções contra devedor solvente<sup>27</sup>. A partir de 1973, o direito brasileiro uniu-se à tradição germânica, no ponto, afastando-se da francesa e da portuguesa<sup>28</sup>.

No sistema vigente, apenas quando ocorre a insolvência real ou presumida se instaura o concurso universal de credores, excluindo-se a consideração sobre qualquer preferência. Conforme ensina Alcides Mendonça Lima (1985, p. 594), no momento “em que se revela a insolvência do devedor, a execução embora ainda por quantia certa, se transmuda, para beneficiar todos os credores, por via do concurso universal”. Em complemento ao argumento, esclarece que:

[...] o credor diligente não será mais favorecido. O privilégio da penhora desaparece e os quirografários ou os da mesma classe ficam nivelados ante a perspectiva de serem satisfeitos com o patrimônio do devedor, que se torna a garantia comum para o adimplemento das obrigações constituídas a favor de todos.

Alcides Mendonça Lima (1985) sustenta que a regra de prelação não é geradora de desigualdade ou prejuízos. Afinal, “a) ou o bem suporta todas as penhoras e, portanto, o devedor é solvente; b) ou o bem não suporta todas as penhoras e, portanto, o devedor é insolvente”. Na segunda hipótese, não há prevalecer qualquer título de preferência por anterioridade, instituindo-se o regime de privilégio creditório do concurso universal.

---

27 A esse respeito, convém dar nota que o Regulamento 737, os Códigos de Processo Civil Estaduais e o Código Processual Civil Federal de 1939 negavam, à primeira penhora, o estabelecimento de preferência.

28 Interessante o comentário de Araken de Assis acerca do sistema de preferência estabelecida pela anterioridade da penhora: “Esse sistema atende melhor à essência dos direitos privados, não obstante o ideal de justiça corresponder, em princípio, à igualdade de tratamento dos credores. Na visão individualista sem dúvida é compreensível a evocação ao aforismo *vigilantibus jura*, de modo que o CPC estimula a diligência e aflige a lassidão, como se uma ou outra atitude dependessem exclusivamente do credor e não tivessem sérias implicações, às vezes, na própria administração da Justiça” (ASSIS, 1985, p. 13).

Nessa linha, pode-se apontar a existência de dois pressupostos para o estabelecimento da preferência pela anterioridade da penhora: a solvência do devedor e a inexistência de prelação de direito material, como ocorre, v.g., pela instituição de garantias reais sobre o bem penhorado.

O ponto ora relevante é que o reconhecimento da cautelaridade do art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, leva à consideração de vinculação entre os bens afetados e a satisfação da futura execução decorrente da Ação de Responsabilidade. Sendo o art. 36 uma medida de natureza cautelar, cuja finalidade é preservar bens passíveis de penhora, um dos efeitos processuais da sua instituição consiste no estabelecimento de uma posição na ordem de preferência para a expropriação. A respeito da aplicabilidade dos direitos de preferência na expropriação, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento que sustenta a extensão do disposto nos art. 612 e 613 também às medidas cautelares patrimoniais, como se vê do REsp 902.536/RS<sup>29</sup>.

Note-se que, assim como ocorre com a penhora e o arresto, a indisponibilidade de bens prevista no art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, não importa mudança de titularidade da propriedade afetada, dado que o ex-administrador continua pleno senhor de seus bens. Instaure-se, no entanto, vinculação de direito processual, dado que os bens indisponíveis restam afetados ao exercício da Ação de Responsabilidade (art. 46).

Assim considerando, vê-se que a ulterior superveniência do decreto de intervenção ou liquidação não pode afetar penhoras eventualmente já realizadas. Afinal, não há a instituição de um sistema concursal contra o ex-administrador, sendo que inexistem assim preferência material na satisfação de débitos da instituição financeira em comparação com os credores individuais do ex-administrador. Conforme se defende, o sistema aplicável à penhora no direito brasileiro é o

---

29 PROCESSO CIVIL. DIREITO DE PREFERÊNCIA. CONCURSO DE CREDORES. ARRESTO. REGISTRO ANTERIOR À PENHORA SOBRE IMÓVEL. PREVALÊNCIA DA DATA DO ARRESTO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1 - Independente da natureza assumida, seja o arresto cautelar ou incidental (CPC, art. 813 e ss.), seja o arresto executivo, igualmente denominado “pré-penhora” (CPC, art. 653), aplicam-se, sem distinção, as disposições relativas à penhora, a teor do que prevê o art. 821 do CPC. 2 - Tal qual a penhora, o arresto tem por efeito tornar inalienável o bem constrito, não suscitando dúvida sobre o interesse do credor diligente que, pelo fruto da alienação judicial do imóvel, pretende ver seu crédito assegurado. 3 - Inexistindo título legal à preferência, a anterioridade do arresto há de conferir ao credor precedente, que primeiramente levou a efeito o ato de constrição do bem, primazia sobre a penhora posteriormente efetuada. Precedentes do STJ. 4 - No caso, além de a medida cautelar de arresto anteceder a penhora do imóvel, a recorrida promoveu-lhe o respectivo registro em data igualmente anterior à penhora, o que mantém hígido o efeito erga omnes da medida. 5 - Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 902.536/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 11/04/2012).

decorrente da primazia pela anterioridade, sendo que nenhum dispositivo permite concluir pelo estabelecimento de preferência de créditos vinculados à intervenção ou à liquidação extrajudicial, tratando-se do ex-administrador.

A liquidação extrajudicial e a eventual convação em falência não significam, necessariamente, a insolvência do seu ex-administrador. É evidente que encerram esferas patrimoniais distintas. No caso do art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, trata-se de cautela instituída sob os bens do ex-administrador, que pode ou não cair em insolvência se for corresponsabilizado pelas dívidas da sociedade que antes gerenciava. Assim sendo, não se pode confundir o regime privilegiado de créditos advindos de um concurso universal de credores, como ocorre na falência ou na insolvência civil, com o regime executivo próprio da execução contra devedor solvente. No caso, muito embora não seja incomum derivar da intervenção ou da liquidação extrajudicial a insolvência civil do ex-administrador, é incorreto presumir sua ocorrência e aplicar ao administrador o regime concursal, exceto após a efetiva decretação de falência (art. 99 da Lei nº 11.101, de 2005) ou a respectiva declaração de insolvência (art. 751, III, do CPC).

Isso significa que, com o simples decreto de liquidação ou de intervenção, inexistente privilégio creditório em benefício dos credores da instituição financeira. Mesmo após instaurado o regime concursal, com a falência ou a insolvência, ainda assim não há, *a priori*, preferência desse crédito em relação àqueles até então buscados nas execuções individuais, visto que se deve estabelecer a que classe cada credor se sujeita no concurso promovido.

Em suma, os credores individuais do ex-administrador não ocupam, *a priori*, espaço de privilégio nem de desvantagem em comparação com os credores da instituição financeira. O art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, no entanto, é extremamente eficaz em induzir imediato espaço na ordem de preferência para a satisfação de bens, sendo essa sua eficácia, associada à insensibilidade processual decorrente de atos de alienação material para os fins da ação de responsabilidade. Não tem, no entanto, aplicação retroativa, fixando-se temporalmente na lista de prelação já constituída, a não ser que se instaure o concurso universal de credores, em razão da insolvência do ex-administrador.

## 4 Considerações finais

Com as considerações precedentes, assentou-se que uma consequência *ex vi lege* do ato de intervenção ou de liquidação, segundo o art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974, é a indisponibilização de todos os bens dos ex-administradores, medida legal de natureza cautelar cuja finalidade é estabelecer uma garantia da reparação dos credores da instituição financeira. Logo, com o decreto de intervenção ou de liquidação, os bens do ex-administrador passam a garantir eventual futura execução das obrigações contraídas pela sociedade.

A assunção de natureza cautelar à medida significa a plena possibilidade de sua revisão judicial, mormente mediante pedido incidental nos autos da ação de responsabilidade de que versa o art. 46 da Lei nº 6.024, de 1974. Ademais, a possibilidade de substituição da garantia e a limitação da cautela ao montante suficiente para salvaguardar o direito sob risco são derivações de ordem prática de extrema relevância dessa caracterização.

Naquilo que diz respeito ao confronto entre a indisponibilização de bens do ex-administrador com pretensões executivas de terceiros, a perquirição recai sobre o vínculo de efetividade da medida. Contrapondo-se as diferentes doutrinas, nota-se que a eficácia material relaciona a indisponibilidade com a impenhorabilidade material, consistente dos bens fora de comércio. Nesse sentir, institui-se preferência absoluta em favor dos créditos acautelados, independentemente da ordem ou de sua origem. Essa concepção teórica acaba por confundir as esferas patrimoniais do ex-administrador e da sociedade, presumindo a instauração de um concurso universal de credores.

No caso, o reconhecimento da natureza cautelar à medida impõe percepção da eficácia exclusivamente processual, correlacionando-se tal medida à prelação instituída em razão de anterioridade na constrição. Dita sistemática, garante direitos fundamentais de terceiros, que não são impedidos de buscar tutela jurisdicional de seus direitos. Ademais, coaduna-se perfeitamente com o sistema processual civil vigente, naquilo que condiz com as garantias e preferências creditórias.

## Referências

- ASSIS, Araken. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. IX. Art. 612-735. Do Processo de Execução. Porto Alegre: Lejur, 1985.
- CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari**. Padova: CEDAM, 1936.
- GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Barcelona: Labor, 1936. Tradução de Leonardo Prietto Castro.
- LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Art. 796-812. Vol. VIII. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.
- LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. VI. Art. 566 a 645. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Da não Recepção da Lei 6.024/74 que Indisponibiliza Bens quando da Decretação de Intervenção, Liquidação Extrajudicial ou Falência**. Disponível em: <[http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/da\\_ao\\_recepcao\\_da\\_lei\\_6024\\_74.pdf](http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/da_ao_recepcao_da_lei_6024_74.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2014.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo X, art. 612 a 735. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NEVES, Celso. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Art. 646 a 795. Vol. VII. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2000.
- ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Vol III. Buenos Aires: EJEA, 1955.
- SILVA, Antônio Carlos Costa e. **Tratado do Processo de Execução**. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1986.
- SILVA, Ovídio Baptista. **Do Processo Cautelar**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TEIXEIRA, Vinícius Ribeiro de Figueiredo. Liquidação extrajudicial. Indisponibilidade de bens. Dividendos. Liberação. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, ano VIII, n. 28, abr-jun. 2005, p. 252-266.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 40ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WALD, Arnold. O Arresto e a Indisponibilidade na Lei 6.024/74. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XVIII, n. 33, p. 11-23, jan-mar, 1979.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto Processuale Civile: del processo di esecuzione**. Vol. III. 5ª ed. Milano: Giuffrè, 1964.

# Entre o Nada e o Pouco: a política habitacional brasileira antes do Sistema Financeiro da Habitação

Yuri Restano Machado\*\*

*Introdução. 1 O desenvolvimento das cidades brasileiras e o crescimento da população urbana. 2 A Era Vargas e o início das políticas públicas habitacionais. 3 A redemocratização nacional e a Fundação da Casa Popular. 4 A proposta de instituição de um banco hipotecário e o Instituto Brasileiro de Habitação. 5 Entre o passado e o presente: breve balanço. 6 Considerações finais.*

## Resumo

O presente texto pretende demonstrar a evolução das políticas públicas habitacionais no Brasil. Considerando o direito à moradia como direito social de caráter fundamental, o texto descreve e avalia as medidas adotadas historicamente, desde o período monárquico até a implementação do Sistema Financeiro da Habitação, em 1964, para tentar solucionar o problema habitacional brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito à moradia. Políticas públicas. Habitação. História do Brasil.

---

\* Procurador do Banco Central do Brasil, professor de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

## *Between Something and Nothing: the Brazilian housing policy before the housing financial system*

### *Abstract*

*This paper aims to demonstrate the evolution of public housing policies in Brazil. Considering the right to housing as a social right of fundamental character, the text describes and evaluates the measures taken throughout history, from the monarchic period until the implementation of the housing financial system, in 1964, to try to solve the Brazilian housing problem.*

*Keywords: Right to housing. Public policies. Housing. History of Brazil.*

### **Introdução**

Foi com a Emenda Constitucional nº 26/2000 que o direito à moradia passou a constar do rol dos direitos sociais contidos no art. 6º da Constituição brasileira. Nada obstante ter ocorrido sua inclusão no seletivo grupo dos direitos fundamentais, no Brasil, somente em 2000 tal positividade não deve ser considerada como ponto de partida do discurso jurídico e político acerca do tema. Ao contrário, a positividade do direito à moradia como direito fundamental representa a conclusão de um processo histórico que remonta às origens do Estado brasileiro<sup>1</sup>. Trata-se do ponto alto de longa marcha pautada por avanços e retrocessos<sup>2</sup>.

---

1 O direito a moradia possui *status* de direito fundamental em diversas legislações e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948, art. XXV, item 1.

2 Tomando por referência a Constituição brasileira de 1988, esclarece José Afonso da Silva que o direito a moradia “já era reconhecido como uma expressão dos direitos sociais por força mesmo do disposto no art. 23, IX, segundo o qual é da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios ‘promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento’. Aí já se traduzia um poder-dever do Poder Público que implicava a contrapartida do direito correspondente a tantos quantos necessitem de uma habitação. Essa contrapartida é o direito à moradia que agora a EC-26, de 14.2.2000, explicitou no art. 6º” (SILVA, 2014, p. 318). Na mesma linha, explica Ingo Wolfgang Sarlet: “Nada obstante anteriores referências ao longo do texto constitucional na sua redação original, o direito à moradia só veio a ser positivado expressamente com a EC 26, de 14.02.2000, transcorridos, pois, doze anos da promulgação da Constituição Federal, o que, em parte, é atribuído às resistências do Brasil em relação a diversos aspectos regulados pelos instrumentos internacionais concernentes à moradia. Isso não impediu que já se viesse defendendo o reconhecimento de um direito fundamental implícito à moradia, como consequência da proteção à vida e à dignidade

O mercado habitacional, considerado aqui como o ambiente em que circula o bem fundamental “moradia”, não é um mercado comum, em que a questão das diferenças resolve-se pela relação simples entre a oferta e a demanda. De nada adianta construir mais casas, se não houver um mercado devidamente estruturado e organizado para absorver tal produção, sobretudo se considerarmos as populações com menor poder aquisitivo.

Acerca do enfrentamento do problema habitacional, a primeira questão que se deve considerar é que os imóveis são bens de alto valor, o que exige elaborados esquemas de financiamento. A segunda é que a moradia é necessidade básica de todos os seres humanos, o que faz com que todas as pessoas sejam consumidoras em potencial. Por fim, não se pode afastar a importância econômica do setor da construção civil, o qual responde por parcela significativa da geração de empregos e do Produto Interno Bruto (PIB) da economia (SANTOS, 1999, p. 8).

Os pontos relacionados com o custo da moradia e com a inserção desse bem na economia tradicionalmente têm levado os governos a disponibilizarem recursos para o financiamento do setor, algumas vezes de modo direto, com utilização de fundos públicos para construção de moradias, outras, de modo indireto, por meio da regulação do mercado financeiro e do incentivo ao crédito imobiliário.

Essa situação se repete, se considerada a relação entre o alto valor dos imóveis e o reconhecimento da moradia como necessidade básica. Também aqui os governos são levados a atuar nesse segmento, sobretudo para prover as necessidades das camadas menos favorecidas da população. Como o segmento de moradias populares não é contemplado pelo comércio tradicional de imóveis, o Estado intervém, nesses casos, não para auxiliar o mercado, mas para substituí-lo<sup>3</sup>. O problema básico com o qual o Poder Público se depara em tais circunstâncias é a insuficiência de renda dessa parcela da população para arcar com os custos mínimos dos serviços habitacionais.

---

humana, já que vinculado à garantia das condições materiais básicas para uma vida com dignidade e com certo padrão de qualidade, consoante, aliás, ocorreu por parte do Conselho Constitucional da França. Hoje, contudo, não há mais dúvidas de que o direito à moradia é um direito fundamental autônomo, de forte conteúdo existencial, considerado, por alguns, até mesmo um direito de personalidade (pelo menos naquilo em que vinculado à dignidade da pessoa humana e às condições para o pleno desenvolvimento da personalidade), não se confundindo com o direito à (e de) propriedade, já que se trata de direitos distintos” (SARLET, 2012, p. 587).

3 Sobre o comércio informal de imóveis nas regiões de menor poder aquisitivo da população, ver: BALTRUSIS, Nelson. O Mercado Imobiliário Informal nas Favelas de Paraisópolis e Nova Conquista. In: FERNANDES, Edésio. ALFONSIN, Betânia. A Lei e a Ilegalidade na Produção do Espaço Urbano. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

A propósito do tema, explica Rodrigo Xavier Leonardo (2003, p. 41) que, pela vinculação estreita com outros mercados e pelo fato de que, em busca de segurança, simbolizada pela moradia, a habitação constitui o maior desejo das pessoas destituídas de propriedade, o problema habitacional não pode ser reduzido a escassez e dificuldade de produção em contraposição à crescente demanda por bens imóveis.

Se hoje é relativamente fácil tratar a moradia digna como direito de todos, forçoso reconhecer que nem sempre foi assim. Nesse sentido, a proposta deste texto é resgatar um dado momento histórico em que as medidas governamentais referentes ao mercado habitacional oscilavam entre o nada e o pouco. O nosso objetivo é contar um pouco da história brasileira, tendo por mote a evolução das políticas públicas habitacionais.

Muito se escreveu sobre o chamado Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e seus efeitos nos campos da política, da economia e do direito. Contudo, há pouco material acerca da fase que o antecedeu. Sobre o que poderíamos chamar de “pré-história” do sistema financeiro da habitação, existem poucos estudos. Pois é acerca desse momento de experiências incipientes na área habitacional que este breve texto trata. Com efeito, o período abarcado por esse estudo tem início com o Brasil Império e fim com a ascensão do regime militar em 1964 e a instituição do SFH.

## **1 O desenvolvimento das cidades brasileiras e o crescimento da população urbana**

Em que pese reconhecer o pioneirismo de José Florindo de Figueiredo Rocha, que, em 1831, fundou, no Rio de Janeiro, a primeira entidade de poupança – posteriormente transformada por D. Pedro II em instituição oficial de crédito, denominada Caixa Econômica e Monte de Socorro Federal (CARVALHO, 1972, p. 363) –, não encontramos, na vigência da monarquia brasileira, preocupação efetiva com a habitação. As tímidas medidas adotadas no Império foram voltadas para solução dos problemas relativos à ocupação do espaço urbano.

O aumento da população urbana também foi elemento de mobilização do Estado nos primeiros anos da República. O ambiente político, constituído pela

alteração da forma de governo, e o desenvolvimento econômico, consequência da emergente industrialização, representaram atrativos da cidade, que emergiu, então, como oportunidade para uma vida nova e melhor.

Um Brasil essencialmente rural viu-se, aos poucos, diante do problema sério da crescente urbanização. Nesse sentido, apesar de a moradia já começar a despontar como tema relevante, as intervenções públicas então praticadas visavam tão somente a conter externalidades negativas provenientes da formação desorganizada das cidades, tais como as epidemias causadas pela falta de saneamento básico (LEONARDO, 2003, p. 43).

O crescimento das cidades pode ser bem evidenciado com o exemplo de São Paulo. O espetacular aumento da população da cidade de São Paulo deu-se pelo afluxo de imigrantes espontâneos e de outros que abandonaram as atividades agrícolas em busca de novas oportunidades de trabalho. Como explica Boris Fausto (2007, pp. 285-286), a cidade era um campo aberto ao artesanato, ao comércio de rua, aos profissionais liberais. Foi a partir de 1886 que São Paulo começou a crescer em ritmo acelerado. No período compreendido entre 1890 e 1900, a população paulistana saltou de 64.934 para 239.820 habitantes, aumento de 268% em apenas dez anos.

No período em que ficou conhecido como “Primeira República” ou “República Velha”, o Estado manteve-se fiel ao liberalismo dominante, privilegiando a produção privada e recusando a intervenção direta no âmbito da construção de casas para os trabalhadores. Nesse sentido, como já afirmado, as políticas estatais restringiam-se à repressão às situações mais graves de insalubridade, por meio de modesta legislação sanitária e da ação policial. Outra medida usual era a concessão de isenções fiscais que beneficiavam os proprietários de imóveis para locação, que ampliava sua rentabilidade (BONDUKI, 1994, p. 712). Foi o risco de propagação de doenças, numa época de escassez de recursos médicos, combinado com o interesse do governo em atrair mão de obra estrangeira para as novas atividades econômicas que se desenvolviam nas cidades, que levou, por exemplo, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro, num edital de agosto de 1855, a proibir a construção de novos cortiços sem a devida licença, cuja concessão dependeria de prévia aprovação pela Junta de Higiene Pública dos requisitos de caráter sanitário adotados em tais construções (ARAGÃO, 2006, p. 62).

A fórmula adotada nesse período não previa a intervenção do Estado diretamente na construção de habitações, mas no incentivo da produção de moradias para locação. Em São Paulo, em 1920, apenas 19% dos prédios eram habitados por seus proprietários. Considerando que um significativo número de imóveis ocupados por pessoas de baixa renda eram cortiços, ou seja, imóveis habitados por mais de uma família, chega-se à conclusão de que aproximadamente 90% da população da cidade era de inquilinos, inexistindo mecanismo de financiamento para aquisição de casa própria (BONDUKI, 1994, p. 713).

Apesar de terem sido raras as iniciativas estatais na construção de moradias, não se pode deixar de citar algumas delas. Foi o caso de 120 unidades habitacionais construídas na Avenida Salvador de Sá pela prefeitura do Rio de Janeiro, então Distrito Federal, em 1906, diante da crise habitacional gerada pela necessidade da derrubada de milhares de cortiços para a abertura da Avenida Central, hoje Avenida Rio Branco. Tal fato é assim descrito por José Maria Aragão (2006, pp. 62-63)<sup>4</sup>:

A primeira grande intervenção governamental no setor urbano, entretanto, se concretizaria na presidência de Rodrigues Alves (1910/1914), com o empenho do governo federal em melhorar as condições de saneamento da Capital da República e que deu ensejo a um grande programa de renovação do centro carioca, realizado na gestão do prefeito Pereira Passos. As obras de construção das redes de esgotos e de água potável, assim como a abertura da Avenida Central (atual Rio Branco), nos moldes dos *boulevards* parisienses do período do Barão Haussman, provocaram o despejo de milhares de famílias que habitavam cortiços e outras moradias precárias localizadas na área remodelada. Na ausência de oferta de novas unidades habitacionais e com o previsível incremento dos aluguéis nos bairros centrais, a população pobre buscou abrigo nos morros e nas áreas periféricas imediatas, dando início ao processo de favelização que ainda

---

4 Acerca de medidas semelhantes de saneamento adotadas pelo Estado de Pernambuco, explica José Maria Aragão: “Com orientação similar, o governo de Pernambuco passa a dar atenção prioritária às condições sanitárias das moradias urbanas, tanto através de sucessivas regulamentações, como de uma atitude crescentemente hostil à permanência e construção de sub-habitações (mocambos) no Recife. Em um relatório de 1909, o Secretário Geral do Estado advertia que ‘sem que se evitem a promiscuidade, a falta de ar, as aglomerações nocivas nas habitações, não poderemos ter o saneamento da capital, não poderemos combater a mortalidade infantil e a tuberculose’ (MELO, 1985:47, citando artigo de CHERMONT, O., ‘Casas para proletários’, publicado nos Anais do Primeiro Congresso Médico de Pernambuco, 1909). Não causa surpresa, pois, que o Projeto de Saneamento do Recife, desse mesmo ano, se transforme, como assinala Marcus Melo, na primeira iniciativa de planejamento urbano da capital pernambucana, com uma série de normas hoje próprias das legislações urbanísticas” (ARAGÃO, 2006, p. 63).

hoje marca o Rio de Janeiro. A resposta do governo central à crise da habitação foi excessivamente tímida e se resumiu à construção de três conjuntos, totalizando 120 unidades geminadas, em zona lindante com o centro antigo da cidade. Somente em 1915, o presidente Venceslau Brás baixaria decreto autorizando o Ministério da Fazenda a aplicar recursos na construção e administração das vilas operárias (Decreto 11.554, de 22.04.1915). No mesmo ano é aprovado novo regulamento para a Caixa Econômica Federal.

Outro exemplo foi dado pelo estado de Pernambuco, por meio da Fundação A Casa Operária, responsável pela construção de quarenta unidades habitacionais. Essa Fundação foi instituída em 1924 e tinha por objetivo edificar pequenas casas para habitação de pessoas pobres mediante reduzido aluguel. Tal iniciativa mostra o pioneirismo de Pernambuco em relação à realização de políticas públicas voltadas para o mercado habitacional (BONDUKI, 1994, pp. 714-715; ARAGÃO, 2006, pp. 62-63).

O sistema então dominante defendia o afastamento do Estado da produção direta de habitações. O problema habitacional deveria ser resolvido pelo incentivo concedido à iniciativa privada, para que ela produzisse moradias mais baratas e, portanto, aluguéis mais baixos. O modelo adotado foi a construção de vilas operárias. Tais vilas eram conjuntos de casas construídas pelas indústrias para serem alugadas por baixo custo ou, mesmo, em alguns casos, cedidas gratuitamente aos seus operários. Em algumas cidades, essas iniciativas tiveram impacto muito importante, na medida em que foram os primeiros empreendimentos habitacionais de grande porte construídos no país.

Acerca do amplo alcance dessas vilas operárias, oportuna a observação de Nabil Georges Bonduki (1994) de que, por estarem vinculadas à emergência do trabalho livre no país, grande parte delas foi construída em decorrência da necessidade de as empresas fixarem seus operários na proximidade de suas instalações e mantê-los sob seu controle político e ideológico. Tal fato possibilitou a formação de um mercado de trabalho cativo. As justificativas encontradas para tais necessidades decorriam de fatores operacionais – é o caso dos trabalhadores indispensáveis à manutenção das máquinas ou equipamentos vitais ao funcionamento da indústria –, de mercado de trabalho, uma vez que inexistiam trabalhadores qualificados, ou mesmo trabalhadores em geral, em razão da

localização das unidades de produção, ou político-ideológicas – consistente na manutenção dos operários sob o controle do patrão, o que evitava greves ou paralisações, pelo relacionamento entre a perda do emprego e o despejo da casa (1994, p. 715).

Foi preciso a ruptura institucional para que o tema “habitação” passasse a ocupar espaço na agenda política. Isso iria ocorrer somente no primeiro governo de Getúlio Vargas, com a constituição dos institutos de previdência, cujos fundos seriam utilizados para financiamento imobiliário.

## **2 A Era Vargas e o início das políticas públicas habitacionais**

A Revolução de 1930 foi deflagrada com a quebra do pacto firmado entre São Paulo e Minas Gerais, ocorrida quando o presidente Washington Luiz, paulista, indicou para seu sucessor o também paulista Júlio Prestes. Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba uniram-se e formaram a Aliança Liberal, lançando como candidato à Presidência da República Getúlio Vargas. Derrotados pela máquina situacionista, Vargas e seus aliados impuseram-se pelas armas. Vitoriosa a revolução e deposto o presidente, o país foi governado por uma junta até a transmissão do poder para Getúlio Vargas, o que ocorreu em 3 de novembro de 1930.

Premido pela necessidade de legitimar o poder conquistado pela força, Vargas estabeleceu uma solução política inovadora. Considerando que os grupos que apoiaram o movimento (classe média, tenentes, oligarquias periféricas e outros) não apresentavam condições suficientes para sustentar o governo revolucionário, ele foi buscar nas massas populares a base que garantiria legitimidade para o novo Estado brasileiro. Legitimado no poder, Getúlio Vargas pôde formular uma política econômica e social que, apesar de, por vezes, mostrar-se contraditória e descontínua, apresentava certas características bem definidas. Nesse sentido, como a habitação sempre representou um grande ônus e um problema nacional dos mais graves, a formulação de um programa público de produção de moradias tinha ampla aceitação pelas massas populares urbanas e mostrava um governo preocupado com as condições de vida das camadas menos favorecidas da população (BONDUKI, 1994, pp. 716-717).

Ainda que se atribua a Vargas preocupação maior com a questão da moradia, não se pode dizer que seu governo chegou a firmar uma política habitacional articulada e coerente. O início da produção de conjuntos habitacionais em larga escala pelo Estado deu-se em 1937, com a adoção das carteiras prediais dos Institutos de Aposentadoria e Pensões (NOAL & JANCZURA, 2011, p. 161). Com isso, o Estado reconheceu que o problema habitacional não poderia ser resolvido tão somente com o investimento privado. Distintamente do pensamento vigente nos anos que antecederam a 1930, em que a atuação pública no setor era tida como uma concorrência desleal com a iniciativa privada, do governo Vargas em diante forma-se uma forte corrente de opinião, segundo a qual a intervenção do Estado é indispensável para desenvolvimento do setor (BONDUKI, 1994, p. 724).

A instituição de carteiras imobiliárias nos Institutos de Aposentadoria e Pensões representou um aporte significativo de recursos no mercado. Os valores que afluíam aos cofres desses institutos e que não tinham destinação imediata poderiam agora financiar a construção civil.

Um exemplo da política habitacional varguista é dado pelo Decreto-Lei nº 4.508, de 23 de julho de 1942. Por esse diploma, foi constituído o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, autorizado a proporcionar financiamento a empregadores industriais. Ao lado da especificação do valor de cada unidade, os conjuntos habitacionais deveriam atender às seguintes características: (a) o terreno teria de apresentar condições de salubridade, de conformação topográfica, de fácil acesso e de superfície, que atendessem perfeitamente a finalidade a que se destinava o conjunto habitacional; (b) o conjunto residencial deveria estar situado dentro do raio de um quilômetro, em relação ao estabelecimento industrial do empregador; e (c) o conjunto residencial deveria comportar o mínimo de 50 e o máximo de 500 unidades residenciais.

A garantia do financiamento seria constituída pela primeira e única hipoteca do terreno destinado à Vila Operária e das construções a serem levantadas, nelas incluídas as unidades residenciais, as edificações complementares de assistência social e os serviços de utilidade coletiva de exclusivo interesse do conjunto residencial. O financiamento não poderia ultrapassar 80% do valor das garantias oferecidas, previamente avaliadas pelo Instituto, e deveria ser resgatado em prestações mensais constantes, compreendendo amortização e juros, no prazo

máximo de quinze anos, com juros de 7% ao ano, pagáveis mensalmente, com início do resgate em trinta dias após a entrega da última parcela.

Como se tratava de financiamento para o empregador, para que ele pudesse gozar das vantagens da norma, a locação das casas deveria ser feita mediante as seguintes obrigações: (a) exclusivamente a operários da sua indústria; (b) a importância do aluguel anual, a ser cobrado em mensalidades constantes, não poderia exceder de 7% do valor do capital empregado no imóvel, compreendendo terreno e construção, calculado em conformidade com a avaliação do Instituto; e (c) as despesas de conservação, administração, taxas e impostos não poderiam ser cobradas em importância superior a 10% do valor de locação de cada unidade, sendo vedada a cobrança de qualquer outra importância a qualquer título.

O decreto-lei ainda previa que deveriam ser apresentados o projeto detalhado do conjunto residencial e as especificações do material de construção, para serem aprovados pelo Instituto. Este, além do encargo de fiscal das obras e das obrigações contratuais, deveria preparar, para fornecer aos empregadores, os tipos padrões de construções proletárias, organizando projetos, orçamentos e especificações, de acordo com as características regionais de cada centro industrial, quanto ao uso e ao custo dos materiais de construção. O Instituto, a pedido do empregador, poderia organizar o projeto de urbanização da área a ser construída, de forma que se obtivesse aproveitamento racional dessa área e melhor distribuição das unidades residenciais dentro do conjunto.

Os financiamentos poderiam atender, ainda, à construção de edifícios complementares, de assistência social, tais como escolas, creches, *playgrounds*, restaurantes, ambulatórios, e a execução de serviços de interesse coletivo de conjunto, tais como calçamento de ruas, abastecimento de água, rede de esgoto e águas pluviais.

### 3 A redemocratização nacional e a Fundação da Casa Popular

Em 1946, no governo do presidente Eurico Gaspar Dutra, foi constituída a Fundação da Casa Popular (FCP). Trata-se da primeira entidade, de âmbito nacional, voltada exclusivamente para provisão de moradia às populações de menor poder aquisitivo. Os institutos e as Caixas de Aposentadoria e Pensões

até então existentes limitavam-se a atender aos seus associados. Durante dezoito anos, esse foi o principal programa habitacional brasileiro (AZEVEDO & ANDRADE, 1982, p. 19).

O processo de constituição da Fundação da Casa Popular sofreu pressões de diferentes grupos de interesse. O anteprojeto visava à construção de uma “superagência”. Todavia, sua implementação exigia centralização, sob sua gestão, dos recursos acumulados nos institutos e nas Caixas de Aposentadoria e Pensões, com extinção de suas carteiras prediais. A forte resistência dos institutos e a deposição de Vargas em 1945 minaram o projeto de instituição de um órgão de tamanha envergadura para formular e implementar a política nacional de habitação, tal como ela estava sendo proposta no Estado Novo (BONDUKI, 1994, p. 718).

Ao que tudo indica, considerações de ordem política pesaram decisivamente na constituição de uma entidade de tal monta. Conforme relatam Sérgio de Azevedo e Luis Aureliano Gama de Andrade, o quadro da época apresentava o Partido Comunista em ascensão, com forte apelo entre o operariado brasileiro. O governo adotou, então, dupla estratégia para enfrentar tal problema: de um lado, empregou medidas repressivas que culminaram com a declaração de ilegalidade do Partido Comunista e a cassação de seus parlamentares em 1947; por outro, buscou ganhar a simpatia de setores populares com a implementação de políticas sociais (1982, p. 20).

Instituída pelo Decreto-Lei nº 9.218, de 1º de maio de 1946, a Fundação da Casa Popular teve suas bases financeiras reguladas pelo Decreto-Lei nº 9.777, de 6 de setembro de 1946. Entre outras disposições, esse diploma estabeleceu como incumbência da Fundação proporcionar, a brasileiros e estrangeiros com mais de dez anos de residência no país ou com mais de cinco anos quando tenham filhos brasileiros, a possibilidade de aquisição ou construção de moradia própria, na zona urbana ou rural. Também estava no rol de competências da Fundação financiar construções ou melhoramentos de habitações para trabalhadores da zona rural; construções de iniciativa de prefeituras, empresas industriais ou comerciais e outras instituições, de residências de tipo popular, destinadas a venda, por baixo custo, ou a locação a trabalhadores, sem objetivo de lucro; e obras urbanísticas de abastecimento de água, esgotos, suprimento de energia elétrica, assistência social e outras que visassem a melhoria das condições de

vida e bem-estar das classes trabalhadoras, de preferência nos municípios de orçamento reduzido, sob a garantia de taxas ou contribuições especiais, que, para isso, forem instituídas.

O amplo raio de ação da Fundação refletia a percepção de que não era possível enfrentar o problema da habitação sem superar as dificuldades decorrentes da falta de infraestrutura física e de saneamento básico (AZEVEDO & ANDRADE, 1982, p. 21).

O conjunto de atribuições da Fundação da Casa Popular não parava por aí. Foram efetuados também o estudo e a classificação dos tipos de habitações, tendo em vista as tendências arquitetônicas, os hábitos de vida, as condições climáticas e higiênicas, os recursos de material e mão de obra das principais regiões do país bem como o nível médio, econômico ou na escala de riqueza do trabalhador da região. Procedeu-se a estudos e pesquisas de métodos e processos que visassem o barateamento da construção, quer isolada, quer em série, de habitações de tipo popular, a fim de adotá-los e recomendá-los. À Fundação, também foi outorgada competência para preparar normas ou cadernos de encargos para estabelecimento das condições básicas a que devem satisfazer os planos a serem atendidos por ela, tendo em vista, especialmente, a máxima ampliação possível da área social de seus benefícios.

Por fim, a Fundação da Casa Popular poderia: (a) financiar as indústrias de materiais de construção, quando, por deficiência do produto no mercado, fosse indispensável o estímulo do crédito, para seu desenvolvimento ou aperfeiçoamento; (b) estudar, projetar ou organizar planos de construção, de habitações do tipo popular, a serem executadas diretamente ou mediante contrato com terceiros; e (c) cooperar com as prefeituras dos pequenos municípios que não dispusessem de pessoal técnico habilitado, quando fosse indispensável, na medida dos recursos disponíveis.

Como se pode observar, a Fundação da Casa Popular era dotada de um campo de ação extremamente amplo. Ela se propunha a financiar, além de moradia, infraestrutura, saneamento, indústria de material de construção, pesquisa habitacional e, mesmo, formação de pessoal técnico dos municípios. Viu-se, desde então, que era preciso fortalecer o mercado, com estímulo à produção de materiais; modernizar as prefeituras, com capacitação e qualificação de seu quadro; estudar o processo de “morar” das classes populares, para se tirar partido

da prática comunitária de construir, das técnicas e dos materiais empregados (AZEVEDO & ANDRADE, 1982, p. 21).

Um traço característico da Fundação, denominado por Sérgio de Azevedo e Luis Aureliano Gama de Andrade de “paternalismo autoritário”, impunha aos mutuários uma determinada postura que, na visão da entidade, tinha-se por adequada à vida comunitária. “Clientelista na decisão de onde construir, na seleção e classificação dos candidatos, a Fundação tornava-se tutora paternal e autoritária na administração dos conjuntos” (1982, p. 30).

Analisando cláusulas constantes das escrituras de compra e venda de moradias, verifica-se a preocupação não apenas com a conservação do imóvel, mas também com o comportamento social e individual dos moradores. Os contratos previam sanções para os moradores que viessem a se tornar “nocivos à ordem ou à moral do núcleo residencial”, ou que promovessem “agitação de qualquer natureza no conjunto ou permitir que dependente seu o faça”. Do mesmo modo, estavam sujeitos a sanções contratuais aqueles que se negassem a receber, em sua casa, funcionários do Serviço de Assistência Social da Fundação, que não destinassem o prédio exclusivamente para sua moradia e da família ou que utilizassem o imóvel em atividade de caráter religioso, político, esportivo, recreativo ou outros inconciliáveis com a finalidade à qual é destinado. Tais condutas implicavam perda do imóvel (AZEVEDO & ANDRADE, 1982, p. 31).

Partia-se do pressuposto de que os beneficiários dos projetos implementados pela Fundação precisavam ser doutrinados para a vida em comunidade. Precisavam de orientação para bem utilizar e conservar o imóvel. “A imagem que se fazia era de um caos inevitável, de favelização dos núcleos, não fossem a onisciência e onipresença da FCP” (AZEVEDO & ANDRADE, 1982, p. 31).

Ainda que movida pelas mais nobres intenções, o tempo tratou de demonstrar quão pretensiosas e irrealistas eram as metas traçadas para a Fundação. Como explica Nabil Georges Bonduki, sua fragilidade, carência de recursos, desarticulação com outros órgãos que tratavam da questão habitacional e, especialmente, a ausência de ação coordenada para enfrentar de modo global o problema mostram que a intervenção dos governos no período foi pulverizada e atomizada, longe, portanto, de constituir efetivamente uma política (1994, pp. 717-718).

A Portaria nº 69, de 23 de maio de 1952, do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que dispunha sobre os estatutos da Fundação, pretendeu corrigir

o extenso rol de atribuições e reduziu o papel das atividades complementares, admitindo-as apenas quando indispensáveis aos seus programas e, mesmo assim, com preferência para os municípios de orçamento reduzidos, sob a garantia de taxas e contribuições. Na prática, conforme assinalam Sérgio de Azevedo e Luis Aureliano Gama de Andrade, como tais municípios dificilmente poderiam oferecer essas garantias, eliminava-se a possibilidade de atuação significativa nos setores ligados ao abastecimento de água, esgoto, energia elétrica e assistência social (1982, p. 22).

Os recursos da Fundação da Casa Popular eram limitados. Dependiam do orçamento da União. Inexistindo uma fonte constante de custeio que pudesse lastrear sua ação, a Fundação, impedida de lançar mãos dos recursos das carteiras imobiliárias dos institutos, navegava de acordo com os humores da política. A contribuição de 1% sobre as transações imobiliárias, a ser cobrada juntamente com o imposto de transmissão, instituída pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 9.777, de 1º de maio de 1946, teve vida curta e foi revogada pela Lei nº 1.473, de 24 de novembro de 1951. Acerca da falência desse sistema de financiamento, explicam Sérgio de Azevedo e Luis Aureliano Gama de Andrade (1982, p. 23):

Duas razões básicas concorreram para que tal imposto não viesse a ter eficácia: primeiro, o contribuinte tinha um forte incentivo para falsear o valor real das transações, para fugir à taxação; segundo, os Estados, a quem competia a arrecadação, nem sem recolheram à Fundação da Casa Popular os impostos cobrados.

Cabendo aos Estados o ônus administrativo e o desgaste político, sem contrapartida financeira, era de esperar que não tivessem empenho em “colaborar” com a Fundação da Casa Popular. Argumentava-se com a inconstitucionalidade da apropriação do tributo, alegando tratar-se de áreas de competência fiscal dos Estados. Alguns simplesmente se negaram a arrecadá-lo e a maioria que o fez nem sempre o recolheu à Fundação da Casa Popular.

Com recursos escassos, pouco se pôde fazer. A aleatoriedade e a descontinuidade acabaram por comprometer o funcionamento do programa. Em razão do crescente desenvolvimento urbano e, conseqüentemente, do aumento da demanda por bens imóveis, o diminuto aporte de recursos redundou em resultados muito tímidos.

Nada obstante o fracasso da Fundação da Casa Popular como órgão central e gestor da nascente política habitacional, não se pode deixar de reforçar que foi o primeiro órgão nacional destinado exclusivamente à provisão de moradias para a população de baixa renda e representou o reconhecimento de que o Estado brasileiro tinha a obrigação de intervir diretamente no grave problema do *deficit* habitacional. Deve-se destacar que, embora as carteiras prediais dos institutos sejam anteriores, essas entidades não tinham por finalidade resolver o problema de habitação. Tais instituições possuíam natureza previdenciária, e sua inserção no plano habitacional dava-se tão somente de modo complementar, conforme uma lógica marcada pela necessidade de investir os fundos de reserva da Previdência Social para preservar seu valor (BONDUKI, 1994, pp. 718).

Do rescaldo de sua atuação, o que se observa é a mudança ocorrida na mentalidade governamental. Consagrou-se nos meios políticos, acadêmicos e empresariais a tese de que a iniciativa privada não seria a solução para o problema da falta de moradias. Seja por incapacidade, seja por desinteresse das construtoras, o Estado passou a ocupar um espaço que, por muito tempo, foi reservado majoritariamente ao particular e assumiu a habitação como uma questão social, passando a intervir cada vez mais em tal segmento.

#### **4 A proposta de instituição de um banco hipotecário e o Instituto Brasileiro de Habitação**

A falência do sistema inaugurado pela Fundação da Casa Popular, dependente de verbas orçamentárias, levou o governo a estudar novas propostas para a solução do problema habitacional. Cogitou-se, então, em janeiro de 1953, a instituição de um banco hipotecário. Inicialmente, pensou-se numa carteira hipotecária ligada à Fundação, que teria por objetivo fazer empréstimos aos pequenos proprietários de terrenos que desejassem construir sua casa. Tal proposta evoluiu para o projeto de constituição de um banco hipotecário (AZEVEDO & ANDRADE, 1982, pp. 40-41).

Em que pese não ter sido levado a diante, o projeto de instituição de um banco já apontava para a necessidade da instituição de um sistema de crédito sólido, capaz de gerar um mercado habitacional autossuficiente. O projeto de banco previa recursos de várias fontes – responsabilidade e subscrição compulsória

pelos particulares que viessem a contrair empréstimos na instituição financeira. A integralização do capital dar-se-ia da seguinte forma: 90% integralizado pela própria Fundação e 10% por particulares que buscassem empréstimos no banco (AZEVEDO & ANDRADE, 1982, p. 41). A ideia de um banco hipotecário era a busca de uma solução de mercado para o problema da moradia.

Todavia, a ausência de um sistema financeiro adequadamente estruturado e de um mercado confiável acabou por inviabilizar politicamente tal projeto. É o que esclarecem Sérgio de Azevedo e Luis Aureliano Gama de Andrade (1982, p. 42):

Embora a proposta das letras hipotecárias tivesse sido tomada de experiências internacionais, tinha-se consciência da precariedade do mercado financeiro do Brasil e da necessidade de o poder público sustentá-las. Segundo os autores da proposição, se deixadas ao livre jogo do mercado, as letras enfrentariam dificuldades para colocação, e “suas cotações baixariam a tal nível que impossibilitaria o desenvolvimento de um plano em escala superior”. Outra dimensão que se pretendia introduzir na política habitacional através do projeto era a divisão de trabalho entre a Fundação da Casa Popular e o próprio Banco Hipotecário de Investimento e Financiamento da Habitação Popular. A este competiria a execução da política, enquanto à Fundação estaria reservado o papel normativo. Esse arranjo, em certo sentido, foi tentado quando da criação do BNH. A lei que o instituiu criou também o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (Serfhau), com funções semelhantes às da Fundação da Casa Popular. Procurou-se, para levar adiante a iniciativa do Banco Hipotecário, o apoio de lideranças partidárias, de autoridades governamentais e do próprio Presidente da República, com quem foi abordada a idéia. Imaginava-se que a época era propícia, pois estava em andamento um plano geral de remodelação do Serviço Público.

A despeito da receptividade encontrada inicialmente junto a setores governamentais, o projeto não logrou viabilidade política.

Abandonado o projeto de instituição do banco hipotecário, nova proposta de transformação da política habitacional veio a ocorrer somente no breve governo do presidente Jânio Quadros<sup>5</sup>. Jânio foi eleito com 48% dos votos. Na expectativa

---

5 A opção do governo JK foi dinamizar a Fundação sem, entretanto, alterar suas estruturas básicas e métodos de ação. Embora não tivessem sido superadas as debilidades que marcaram sua atuação no passado, o período de Juscelino Kubitschek foi a época de maior prestígio da instituição. Nessa época foram construídos os conjuntos de Brasília e a maior parte das unidades residenciais de Minas Gerais e do antigo Distrito Federal (AZEVEDO & ANDRADE, 1982, p. 42).

do eleitorado, ao invés de rodeios e barganhas, o Brasil iria ter um governo honesto e transparente. Nada obstante, sendo um político que nunca fora dado às artes da negociação, o meio empregado para tentar superar os obstáculos de seu programa foi renunciar ao mandato. Ao que parece, sua pretensão era que a renúncia presidencial não fosse aceita, e que o Congresso fosse levado a dar-lhe poderes de emergência. Infelizmente, para Jânio Quadros, o Congresso acatou sua renúncia, e ele deixou o poder (SKIDMORE, 1998, pp. 209-210). Antes de completar um ano de mandato, o presidente eleito estava afastado do cargo<sup>6</sup>.

A nova proposta emergiu da percepção de que estava em marcha uma crise social de larga escala, com risco de convulsão política e econômica de consequências imprevisíveis. Foi então que a proposta de reformulação da política habitacional, com elaboração do Plano de Assistência Habitacional e a constituição do Instituto Brasileiro de Habitação. O governo Jânio Quadros buscava a prática de ações de curto e médio prazos. No curto prazo, as medidas estariam consolidadas no Plano de Assistência Habitacional e contariam com financiamento solicitado ao Banco de Interamericano de Desenvolvimento. No médio prazo, estaria a constituição do Instituto Brasileiro de Habitação (AZEVEDO & ANDRADE, 1982, p. 43).

A crise que se apresentava foi assim descrita por Sérgio de Azevedo e Luis Aureliano Gama de Andrade (1982, p. 43):

O quadro que então se delineava para as autoridades era o de um país “premidado pela inquietação social”. O diagnóstico da crise era amplo e abrangente. Realçava, de um lado, a estrutura agrária arcaica e injusta, que expulsava o homem do campo, e, de outro, a industrialização incipiente, incapaz de absorver os contingentes de migrantes rurais.

A crise, segundo os idealizadores do Instituto Brasileiro de Habitação, tinha raízes no passado distante e prendia-se a “desajustamentos seculares no ritmo do desenvolvimento”.

As causas eram a “incompleta e tardia revolução industrial” que penetrara rapidamente o campo e desarticulava suas estruturas, levando ao “intumescimento” das cidades e condicionando o processo de desenvolvimento anterior.

---

6 Explica Thomas E. Skidmore que a renúncia de Jânio fora inspirada na crise francesa, precipitada pelo episódio da independência da Argélia, que rendeu ao General De Gaulle poderes extraordinários (1998, p. 210).

Levados pela necessidade, mais e mais migrantes do campo procuravam um espaço na cidade. Os problemas encontrados por essa nova população urbana iam da falta de estrutura básica da cidade para recebê-los até a dificuldade de integração no ambiente urbano. Falta de qualificação pessoal, de esgotamento sanitário e de água tratada eram apenas alguns dos problemas enfrentados pelas hordas migratórias. Nesse sentido, na visão do governo Jânio Quadros, essas pessoas eram marginais em potencial, “portadores de uma cultura que não os habilitava à vida urbana e industrial”. O papel do Estado seria, então, “recuperá-los para a civilização”. E a “recuperação” viria por meio de programas sociais, em especial o programa habitacional (AZEVEDO & ANDRADE, 1982, p. 41)<sup>7</sup>.

O programa habitacional de Jânio Quadros inseria-se num universo político mais amplo. Ao lado dos objetivos sociais havia, também, razões de ordem política. O escopo maior era, no dizer do governo, a preservação do regime democrático, considerado à época sob ameaça. Oportuno referir, nesse sentido, o viés conservador em que o problema era tratado. As “massas” deveriam ser guiadas e orientadas, cabendo ao Estado esse papel de civilizador. Como as cidades haviam rompido os laços de solidariedade próprios do ambiente rural, caberia ao Estado tutelar esses novos cidadãos urbanos (AZEVEDO & ANDRADE, 1982, p. 46).

A par das questões políticas e sociais, o novo plano habitacional avançava também no campo econômico. Reconhecia-se o importante papel que a construção civil desempenha na geração de empregos. É o que explicam Sérgio de Azevedo e Luis Aureliano Gama de Andrade (1982, pp. 46-47):

Os objetivos econômicos embutidos na política habitacional eram, entretanto, ainda mais complexos. Partia-se de que era possível desencadear quase uma política de desenvolvimento calcada nos investimentos habitacionais. A indústria de construção civil, incentivada por um programa maciço de casas próprias, teria caráter germinativo, levando à criação de novas indústrias e retendo, regionalmente, capitais que, sem outra alternativa atraente, terminariam por migrar para os centros dinâmicos. Imaginava-se que tais efeitos culminariam por refletir-se na própria agricultura de subsistência, fortalecendo-a com novas demandas geradas pela expansão da construção civil.

---

7 “O clima da época, com as Ligas Camponesas, a mobilização operária e as máquinas partidárias do PTB nas favelas era, aos olhos do governo, o prenúncio de uma situação revolucionária” (AZEVEDO & ANDRADE, 1982, p. 45).

Outro efeito de não menor importância era o referente à adaptação ao trabalho urbano e industrial que a experiência da construção poderia trazer para os migrantes rurais. De acordo com o argumento do Plano de Assistência Habitacional, “na ausência da indústria leve, fase do aprendizado na disciplina fabril, a construção civil supre-a, com os mesmos resultados. Ela proporciona, imediatamente, um salário fixo e ensina um ofício, atribuindo-lhe poder aquisitivo para participar dos bens industriais”.

Essa ambiciosa e complexa política habitacional não passou do papel. A renúncia de Jânio Quadros pôs todo o projeto a perder. A política habitacional só ganharia novos contornos com a chegada dos militares ao poder. Com a crise do populismo, a política habitacional entra em lenta agonia. Com a derrubada do governo João Goulart, em 31 de março de 1964, instaura-se um novo regime, e a Fundação da Casa Popular é extinta.

Uma das principais medidas adotadas pelo recém-instaurado governo militar foi a instituição do chamado Sistema Financeiro da Habitação (SFH), instituído pela Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964. O caráter social do SFH já vinha delineado no art. 1º da lei que o instituiu, que atribuía ao governo federal, por intermédio do Ministro de Estado do Planejamento, a competência para formular a política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenando a ação dos órgãos públicos e orientando a iniciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda.

Na mesma linha, o texto legal previa a intervenção estatal no setor habitacional por intermédio do Banco Nacional da Habitação (BNH), do Serviço Federal de Habitação e Urbanismo, das Caixas Econômicas Federais, do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado (Ipase), das Caixas Militares, dos órgãos federais de desenvolvimento regional e das sociedades de economia mista. Esses órgãos passaram a exercer atividades de coordenação, orientação e assistência técnica e financeira. Foi reservado aos estados e municípios, com a assistência dos órgãos federais, a elaboração e a execução de planos diretores, projetos e orçamentos para a solução dos seus problemas habitacionais. À iniciativa privada, por seu turno, coube a promoção e a execução de projetos de construção de habitações conforme as diretrizes urbanísticas locais.

A nova política habitacional centralizava-se no crédito. Nesse sentido, a Lei nº 4.380, de 1964, fundou simultaneamente o SFH, o BNH e instituiu a correção monetária nos contratos imobiliários. De acordo com Sidnei Turczyn, essa lei foi editada em caráter de urgência, como medida antirrecessiva, durante o período de ajuste institucional pós-revolucionário, tendo por objetivo principal ativar a indústria de construção e enfrentar a gravíssima crise habitacional que assolava o país (2005, p. 169)<sup>8</sup>.

A instituição do SFH inaugurou um ciclo de políticas habitacionais. Uma nova maneira de enfrentar o problema das moradias foi empreendida, a partir de então, pelos governos militares<sup>9</sup>.

## 5 Entre o passado e o presente: breve balanço

Seguindo a lição de José Afonso da Silva, por direito a moradia, deve-se entender o direito de ocupar um lugar como residência. No “morar”, encontra-se a ideia de habitualidade. Daí o sentido correlato com “residir” ou “habitar”. O caráter de permanência está contido na etimologia do verbo “morar”, derivado do latim *morari*, cujo significado é “demorar”, “ficar” (SILVA, 2014, p. 318). Contudo, não se pode desconsiderar que, tão importante quanto um teto, ou mais importante que ele, a moradia deve ser digna e, como tal, propícia a promover uma vida digna ao seu ocupante.

Conforme esclarece Elaine Adelina Pagani, para que o direito a moradia torne-se efetivo, é necessário que a residência seja provida do mínimo de conforto e salubridade para viver, isto é, esse lugar deve ser dotado de condições seguras e confortáveis que proporcionem vida digna e de boa qualidade (2009, p. 95). A moradia digna nada mais é do que o desdobramento lógico e natural do princípio da dignidade da pessoa humana. Como bem salienta Ingo Wolfgang Sarlet: “Se é certo que o direito à moradia encontra-se conectado com a dignidade da pessoa, também é evidente que não se cuida de qualquer habitação, mas sim da moradia que atenda aos parâmetros da dignidade da pessoa” (2012, p. 98).

---

8 Explica Sidnei Turczyn que a crise habitacional foi agravada no governo de João Goulart por medidas como o congelamento de aluguéis e marcada pelas ameaças de locação compulsória de imóveis vazios e de desapropriações urbanas (2005, p. 169).

9 Politicamente, o SFH baseava-se no trinômio: legitimação da revolução, controle do acesso à propriedade privada e desmobilização dos movimentos sociais. Economicamente, procurou aumentar a oferta de emprego, mediante o fomento da construção civil.

Nada obstante o reconhecimento atual de um direito social à moradia, o que se observou com esse breve recorte histórico foi a dificuldade enfrentada pelo Brasil, desde os tempos remotos de sua formação como Estado-Nação, para a implementação de verdadeiras políticas públicas habitacionais. Ressalvadas algumas medidas pontuais e, em certo sentido, heroicas, muito pouco foi feito para solucionar o *deficit* habitacional brasileiro na primeira metade do século XX. Quem mais sofreu com isso, por lógico, foram as camadas mais pobres da população.

Ao debruçar os olhos sobre o passado, o que vimos foram modestos passos dados num longo caminho que ainda tem muito por ser percorrido. Diante de tais fatos, resta-nos questionar o porquê de ações e resultados tão tímidos. A resposta não é fácil. Não é demais assinalar que no cenário internacional o período histórico abordado compreende um considerável número de acontecimentos que marcaram política e culturalmente o mundo. Nesse período, deu-se o fim dos grandes impérios europeus, a Grande Guerra de 1914-1919, a Crise de 1929, a ascensão do Fascismo, a eclosão de outra Grande Guerra entre 1939-1945, a Guerra Fria e a construção de um muro que dividiu o Ocidente e o Oriente, citando apenas os eventos mais emblemáticos. Todos esses fatos pautaram, de forma direta ou indireta, o que ocorreu no Brasil. Todavia, sem descurar da importância de tais fatos, creio que a análise do problema pode dar-se sob o enfoque da situação brasileira interna e aí encontrar, senão a resposta, pelo menos indício de explicação para os poucos resultados das políticas habitacionais nacionais de então.

Ainda que as medidas não sejam excludentes, a solução do problema costuma ser apresentada de forma dicotômica: a opção por uma ação estatal mais efetiva ou por uma solução de mercado. Vale dizer, ou o Estado intervém na economia, estabelecendo condições para a solução do problema habitacional, ou deixa ao mercado tal tarefa<sup>10</sup>. No caso brasileiro, o que se verificou foi que tanto o Estado quanto o mercado falharam.

No que se refere às ações públicas, o que se viu foi um Estado tímido nas suas intervenções. Mesmo nos momentos em que optou por agir, o que se observou foi escassez de recursos e incapacidade política para realizar reformas estruturais que contribuíssem efetivamente para geração de receitas e implementação de

---

10 Em nosso sentir, tais medidas são complementares: em casos como o do provimento de habitação, Estado e mercado podem (e devem) agir coordenada e conjuntamente.

projetos sistematizados e duradouros voltados para a habitação. Quanto ao mercado, por seu turno, a ausência de um sistema financeiro adequadamente estruturado e confiável contribuiu para a ausência de um crédito capaz de assegurar a necessária estabilidade de relações tão particulares como aquelas que decorrem de um contrato de financiamento habitacional<sup>11</sup>. Como assegurar o cumprimento de um vínculo que se estenderia por dez ou vinte anos, se pouco se sabia sobre o próximo ano, sobre o próximo mês ou dia? Sem um sistema financeiro confiável, não há solução de mercado viável. Diante da ausência ou da escassez do crédito, indústria e consumidor viram-se privados da moradia.

O papel dos mercados financeiros é promover o encontro entre aqueles que detêm poupança e, portanto, capacidade para investir, e aqueles que necessitam de capital para empreender. Ao cumprir com sua função, o sistema financeiro atua como agente promotor do desenvolvimento. É o que explica Marcos Cavalcante de Oliveira (2009, p. 23):

O mero ato de poupar (gastar menos do que se recebe) não garante que esta poupança seja empregada para a construção ou aquisição de bens que contribuam para o crescimento econômico, seja do indivíduo, seja da sociedade. Para cada momento na sociedade, umas pessoas são poupadoras enquanto outras são investidoras. O sistema financeiro desempenha o papel fundamental de ser um canal para a criação e troca de instrumentos financeiros entre poupadores e investidores, de modo que a poupança possa, ao final de certo ciclo de trocas, chegar à aquisição daqueles bens que irão gerar riqueza e levar ao progresso social. Sem esse canal de reunião entre provedores e demandadores de fundos, o volume total do investimento na economia seria muito menor. Todo o investimento pelas unidades produtoras iria depender da sua própria capacidade de poupança. Muitas oportunidades de investimento seriam desperdiçadas ou adiadas pela falta da capacidade de geração de recursos internamente. E mesmo que as unidades provedoras de recursos procurassem diretamente os tomadores para lhes oferecer o crédito, os custos transacionais seriam desperdícios incalculáveis. Os recursos

---

11 A propósito, anota Marcos Cavalcante de Oliveira: “Sistema financeiro é o conjunto de mercados, instituições e processos mediante os quais, e sob uma disciplina jurídica comum, pessoas físicas, empresas e entidades governamentais criam, transferem e extinguem relações jurídicas de conteúdo financeiro. O que caracteriza esse conjunto como um único sistema é a interligação existente entre os negócios jurídicos que ocorrem no seu interior. Isso não quer dizer que exista conexão ou conluio entre as pessoas que atuam no sistema. As relações próprias ao conjunto do sistema são entre os atos ou negócios jurídicos cometidos entre as partes” (2009, p. 30).

escassos da sociedade seriam alocados com menos eficiência do que o são com a existência dos mercados financeiros. O crescimento da renda e do emprego seria prejudicado e os padrões de vida duramente afetados.

Ao cumprir o papel de ser o canal de reunião entre provedores e demandadores na economia, os mercados cumprem pelo menos oito funções fundamentais: poupança, investimento, riqueza, liquidez, crédito, pagamentos, proteção de riscos e política.

No período analisado, o que se viu foi um mercado financeiro incipiente, sem condições de reunir poupadores e empreendedores capazes de canalizar os recursos necessários para incremento da construção civil e do crédito imobiliário. Não é demais referir, foi a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que, entre outras coisas, constituiu o Banco Central do Brasil e lançou as bases sob as quais se erigiu o sistema financeiro nacional que atualmente conhecemos. A inconstância do mercado então vigente não foi suficiente para atender aos elaborados esquemas de financiamento que envolvem a construção e a aquisição de imóveis.

Em síntese, o caso brasileiro contou com a particularidade de que Estado e mercado não se mostraram capazes para resolver o problema habitacional. Somente após a constituição do SFH e a reestruturação do sistema financeiro nacional é que começou a haver elementos indicativos de melhoria no mercado habitacional. Todavia, ainda demoraria muito tempo para que a moeda brasileira estabilizasse, e a combinação entre programas sociais e mercado financeiro estável trouxesse algum alento à população brasileira.

## 6 Considerações finais

Ao longo de toda a primeira metade do século XX, o que se viu no Brasil foi a dificuldade de implementação de um Estado efetivamente social. O período analisado viu a sucessão de diferentes dimensões de direito e a superação do Estado Guarda Noturno pelo Estado ativo e atuante. A lição é antiga, mas não é exagero reafirmar, o modelo atual de sociedade não comporta mais um Estado que se limita a proteger a esfera privada dos cidadãos, limitando-se ao resguardo dos direitos de liberdade. O que se quer e se espera do Estado atual

é que vença a inércia e passe a atuar como verdadeiro agente promotor do desenvolvimento social.

Conforme anota Paulo Bonavides, entre os séculos XVIII e XX o mundo atravessou duas grandes revoluções, a da liberdade e a da igualdade. A elas, seguiram-se a revolução da fraternidade, que teve por objeto o homem concreto, a ambiência planetária, o sistema ecológico, e a revolução do Estado Social em sua fase mais recente, de concretização constitucional tanto da liberdade como da igualdade (1996, p. 29). A revolução do Estado Social, pois, em seu momento atual, cobra um passo na construção de uma cidadania digna. Não basta o reconhecimento de um direito. É necessário, igualmente, que se estabeleçam condições para que esse direito possa ser efetivamente exercido<sup>12</sup>. Contudo, o que se viu, pelo menos no que respeita diretamente à moradia, foi um Estado brasileiro caminhando lentamente e, em muitos casos, sem destino certo. Ausência de rumo foi uma das principais marcas das políticas públicas habitacionais brasileiras.

Forçoso concluir, ante os fatos, que a ausência de programas habitacionais e esquemas de crédito adequados foram fatores de atraso na construção da cidadania brasileira. Inexiste cidadania, se inexistente moradia digna. Direitos políticos têm pouca ou nenhuma efetividade, se não andarem de braços dados com direitos sociais.

Sem a menor pretensão de esgotar o tema – é certo que a matéria comporta desdobramentos e distintas formas de enfrentamento –, as ideias aqui expostas têm por objetivo propor a reflexão acerca do que se fez na história da habitação no Brasil e, conseqüentemente, conhecendo erros e acertos do passado, convidar o leitor a pensar sobre o que ainda pode e deve ser feito para solucionar tão grave problema.

---

12 Explica Paulo Bonavides: “Cada revolução daquelas intentou ou intenta tornar efetiva uma forma de Estado. Primeiro, o Estado liberal; a seguir, o Estado socialista; depois o Estado social das Constituições programáticas, assim batizadas ou caracterizadas pelo teor abstrato e bem-intencionado de suas declarações de direitos; e, de último, o Estado social dos direitos fundamentais, este, sim, por inteiro capacitado da juridicidade e da concreção dos preceitos e regras que garantem estes direitos” (1996, p. 29).

## Referências

- ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro de Habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema**. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2006.
- AZEVEDO, Sérgio de e ANDRADE, Luis Aureliano Gama de. **Habitação e Poder: da Fundação da Casa Popular ao Banco Nacional de Habitação**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.
- BALTRUSIS, Nelson. O mercado imobiliário informal nas favelas de Paraisópolis e Nova Conquista. *In*: FERNANDES, Edésio. ALFONSIN, Betânia. **A Lei e a Ilegalidade na Produção do Espaço Urbano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização: Alexandre de Moraes. 37 ed., São Paulo: Atlas, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 4.508, de 23 de julho de 1942**. Dispõe sobre financiamento de construções de conjuntos residenciais operários pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4508-23-julho-1942-414513-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 8 de abril de 2014.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 9.218, de 1º de maio de 1946**. Autoriza a instituição da Fundação da Casa Popular. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-9218-1-maio-1946-417087-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 8 de abril de 2014.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 9.777, de 6 de setembro de 1946**. Estabelece bases financeiras para a Fundação da Casa Popular e dá outras providências. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del9777.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del9777.htm)>. Acesso em 8 de abril de 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964.** Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), as Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4380.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4380.htm)>. Acesso em 8 de abril de 2014.

\_\_\_\_\_. **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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm)>. Acesso em 8 de abril de 2014.

BONDUKI, Nabil Georges. *Origens da habitação social no Brasil. Análise Social.* Vol. XXIX (127), 1994 (3º).

CARVALHO, Dora Martins de. O Plano Nacional de Habitação e sua reformulação. *Revista Forense.* Rio de Janeiro, v. 237, 1972.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil.* 12. ed., São Paulo: EDUSP, 2007.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional.* São Paulo: RT, 2003.

MELO, Marcus André B. C. de. *Política de Habitação e Populismo: o caso da Fundação Casa Popular.* Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/rua/article/viewFile/3105/2222>>. Acesso em: 8 de abril de 2014.

NOAL, Ednilson Bolson, JANCZURA, Rosane. A política nacional de habitação e a oferta de moradias. *Textos & Contextos* (Porto Alegre), v. 10, n. 1, p. 157-169, jan./jul. 2011. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/7257/6431>>. Acesso em: 14 de abril de 2014.

OLIVEIRA, Marcos Cavalcante. *Moeda, Juros e Instituições Financeiras – Regime jurídico.* 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PAGANI, Elaine Adelina. *Direito de Propriedade e o Direito à Moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

SANTOS, Cláudio Hamilton M. dos. Políticas Federais de Habitação no Brasil: 1964/1998. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA**. Brasília: IPEA, 1999. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0654.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0654.pdf)>. Acesso em: 4 de dezembro de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais em espécie. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

SKIDOMORE, Thomas E. **Uma História do Brasil**. 2. ed., São Paulo: Paz e Terra, 1998.

TURCZYN, Sidnei. **O Sistema Financeiro Nacional e a Regulação Bancária**. São Paulo: RT, 2005.

# Qual É o Preço do Direito ao Sigilo Bancário? A incorporação jurídica da legislação norte- -americana *Foreign Account Tax Compliance Act* no ordenamento brasileiro, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito

Carolina Reis Jatobá Coêlho\*

*Introdução. 1 O tratamento jurisprudencial e doutrinário do sigilo bancário como direito fundamental constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. 2 A contribuição da Análise Econômica do Direito na interpretação jurídica de questões da incorporação do Foreign Account Tax Compliance Act. 3 Conclusão.*

## Resumo

Este artigo analisa os impactos da incorporação do *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) ao ordenamento jurídico brasileiro, sob o enfoque da Análise Econômica do Direito (AED). A norma exigirá das instituições financeiras estrangeiras o reporte automático, diretamente à Receita Norte-Americana, de algumas informações pessoais e financeiras de correntistas considerados norte-americanos, sob pena de retenção na fonte de 30% sobre rendimentos de fontes dos Estados Unidos da América (EUA). Embora o envio das informações para autoridade estrangeira colida com a concepção jurisprudencial brasileira acerca do sigilo bancário, com base em diretrizes interdisciplinares, verifica-se que a

---

\* Mestranda em Direito das Relações Internacionais no Centro Universitário de Brasília. Advogada da Caixa Econômica Federal – Gerência Nacional de Atendimento Jurídico – Diretoria Jurídica.

legislação utilizou-se da metodologia da ciência econômica para aumentar a carga de eficiência normativa do Direito. O artigo está dividido em duas partes. A primeira destina-se a identificar o tratamento jurídico do sigilo bancário como direito fundamental na interpretação jurisprudencial brasileira, motivo pelo qual a assunção das obrigações do FATCA pelas instituições financeiras brasileiras constitui risco jurídico, com base em tais premissas. A segunda intenta demonstrar a contribuição da AED como metodologia de interpretação do Direito para o caso, aportando particularmente as conclusões da interdisciplinariedade entre as matérias quanto aos aspectos da AED observados na legislação específica.

**Palavras-chave:** FATCA. Cooperação internacional para fins fiscais. Análise Econômica do Direito. Sigilo bancário.

***What is the Price of the Right of Banking Secrecy? The incorporation of Foreign Account Tax Compliance Act into the Brazilian Legal Framework from the perspective of Economic Analysis of Law***

***Abstract***

*This paper analyzes the impacts of incorporation of Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) into the Brazilian legal framework, from the point of view of Economic Analysis of Law. The legislation requires Foreign Financial Institutions automatic reporting directly to Internal Revenue Service (IRS) of personal and financial information of US Person. The deny receives penalty of withholding tax of 30% on income from sources in the USA The report of financial data directly to foreign authorities contravenes the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court on banking secrecy. But in an interdisciplinary guidelines view, it appears that the legislation employed the methodology of economics to increase the efficiency of law rules. The article is divided into two parts. The first identifying the legal treatment of banking secrecy as a fundamental right in the Brazilian judicial interpretation why which the assumption of the obligations of FATCA by Brazilian financial institutions is a legal risk. The second attempting to demonstrate the contribution of the Economic Analysis of Law as a method of interpretation of the law to the*

*case, specifically by contributing the conclusions of interdisciplinarity among the subjects and aspects of AED observed in this specific legislation.*

**Keywords:** *FATCA. International cooperation for tax purposes. Law and Economics. Banking Secrecy.*

## Introdução

The era of banking secrecy is over.<sup>1</sup>

A declaração dos membros do G20<sup>2</sup> exarada no contexto de pós-crise econômica que foi caracterizada, entre outros fatores, pela evasão fiscal e quebra de confiança no sistema financeiro, na forma como dita, parece até incontestável em qualquer contexto e para qualquer cidadão correntista do mundo. Mas será mesmo que o direito ao sigilo bancário está fadado a desaparecer, ainda que enquadrado como um direito de estatura constitucional vinculado aos direitos humanos de privacidade e intimidade? Em 2014, cinco anos após a Cúpula de Londres, em que a declaração foi exarada, a pergunta remanesce, mas muitas iniciativas no campo legislativo ocorrem globalmente, de forma simultânea, com o escopo, senão de fazer desaparecer completamente tal direito, de flexibilizá-lo diante de valores relacionados ao combate à evasão fiscal<sup>3</sup>.

Pode-se apontar como uma dessas iniciativas o conjunto de normas norte-americanas de efeitos extraterritoriais denominado *Foreign Account Tax Compliance Act*<sup>4</sup> (FATCA), que se mostra no cenário atual como consequência

- 
- 1 “A era do sigilo bancário acabou”. Leader’s Statement. Group of Twenty. London Summit. G20 Action Plan for Recovery and Reform. Declaration on Strengthening 2 April 2009. Disponível em: <[http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2009/pdf/g20\\_040209.pdf](http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2009/pdf/g20_040209.pdf)>. Acesso em 3.12.13. O documento expressa a necessidade de fortalecer a higidez do sistema financeiro global, dando ênfase às questões relacionadas à transparência – o que desincentivaria a assunção excessiva de riscos pelo sistema financeiro – e propõe medidas para as jurisdições não cooperantes, como os paraísos fiscais.
  - 2 O Grupo dos Vinte reúne, desde 1999, ministros das Finanças e presidentes dos Bancos Centrais das dezenove maiores economias do mundo, incluindo-se o Brasil, e da União Europeia (representada pelo Conselho e Banco Central Europeu). Não se trata de organização internacional, mas de um fórum informal, que visa o diálogo entre países desenvolvidos e em desenvolvimento acerca de temas que envolvem estabilidade econômica global. O G20 tem expandido sua capacidade de diálogo, ultrapassando a agenda econômica. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?G20>>. Acesso em: 3.12.13.
  - 3 Acerca do remapeamento das questões fiscais pós-crise, ver: ULTEN, Andrew van. Remapping the Fiscal State After the Global Financial Crisis Economic Geography. Vol. 88, nº 3 (July 2012), pp. 231-253. Published by: Clark University. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/23256741>>. Acesso em: 6.12.2013.
  - 4 Para conferir os parâmetros gerais da norma: USA. IRS. Summary of Key FATCA Provisions. Disponível em: <<http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Summary-of-Key-FATCA-Provisions>>. Acesso em: 17.8.2014.

da preocupação mundial com a transparência, na intenção de incrementar a arrecadação de tributos por parte de cidadãos norte-americanos residentes fora do território daquele país. Essa proposta, elaborada para reprimir a evasão fiscal dos Estados Unidos da América (EUA), tem sido copiada até pela União Europeia<sup>5</sup> e apresenta tendência de multiplicação por meio de acordos ou tratados multilaterais em todo o mundo, o que nos mostra que a afirmação epigrafada pode sim vir a constituir-se uma verdade.

O ponto mais polêmico da legislação estrangeira de efeitos extraterritoriais é a imposição às instituições financeiras estrangeiras do encaminhamento de informações para o governo norte-americano (*Internal Revenue Service – IRS*) acerca de movimentações realizadas no âmbito de contas situadas em territórios estrangeiros, o que, em tese, e na implementação da norma em território estrangeiro, poderia esbarrar em restrições jurisdicionais, constitucionais e legais, especialmente em países que consideram o sigilo das operações bancárias em seu ordenamento jurídico doméstico, apresentando, muitas vezes, *status* constitucional.

A norma FATCA exigirá das instituições financeiras estrangeiras o reporte automático, diretamente ao IRS, de algumas informações pessoais e financeiras, como nome, endereço, número de identificação fiscal, número, saldo e movimentação de contas bancárias detidas por: i) *US Individuals/Person*, cujo valor da conta bancária exceda U\$50.000,00; ou ii) *US Entities* – pessoas jurídicas cujo saldo em conta bancária ultrapasse U\$250.000,00. O cronograma já foi visitado várias vezes, mas a etapa de cumprimento iniciou-se em 1º de julho de 2014.

Partindo-se da premissa de que a jurisdição norte-americana circunscreve-se ao seu próprio território, ao contrário do que o apregoado por doutrinadores norte-americanos que ampliam a jurisdição fiscal para onde houver contribuintes norte-americanos (MORSE, 2014), a adesão à legislação dos limites territoriais estadunidenses torna-se facultativa pela formalização de Acordo Intergovernamental, podendo apresentar como polos da tratativa: ou

---

5 A União Europeia aprovou em março a Diretiva nº 2014/48/UE, a qual altera a Diretiva nº 2003/48/CE, que instituiu o fim do segredo bancário para fins fiscais, fundamentado na abordagem da “transparência”, estabelecendo troca de informações financeiras de maneira automática. A Organização de Desenvolvimento Econômico e Cooperação (OCDE) vem encorajando a adesão multilateral de seus membros à troca automática. Sobre detalhes do início da adesão da Europa e o tratamento da cooperação internacional acerca de fins fiscais, ver ZIEGLER, Alexandre; DELALOYE, François-Xavier; HABIB, Michel. *Negotiating over Banking Secrecy: the case of Switzerland and the UE*. SSRN. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=830784](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=830784)>. Acesso em: 29.7.2014.

órgãos fazendários de ambos os lados ou instituições financeiras estrangeiras e órgão fazendário norte-americano. Estão disponíveis dois modelos para adesão, conforme exista ou não tratado ou acordo internacional que preveja troca de informações para fins fiscais entre os países, considerando ou não as hipóteses de reciprocidade de obrigações para ambos os casos.

Ao optar por não aderir ao FATCA, a instituição sofrerá, a partir de 2014, retenções na fonte de 30% sobre rendimentos de fontes dos EUA; a partir de 2015, sofrerá retenções de 30% sobre o valor principal da venda de participações societárias e renda fixa de fonte dos EUA; e, a partir de 2017, sofrerá retenções de 0,01% a 30% do valor dos juros e do principal de aplicações financeiras efetuadas em outras instituições financeiras brasileiras ou não, participantes do FATCA, quer as aplicações tenham, quer não tenham direta relação com os EUA. Isso ocorre porque, na economia globalizada, os papéis ligados ao mercado financeiro encontram-se inevitavelmente entrelaçados, de modo que, em algum ponto da cadeia de movimentação bancária ou interbancária, o agente financeiro não aderente poderá prejudicar-se no relacionamento com os demais, que evitarão manter negócios recíprocos, já que os custos de transacionar com um não aderente acabará por impactar no aderente que se relaciona com ele, restando-lhe, pois, ficar isolado no mercado.

Na condição de participantes ou aderentes, as instituições financeiras estrangeiras assumirão obrigações de *due diligence*, ditadas pelas disposições do FATCA para identificar, em sua base de clientes, pessoas titulares de contas financeiras que sejam qualificadas como *US person*, que, em geral serão indivíduos com nacionalidade norte-americana, nascidos nos EUA ou com pais norte-americanos, e pessoas com visto de permanência nos EUA (*green card*). Quando tais pessoas detiverem mais de 10% de participação direta ou indireta no capital ou lucro de empresas brasileiras (estrangeiras fora dos EUA), tais empresas serão consideradas *US person* independentemente de haverem sido constituídas ou de serem residentes fiscais no Brasil.

A implementação da norma implica custos operacionais que envolvem diligências e adaptação de normas de *compliance* interna, atualização de *softwares*, por exemplo, para alterar e rever cadastro de clientes, como procedimentos relativos ao módulo “conheça seu cliente” (já existente para a base de clientes objetos de reporte para fins de lavagem de dinheiro), rever contratos, ajustar

produtos e dados das contas, criar módulos de informes de rendimentos especial, bem como módulo de cálculo de tributos para os EUA.

Tais custos operacionais e financeiros serão suportados por instituições financeiras situadas em diversos locais do mundo, mas deveriam estar no escopo da arrecadação tributária dos EUA, originalmente, cuja competência tributária se afirma. O custo de não adesão é bastante alto – senão impraticável –, já que a instituição financeira que não participar do FATCA, além de sofrer retenções na fonte, poderá apresentar condições mais desfavoráveis para competir no mercado internacional, sofrendo restrições ou incremento de custos para operar com instituições financeiras participantes do FATCA.

Impelidas as instituições a participar no cenário global, a aderência ao FATCA é imperiosa<sup>6</sup>. Isso ocorrendo em paralelo à discussão jurídica acerca do sigilo, implica a necessária revisão da clássica lógica de incorporação de normas jurídicas em detrimento da *lex mercatoria*, o que caracteriza movimento intenso de interferências recíprocas entre as racionalidades jurídicas nacionais e internacionais, impossível de ser justificado conforme os parâmetros do Direito Internacional Clássico. Com isso, apresenta-se como consequência direta do dinâmico processo de interação da globalização econômica, estabelecendo-se certa padronização nos ordenamentos jurídicos, fruto da internacionalização do Direito. Dito de outro modo, a recusa é, em teoria, possível, mas não é possível na prática. As instituições que não cooperarem poderão ser excluídas do sistema financeiro internacional<sup>7</sup>.

Sob os termos do Acordo Intergovernamental que está sendo negociado por Brasil e EUA, as instituições financeiras terão de obter consentimento dos titulares de contas antes de encaminhar seus dados para a Receita Federal norte-americana. Nesse caso, o sigilo bancário restará preservado, com fundamento no parágrafo 3º do artigo 3º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001<sup>8</sup>,

---

6 Instituições que fazem parte de grupos econômicos globais, particularmente dos EUA, serão levadas a participar do FATCA, pois, conforme regras específicas, ou todas as instituições do grupo participam do FATCA, ou nenhuma delas participa. Um dos grandes trunfos da norma é seu grau de eficácia para cumprimento, pois, de uma maneira ou outra, os bancos, em suas relações comerciais e jurídicas, estão altamente vinculados.

7 Estas são palavras do professor de Economia Bancária Beat Bernet, da Universidade Saint-Gall: *In theory, one can always refuse, but in practice it would be impossible. Institutions that do not cooperate will be virtually excluded of the international financial system.* Disponível em: <[http://www.lejournalinternational.fr/FATCA-Brings-an-End-to-Swiss-Banking-Secrecy\\_a994.html](http://www.lejournalinternational.fr/FATCA-Brings-an-End-to-Swiss-Banking-Secrecy_a994.html)>. Acesso em: 3.4.2014.

8 BRASIL. Congresso Nacional. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 20.8.2014.

que não considera quebra de sigilo a divulgação de informações confidenciais com o consentimento expresso do cliente.

Mas, e quando não houver consentimento do cliente correntista? Nesse caso, serão consideradas “não cooperantes” ou “recalcitrantes” as pessoas físicas e jurídicas que, identificadas como *US Person*, não autorizem o envio de informação àquelas autoridades ou, ainda, aquelas com indício de *US Person*<sup>9</sup> que não proverem a instituição financeira de documentação hábil que desabone tal indício. Ao deparar-se com pessoas recalcitrantes, as instituições financeiras participantes do FATCA deverão encerrar aquelas contas já existentes, ou recusar-se a sua abertura, caso inexistentes, o que poderá gerar pesados riscos jurídicos de questionamento judicial, considerando não só o tratamento jurisprudencial dado à matéria de sigilo bancário, mas também aquele aplicável aos contratos bancários, que o consideram contrato de consumo, cujo abuso das cláusulas poderá ser demonstrado no caso concreto.

Enquanto a instituição financeira participante não tomar tais providências de encerramento de contas de pessoas recalcitrantes, deverá computar e reter o tributo nos EUA sobre os investimentos efetuados por tais pessoas, mais uma vez, arcando com os custos operacionais de tal ação. A partir de 2017, as retenções serão aplicáveis aos investimentos feitos em países estrangeiros em relação aos EUA, até mesmo ao Brasil, sem nenhuma relação direta com fonte dos EUA. O imposto incidirá com a alíquota de 30% sobre os dividendos, os juros e o valor principal das aplicações financeiras, diretamente relacionadas a fonte dos EUA ou ainda relacionadas à fonte brasileira (estrangeira em relação aos EUA), na proporção em que a *Participating Foreign Financial Institution* (PFFI) investir nos EUA sobre seus ativos totais, ou ainda na proporção em que investir em outras PFFIs que investirem nos EUA, na proporção dos ativos totais dessas outras PFFIs, e assim em série.

Nesse caso, para fins de cumprimento da norma, as instituições financeiras estrangeiras participantes, além de arcarem com os custos de preparação e adaptação de seus sistemas, contratos, cadastros, entre outros ajustes, enfrentarão

---

9 Os indícios de pessoa dos EUA são: endereço, telefone, caixa postal da pessoa ou de procurador nos EUA, local de nascimento nos EUA, transferências financeiras do/para os EUA. A pesquisa por indício de pessoas dos EUA poderá ser eletrônica. No caso das contas com valor superior a US\$1 MM, o gerente da conta deve ainda atestar que não há razão para acreditar que a pessoa é *US Person*. No caso das contas com indício de *US Person* ou cujo gerente não proveja tal declaração, o titular da conta deve declarar à instituição financeira se é ou não *US Person*, providenciando documentação adicional quando oportunamente requerido na legislação.

frontalmente o inevitável risco jurídico de eventual questionamento judicial de clientes estrangeiros, tendo-se por fundamento as normas jurídicas domésticas de sigilo bancário. Isso porque o tratamento jurisprudencial do sigilo bancário, particularmente o do Supremo Tribunal Federal (STF), no Brasil é bastante conservador ou garantista. Observa-se ponderação de riscos: uma relacionada à regular competição da instituição financeira no cenário internacional, outra relacionada à submissão de riscos jurídicos referentes a questionamentos judiciais, sejam eles fundamentados na indevida quebra de sigilo bancário, sejam relacionados ao encerramento das contas bancárias de clientes “recalcitrantes”, que não deixarão de ostentar o direito ao sigilo bancário com *status* constitucional protegido pelo Supremo Tribunal Federal.

Tendo-se por pano de fundo esse contexto e essa problemática, este artigo propõe-se a utilizar o referencial teórico da Escola *Law and Economics*, para melhor compreensão de pontos da implementação do FATCA pelo ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a recepção da norma sob o enfoque da proteção do sigilo bancário e a inevitável assunção de custos das instituições financeiras brasileiras sobre riscos jurídicos decorrentes de eventual questionamento judicial por algum correntista estrangeiro, que, fundamentando-se nas premissas do tratamento jurisprudencial dado ao sigilo, venha a requerer indenização, tendo-se por mote a responsabilidade civil por descumprimento da observância de dever inerente à proteção do sigilo de dados, da privacidade ou da intimidade.

Por fim, resta claro que esse não é o único ponto da norma a ser considerado, já que se observa, ainda que não seja de forma profunda, que, na concepção da legislação, muitas das premissas da Análise Econômica do Direito (AED) foram observadas, a fim de estabelecer critérios de eficiência normativa, como: i) no delineamento das sanções previamente estabelecidas; ii) na alocação de recursos pela transferência de custos sociais e de transação da arrecadação de tributos aos agentes bancários; iii) no aprimoramento da premissa da maximização do bem-estar e do lucro do beneficiário da norma, que é o Estado Norte-Americano; iv) no mote da cooperação como fundamento para eficácia da norma.

Para alcance do objetivo de demonstrar que há influência das Escolas de Análise Econômica de Direito no delineamento da norma norte-americana, o artigo será dividido em duas partes. A primeira se destina a identificar o tratamento jurídico do sigilo bancário como direito fundamental na interpretação

jurisprudencial brasileira, que acaba por afastar os poderes da autoridade fiscal na quebra desse sigilo, sem a necessária ponderação de valores entre intimidade e interesse público, a ser realizada exclusivamente pelo Poder Judiciário, motivo pelo qual a assunção das obrigações do FATCA pelas instituições financeiras brasileiras constitui risco jurídico de questionamento judicial, com base em tais premissas. A segunda tem o intento de demonstrar a contribuição da AED como metodologia de interpretação do direito para o caso, aportando as conclusões da interdisciplinariedade entre as matérias quanto aos pontos da AED observados na legislação específica.

## **1 O tratamento jurisprudencial e doutrinário do sigilo bancário como direito fundamental constitucional no ordenamento jurídico brasileiro**

Numerosas são as definições doutrinárias acerca do sigilo bancário<sup>10</sup> além das que estão dispostas efetivamente na legislação, mas todas apresentam elementos em comum, dos quais podemos destacar: (i) obrigação imposta por lei (ii) a instituições financeiras e equiparadas de manter em segredo dados que lhes cheguem ao seu conhecimento como consequência das (iii) relações jurídicas vinculadas às (iv) suas atividades.

A data de origem da obrigação é controversa e talvez sequer possa ser definida de forma temporal. Tal imprecisão, no entanto, reflete ainda mais o caráter costumeiro que lhe envolve, remetendo-se ao nascedouro das atividades bancárias que precederam, até mesmo, o uso regular da moeda (ABRÃO, 2011, p. 84). Diz-se que o dever de segredo se mostra como condição para o regular exercício da interposição creditícia, sendo, primeiramente, de observação espontânea, caracterizado pela demonstração de solvência e liquidez características da atividade bem como da confiança que norteia as relações, geralmente pautadas na discricção necessária à efetivação das operações (COVELLO, 2001, p. 20).

---

<sup>10</sup> Entre os nacionais, Sérgio Carlos Covello cita Malagarriga, Villegas, Labanca, Alfonso de la Espriella Ossío, Octávio Hernandez, Sichtermann, Ary Brandão de Oliveira, Nelson Abrão. COVELLO, Sérgio Carlos. O sigilo bancário. 2. Ed. Doutrina, Legislação, Jurisprudência. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p. 84 a 111.

São várias as fases de desenvolvimento da atividade bancária que se relacionam com a temática do sigilo, podendo-se destacar três grandes períodos entre a simples troca imediata de bens para o crédito amplo e desmaterializado da economia atual. A primeira fase abrange toda a Antiguidade<sup>11</sup>. A segunda, refere-se à fase institucional, que ocorre na Idade Média, marcada pelo desenvolvimento das práticas econômicas, pelo progresso do comércio e da indústria e pela multiplicação dos bancos particulares<sup>12</sup>. A terceira fase, denominada capitalista, ocorre da Renascença à atualidade. Nela, situam-se os grandes capitalistas banqueiros, havendo disseminação de estabelecimentos de crédito em diversos países. Expande-se a intenção de lucro, destacando-se o Banco de Amsterdam (1609) e o Banco da Inglaterra (1689). Nessa ocasião, o legislador começa a preocupar-se com a positivação do dever do sigilo, tendo-se como exemplo um decreto promulgado por Luis XIII na França, em 1639, que ressalta a importância da descrição para o comércio e para as finanças (COVELLO, 2001, p. 31-34).

Portanto, a obrigação que originalmente se demonstrou costumeira, atualmente decorrente de lei, já foi pontuada em tratados internacionais como extensão da proteção da privacidade e da intimidade, garantida como direito humano de primeira geração. A globalização impacta a questão não só porque imprime velocidade à integração mundial dos centros financeiros mundiais – situação temporal e histórica que deve ser considerada para fins de configuração da obrigação –, mas também porque flexibiliza o direito fundamental conforme as regras de governança global, em combate à evasão fiscal e à lavagem de dinheiro.

Atualmente, governos brasileiros e norte-americano tendem a assinar o Acordo Intergovernamental (*Intergovernmental Agreement* – IGA), para disciplinar de forma ampla a implementação da legislação em território nacional. O acordo poderá ser formatado em diversos modelos, disponíveis no *site* do IRS. O primeiro é utilizado na existência de um *Tax Information Exchange Agreement*

---

11 O Estado e o Clero ocupavam-se da atividade bancária, abrigando, no palácio e no templo, o depósito das mercadorias, colheitas e tributos, motivo pelo qual a intermediação do crédito referia-se inicialmente a algo sagrado, oculto, misterioso, especialmente em relação ao povo babilônico, hebreu e grego. Em Roma, entretanto, já se vinculava o segredo profissional da prática bancária, abandonando-se a sacralidade da obrigação e conduzindo ao nascimento de uma obrigação jurídica, exigível somente judicialmente e nos casos de litígio entre banqueiro e cliente.

12 Destaca-se, por exemplo, a constituição do Banco de São Jorge (1147), do Banco de São Marco (1171) e do Banco de Gênova (1345). Nessa época, o sigilo bancário já estava consolidado como regra de conduta, à qual os banqueiros e seus funcionários estavam submetidos.

(TIEA) ou de um *Double Tax Convention* (DTC), ou seja, pressupõe que esteja em vigor um Tratado de Troca de Informações Tributárias. É o que se espera no caso brasileiro.

Dentre as numerosas questões referentes a incorporação jurídica da legislação em território brasileiro e a recepção da legislação pela Constituição, destaca-se a questão do direito ao sigilo bancário, configurado na concepção jurisdicional como direito fundamental, previsto no artigo 5º, X ou XII, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>13</sup> de 1988, que tutela a intimidade e a privacidade. Em extensão ao sigilo de dados e de correspondência, assegura, a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, sua inviolabilidade, ressalvada a hipótese de autorização expressa emanada pelo Poder Judiciário, com a finalidade exclusiva de investigação criminal ou instrução processual penal.

A Lei Complementar nº 105, de 2001<sup>14</sup>, que trata do dever de sigilo por instituições financeiras, prevê a possibilidade de o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) firmarem convênios de cooperação mútua, com intercâmbio de informações, para investigação de atividades ou operações que impliquem aplicação, negociação, ocultação ou transferência de ativos financeiros e de valores mobiliários relacionados com a prática de condutas ilícitas. No entanto, o dever de sigilo estende-se aos órgãos fiscalizadores mencionados (Banco Central do Brasil e CVM), bem como a seus agentes.

Conforme o artigo 6º da mesma lei<sup>15</sup>, as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios somente

---

13 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23.8.2014. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996).

14 BRASIL. Congresso Nacional. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 20.8.2014.

15 BRASIL. Congresso Nacional. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 20.8.2014. “Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.”

poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, mesmo os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e quando tais exames forem considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Nem mesmo o Ministério Público detém poder de requisitar e receber as informações sem a necessária autorização judicial, já que os direitos individuais são superiores às competências e às atribuições institucionais de investigação.

Acerca da excepcionalização do sigilo para fins fiscais, cabe ressaltar que, nem mesmo no plano interno, a temática é pacífica. Embora o tratamento de qualquer direito fundamental – especialmente os que se referem a liberdade pessoal – comporte exceções fundamentadas no interesse público, tais exceções devem estar previstas expressamente na lei, que definirá as competências e os limites para que ocorram, sob pena de autorização mediante reserva jurisdicional tão somente. Nessa linha de entendimento, o STF acena a impossibilidade de o fisco obter informações bancárias sigilosas, nos termos dos Recursos Extraordinários nº 387.604 e nº 389.808, sem prévia autorização judicial<sup>16</sup>, isso porque entende que o órgão jurisdicional é o único apto e legítimo a ponderar os interesses privados e públicos no caso concreto. Nos autos do Recurso Extraordinário nº 601.314<sup>17</sup>, a Corte afetou o tema à repercussão geral, sem posicionar-se de forma conclusiva.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não é diferente. Os dados obtidos pela Receita Federal com fundamento no art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001<sup>18</sup>, mediante requisição direta às instituições bancárias no âmbito de processo administrativo fiscal sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de créditos tributários, também não estão legitimados. Além disso,

---

16 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 389.808/PR. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20.8.2014. No RE 389.808/PR, o relator, Min. Marco Aurélio, afirma: “A decretação da quebra do sigilo bancário, ressalvada a competência extraordinária das CPIs (CF, art. 58, § 3º), pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer, seja à administração tributária, seja ao Ministério Público, seja, ainda, à Polícia Judiciária, as informações que lhe tenham sido solicitadas”. Já no RE 387.604 confirma a decisão, declarando que a mitigação do direito dar-se-á exclusivamente por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, motivado pela necessidade de resguardar o cidadão de atos extravagantes que pudessem, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade, de modo que o afastamento do sigilo apenas seria permitido mediante ato de órgão equidistante (Estado-juiz).

17 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 601314/SP. Relator Min. Ricardo Lewandowisk. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20.8.2014

18 Vide nota de rodapé nº 15.

quando o propósito do encaminhamento de dados bancários às autoridades fiscais mediante requisição direta às instituições financeiras ultrapassa a competência arrecadatória da Receita e implica instruir processo penal destinado a investigar crimes contra a Ordem Tributária, o STJ preserva o garantismo, submetendo o pleito à imprescindível avaliação do magistrado competente, que irá motivar concretamente a decisão na busca da prevalência pelo melhor interesse a ser resguardado no caso concreto<sup>19</sup>.

## 2 A contribuição da Análise Econômica do Direito na interpretação jurídica de questões da incorporação do *Foreign Account Tax Compliance Act*

A Economia apresenta o objetivo de perscrutar o comportamento humano na tomada de decisões em um mundo de recursos escassos, o Direito tem o dever de regular e orientar a conduta humana diante de critérios próprios, como a justiça. Embora a ciência jurídica seja deontológica e normativa, prospectando-se para o dever-ser, e a economia contemple o ser, descrevendo fatos objetivos para fins da análise comportamental humana, entendeu-se que o estudo da Economia poderia agregar valor ao Direito, emprestando ao Direito metodologia própria para alargar a compreensão do comportamento humano e, por consequência, moldá-lo de forma eficiente.

A despeito de o Direito e a Economia já terem sido campos epistêmicos comparados, a relação de subordinação entre um e outro era inevitável, transformando o Direito em mero reflexo da movimentação econômica, que, como infraestrutura, determinaria os nichos de superestrutura e ditaria comportamentos, formatações sociais, idiosincrasias, ideologias, estando o direito a ela subordinado, por exemplo, no pensamento marxista (GODOY, 2005). Esse não é o escopo da Análise Econômica do Direito (AED). Intenta-se não subordinar sistemas, mas sim coordenar os campos científicos, com benefício de compatibilização entre justiça e eficiência.

---

<sup>19</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 20.8.2014. A este respeito, pode-se citar os seguintes precedentes: HC 237.057-RJ, Sexta Turma, DJe 27.2.2013; REsp 1.201.442-RJ, Sexta Turma, DJe 22.8.2013; AgRg no REsp 1.402.649-BA, Sexta Turma, DJe 18.11.2013. RHC 41.532-PR, entre outros.

Assim, com base em diretrizes interdisciplinares, utilizou-se metodologia da ciência econômica para aumentar a carga de eficiência normativa do Direito, ideia consolidada no bojo do movimento *Law and Economics* (L&E) no âmbito da Escola de Chicago, na década de 70. O pressuposto da L&E é que o Direito, sendo instrumento para alcançar comportamentos sociais desejados, deveria utilizar-se dos conceitos de eficiência econômica para alcançá-los, compreendendo melhor as tomadas de decisão dos agentes econômicos e maximizando o bem-estar. É claro que a AED não se destina unicamente a tratar de questões sobre a eficiência da lei. Embora essa seja uma entre suas muitas finalidades, não se apresenta como exclusiva (SALAMA, 2013, p. 2).

Para o entendimento da metodologia da AED, é necessário fixar suas premissas. A primeira premissa, inspirada na ideologia utilitarista, é a maximização da riqueza tanto pelos indivíduos (microeconomia) quanto pela sociedade e o Estado (macroeconomia). Essa escolha é direcionada em razão de outra premissa: as decisões humanas no campo econômico se dão sempre de forma racional (POSNER, 1983, p. 5-7). Outra premissa é que as normas jurídicas estabelecem preços implícitos para tipos diferentes de conduta, e tais preços implícitos podem ser analisados da mesma forma que os economistas avaliam a reação ou a resposta dos consumidores a preços explícitos de bens e serviços (ROEMER, 1994, p. 14).

Relativamente ao tema do direito ao sigilo bancário, é claro que ele apresenta valores não só morais e éticos, mas também econômicos e financeiros, desiguais para as partes envolvidas: de um lado seu titular, o correntista, de outro, seu guardião, a instituição financeira. Essa também é uma premissa da AED a ser considerada para direitos não absolutos, ou que possam ter seu alcance limitado por outro direito de estatura semelhante: a de que direitos não absolutos – como os direitos de privacidade – submetem-se a uma análise de transação de custos, sendo os incentivos para sua proteção tratados de forma diferente por cada uma das partes (POSNER, 1983, p. 70-87).

A lei, sob a visão da AED, deve ser eficiente, ou, em outros termos, meritória para toda a sociedade, o que pode ser aferido, considerando-se técnicas analíticas da Economia. A Economia emprega mais de uma noção de eficiência a ser considerada: i) a eficiência produtiva; ii) o ótimo ou a superioridade de Pareto; iii) a eficiência de Kaldor-Hicks.

A relação de Pareto refere-se à comparação entre o estado de coisas relacionadas, de modo que o ótimo é alcançado quando uma situação fática não permite que um indivíduo seja considerado pior ou melhor que outro. Já a superioridade reproduz exatamente as situações políticas do mundo real, muitas vezes reproduzidas pelas leis, com ganhadores e perdedores. O critério de Kaldor-Hicks-Scitovsky desenvolve a ideia de compensação potencial, de acordo com a qual ganhadores e perdedores podem se compensar (ROEMER, 1994, p. 27). As diretrizes legais, no entanto, devem ir adiante da questão da eficiência econômica, mas devem atender a requisitos de justiça também, dissuadindo, por exemplo, das violações legais, ou imputando uma sanção proporcional ao dano social (ROEMER, 1994, p. 38-39).

Inicialmente, ao analisar a legislação, sob o enfoque de algumas premissas do AED, a norma parece ser eficiente, já que a sanção pelo descumprimento acabou por fomentar a adesão de mais de oitenta países, a exemplo das Ilhas Caymann, conhecido território destinatário de evasão de divisas. Isso ocorre porque, ao optar por não aderir ao FATCA, a instituição financeira passou a sofrer, a partir de julho de 2014, retenções na fonte de 30% sobre rendimentos de fontes dos Estados Unidos da América (EUA). Em outras palavras, embora se apresente como voluntária a adesão, ao se posicionar de forma diferente, a instituição financeira acaba por se submeter a condições concorrenciais prejudiciais, sendo, na verdade, imperiosa sua adesão. Nesse sentido, os idealizadores da norma parecem ter aplicado, de forma expressiva, os ensinamentos da L&E, fomentando ou obrigando a seu fiel cumprimento.

Outro ponto da legislação que merece o olhar da AED é a internalização dos custos advindos de toda a atividade arrecadatória (monitoramento, reporte e retenção de tributos) – a princípio, de obrigação originária do Estado Norte-Americano, na pessoa do IRS – pelas instituições financeiras brasileiras, que nada mais é do que a aplicação irrestrita do conceito de internalização de externalidades oriunda da AED.

Na equação jurídica fornecida pela legislação, a instituição financeira oferece acesso mais célere, menos custoso e muito mais preciso aos dados financeiros imprescindíveis às autoridades fiscais nas atividades arrecadatórias. Ousar-se-ia dizer que jamais as autoridades fiscais poderiam acessar, sob as mesmas circunstâncias, qualquer banco de dados tão robusto e privilegiado quanto aquele mantido pelo

segmento financeiro, que abrange não só instituições financeiras, mas também companhias de seguro, securitizadoras de crédito e outras<sup>20</sup>.

O objetivo da autoridade fiscal – seja ela norte-americana, seja de qualquer outro Estado Nacional, o que explica a aderência da norma, já que vários estados têm o mesmo interesse no combate à evasão fiscal e na transparência – é minimizar a soma dos custos de transação (que abrangem altos custos administrativos) na atividade arrecadatória, sem sequer precisar alocar recursos adicionais para tal ou, em outras palavras, sem sequer pagar pelo serviço de terceirização das atividades aos destinatários da norma.

Ora, além de contar com o apoio logístico, operacional e financeiro das instituições financeiras, o Estado Norte-Americano procura obter a informação mais acurada acerca de seus cidadãos. E há quem detenha informação mais completa do que os bancos? Afinal, os dados que os bancos obtêm no relacionamento com seus clientes são completíssimos. Os dados pessoais são atualizados com frequência, e a movimentação financeira de um cidadão reflete todos os seus passos, oferecendo um “raio X” de sua situação pessoal e patrimonial.

*In casu*, entendeu-se que os custos de transação – caracterizados como aqueles resultantes da soma de montantes relacionados à produção de algo ou à prestação de alguma atividade – obtêm melhor equação diante da eficaz gestão da terceirização do serviço, a ser prestado sem assunção de custos, que deveriam ser suportados originalmente pelos agentes fiscais estrangeiros. A implementação de toda a estrutura gigantesca prevê custos administrativos altos,

---

20 US GOVERNMENT PRINTING OFFICE. Congressional Bills. House Bill. 111TH Congress. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/html/PLAW-111publ147.htm>>. Acesso em: 10 dez 2013. O artigo 1.471 da norma enquadra o conceito como quaisquer instituições financeiras estrangeiras (não constituída sob leis norte-americanas) que (i) aceitem depósitos no curso ordinário de um banco ou negócio similar, configurando bancos de qualquer tipo, caixas ou associações de poupança ou crédito, sociedades financeiras de crédito, financiamento ou investimento, consórcios de crédito, empresas de arrendamento mercantil, outras instituições cooperativas bancárias; (ii) detenham ativos financeiros como porção substancial de seu negócio, como corretoras, distribuidoras, câmaras de registro, liquidação e compensação de investimentos, custodiantes, fiduciários, entidades de vida e previdência, seguradoras que vendam planos de seguro resgatáveis em dinheiro e em vida, planos ou entidades de pensão abertas ou fechadas; (iii) apresentem como atividade principal investir, reinvestir ou negociar títulos, valores mobiliários, participações societárias, mercadorias como ativos financeiros (*commodities*), ou quaisquer interesses ou participação em tais ativos, até mesmo contratos derivativos, de futuros, termo, opções ou *commodities*, como fundos de investimento abertos ou fechados, fundos mútuos, multimercado, de participação, fundações ou outros veículos de investimento. Também se enquadram no grupo, de forma equiparada às instituições financeiras, empresas que possuam mais de 50% de seu lucro bruto proveniente de rendas passivas tais como juros, ganhos líquidos, ganhos de capital, variação cambial e monetária, resultado de derivativos, aluguéis ou *royalties* recebidos passivamente sem que a empresa e seus funcionários estejam ativamente engajados na atividade de gestão imobiliária ou desenvolvimento e gestão de direitos autorais e propriedade intelectual. São ainda instituições financeiras aquelas empresas que possuam mais 20% de sua receita oriunda da prestação de serviços relacionados à intermediação financeira para terceiros.

relacionados a compra de equipamentos, adequação de *softwares*, prestação de serviços, aquisição de insumos, contratação de pessoas, adequação de normas, *compliance*, acompanhamento, fiscalização, auditoria, além de todo o esforço diplomático que vem sendo desenvolvido na troca de informações para fins fiscais no âmbito dos estados. A AED justifica facilmente essa questão, já que a teoria econômica considera que quanto mais altos os custos de transação, mais provável é que o agente econômico o terceirize.

Para o G-20, tem relevância a análise da adoção de um quadro jurídico padronizado, nos moldes preconizados, especificamente afastando a anuência de qualquer autoridade para encaminhamento de informações bancárias. Com o FATCA, inaugurou-se um padrão de acesso direto a informações – ao lado do padrão indireto anterior, em que a entidade necessitava de autorização do correntista ou de outra autoridade judicial ou administrativa –, considerado um fator-chave de sucesso para um modelo eficaz de troca de informações<sup>21</sup>.

Com efeito, o modelo do tratado da OCDE declara não ser desejável que qualquer necessidade de autorização prévia do Estado dificulte a troca de informações, ainda que se trate de informações que tenham proteção jurídica em território nacional da parte aderente à Convenção Modelo.

Em 29 de outubro de 2014, os membros da OCDE e do G-20 encontraram-se em Berlim, onde juntaram-se a não membros e a países em desenvolvimento, compondo o total de 153 países<sup>22</sup> e 14 organizações internacionais, para realização da 7ª Reunião do Fórum Global de Transparência em Trocas de Informações Tributárias. A edição deste ano, 2015, será a continuação do fórum constituído em 2000, com o objetivo de enfrentar os riscos para cumprimento das obrigações fiscais colocados pelos paraísos fiscais.

Em tais reuniões, os processos de consulta, revisão e fiscalização dos padrões são realizados por pares, existindo rodadas específicas para grupos de determinada “fase” de conformidade. Para incentivar jurisdições a fazer as mudanças necessárias e para garantir a igualdade de condições, o Fórum Mundial concordou em convidar jurisdições que estão bloqueadas por mais de dois anos, para solicitar comentários complementares nos próximos seis meses, a fim de

---

21 GUIMARÃES, Vasco Branco. *O Segredo Bancário: uma interpretação dos estudos da OCDE*. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (coord.). *Sigilos Bancário e Fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 139-151.

22 A maioria das delegações foi representada pelo Alto Escalão, incluindo-se ministros e chefes de Estado.

avaliar se houve progressos suficientes. A classificação de países em *ratings* acaba por promover a inclusão de países ainda não aderentes do modelo.<sup>23</sup>

Os EUA afirmaram que irão realizar intercâmbio automático de informação em conformidade com a FATCA em 2015 e entraram em acordos intergovernamentais (AGRs) com outras jurisdições para fazê-lo.<sup>24</sup> Portanto, caso ainda se inserissem outros elementos nesse cenário, ter-se-ia a economia de escala proporcionada pela adesão não só de um, mas de vários estados – e, conseqüentemente, de todas as instituições financeiras a ele vinculadas –, o que acarretaria o envio simultâneo de dados financeiros e pessoais de grande parte da população mundial bancarizada. Nesse ponto, também a AED contribui com os estudos que aferem as escolhas pela cooperação em detrimento do litígio, valorizando a teoria da barganha entre países, já que se torna viável uma relação ganha-ganha entre eles, pois todos se beneficiarão de um acordo para acesso a informações pessoais e financeiras de seus nacionais, de forma recíproca<sup>25</sup> (COOTER & ULEN, p. 89-126).

Outra acepção da Teoria dos Custos de Transação, valores a serem assumidos pelas organizações – até que se chegue a uma alocação eficiente (SZTAJN e ZYLBERSZTJN, 2005, p. 2-5) –, que está relacionada com a teoria contratual e a responsabilidade civil (COOTER & ULEN, p. 89-126), é que as instituições financeiras já prevêm a inserção de cláusula contratual tendente a legitimar ou vestir de licitude provável questionamento judicial acerca da violação do sigilo bancário.

A incorporação da legislação no plano da jurisdição brasileira dar-se-á por Acordo Intergovernamental entre a Receita Federal Brasileira, grande interessada na questão no plano interno, e o *Internal Revenue Service* (IRS), a Receita Federal Norte-Americana. A legislação vem contextualizada na teoria da barganha, em matéria de cooperação internacional, para fins de matéria tributária (GODOY, 2009, p. 229). Pretende-se condicionar o envio dos dados pessoais, bancários e

---

23 OECD. Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Statement of Outcomes. Berlin, Germany 28-29 October 2014. Disponível em <<http://www.oecd.org/tax/transparency/statement-of-outcomes-gfberlin.pdf>>. Acesso em 04 nov 2014.

24 OECD. Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Statement of Outcomes. Berlin, Germany 28-29 October 2014. Disponível em <<http://www.oecd.org/tax/transparency/statement-of-outcomes-gfberlin.pdf>>. Acesso em 4 nov 2014.

25 A teoria da barganha é o fundamento da teoria econômica da propriedade e leva em consideração a teoria dos jogos, de acordo com uma concepção de cooperação ou não. Conclui-se que partes cooperativas têm mais condições de chegar a um acordo que seja eficiente para ambas, caracterizando uma relação ganha-ganha. Cooperando, há condições de haver a garantia de ser bem-sucedida.

financeiros a um consentimento tácito por parte dos titulares e correntistas, previsão a ser considerada no Acordo Internacional bem como no contrato bancário.

Ao incluir nos contratos bancários a previsão de assentimento do titular para envio de seus dados pessoais e/ou de movimentação bancária diretamente e de forma automática ao IRS, as instituições financeiras estrangeiras estariam valendo-se de conceito oriundo da AED, neutralizando a ocorrência de violação do sigilo bancário, com fundamento no inciso V do parágrafo 3º, do artigo 1º da Lei Complementar nº 105, de 2001, que dispõe que não constitui violação do dever de sigilo a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados.

É claro que, sendo o titular conhecedor da jurisprudência pátria acerca do tratamento do sigilo, poderá não haver assentimento possível, abrindo outro campo de discussão: a validade da cláusula – que poderá ser considerada abusiva – sob a abordagem do direito do consumidor, por exemplo. No entanto, não se pode negar que a Escola de Chicago serve de base teórica para explicar o delineamento de muitas das obrigações da lei específica, mas não só isso: também orientou a solução posterior acerca da sua própria aplicação, antevendo eventuais impactos negativos e neutralizando campos de ilegitimidade e ilegalidade, ou, em outras palavras, conduzindo a diminuição da liberdade contratual, de modo que se neutralizassem externalidades (POSNER, 2010, p. 56).

### 3 Conclusão

A ideia de que as instituições financeiras em todo o mundo serviriam melhor ao papel de mediadoras internacionais nas questões fiscais tem crescido e ganhado força não só nos EUA, mas também na Europa, sob instrumentos de *hard* e *soft law* (MORSE, 2012). Nesse sentido, a OCDE vem incrementando várias normas internacionais com conteúdo de *soft law* e fomentando a adesão automática do intercâmbio de informações por meio de tratados ou acordos multilaterais. É por isso que muitos acreditam que esse é um sistema que será, provavelmente, eficaz em todo o mundo.

A contradição decorrente desses dois momentos de reflexão acerca do sigilo bancário – quando seu *locus* legal e constitucional assume a flexibilização

em casos específicos e com a ponderação de valores pelo Poder Judiciário e o da completa abolição de tal direito – dá o direcionamento do momento de transição atual, respondendo que o sigilo bancário está próximo de inexistir, mas ainda encontra resquícios fundamentados doutrinariamente, com grande eco jurisprudencial, que caracterizam um risco jurídico de questionamento no plano jurídico doméstico brasileiro, no qual estrangeiros e nacionais são igualmente reconhecidos como sujeitos de direitos humanos ou fundamentais.

A assunção desse risco de questionamento judicial pelas instituições financeiras brasileiras, caracteriza, sob o olhar da AED, custo de transação da atividade arrecadatória originalmente pertencente ao Estado Norte-Americano. Sob o critério da eficiência, a lei pode ser considerada eficiente em vários pontos: seja porque sua força coercitiva é grande, considerando o grande número de aderentes, seja porque a alocação da obrigação às instituições financeiras estrangeiras desloca a melhor informação, sob custo baixo e mais acessível a quem detém a informação.

Ademais, considera-se a possibilidade de questionamento do envio dos dados em relação a questão da quebra do sigilo bancário. A AED, quando trata de precaução, pode trasladar zonas proibidas em permitidas, minimizando ou anulando eventuais efeitos de condenação acerca do sigilo bancário. Nos termos da Economia, torna eficiente as regras de cooperação numa típica teoria da barganha, em que os países aderentes jogam em posição de ganha-ganha e lidam eficientemente com externalidades quanto à eventual condenação quanto ao sigilo bancário no plano contratual e da responsabilidade civil. Se os americanos aplicaram premissas da Escola de Chicago à lei, os bancos, por sua vez, já o fazem de modo intuitivo há muito mais tempo.

## Referências

ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 14. Ed. rev. atual. e ampl. pelo Desembargador Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2011.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COVELLO, Sérgio Carlos. **O Sigilo Bancário**. 2. Ed. Doutrina, Legislação, Jurisprudência. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e Economia: introdução ao movimento *Law and Economics***. Revista Jurídica da Presidência da República. Brasília, vol. 7, n. 73, junho/julho 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_73/artigos/ArnaldoGodoy\\_rev73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_73/artigos/ArnaldoGodoy_rev73.htm)>. Acesso em 2.5.2014.

\_\_\_\_\_. **Direito Tributário Internacional Contextualizado**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MORSE, Susan C. **Ask for Help, Uncle Sam: the future of Global Tax Reporting**. Legal Studies Research Paper Series. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1999101](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1999101)>. Acesso em 20.1.2014.

POSNER, Richard. **The Economics of Justice**. HUP, 1983.

POSNER, Eric; SALAMA, Bruno Meyerhof (Organizador). **Análise Econômica do Direito Contratual – Sucesso ou fracasso?** Tradução e adaptação ao Direito Brasileiro: Luciano Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROEMER, A. **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. 2. Ed. México: ITAM: 2000.

SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que É “Direito e Economia”?** Revista do Curso de Direito – UNIFACS, n. 160, outubro de 2013. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>>. Acesso em 30.4.2014.

ZIEGLER, Alexandre; DELALOYE, François-Xavier; HABIB, Michel. **Negotiating over Banking Secrecy: the case of Switzerland and the UE**. SSRN. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=830784](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=830784)>. Acesso em: 29.7.2014.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTANJ, Rachel. **Análise Econômica do Direito e das Organizações**. São Paulo: Elsevier, 2005.

# O Protesto Extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa

Thomaz Felipe Bilieri Pazio\*

*Introdução. 1 O protesto extrajudicial conforme a Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997: conceito e abrangência. 2 A função do protesto (ato) e a finalidade do protesto (procedimento): releitura necessária do instituto. 3 Protesto extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa. 4 Conclusão.*

## Resumo

Este artigo defende a viabilidade jurídica do protesto das certidões de dívida ativa da União, do Distrito Federal, dos estados, dos municípios e de suas respectivas autarquias e fundações públicas. Para tanto, propugna a indispensável releitura do instituto do protesto extrajudicial, cujo conteúdo fora modificado com a promulgação da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. Procede-se à análise do problema em discussão sob a perspectiva da moderna doutrina e de recentes decisões judiciais sobre o tema. O propósito do trabalho consiste em demonstrar ser o protesto extrajudicial um eficaz, célere, econômico e seguro instrumento de recuperação de crédito e satisfação do direito material da parte interessada. Considerando a necessidade de construção de meios alternativos de solução de litígios, que desafoguem a máquina judiciária, sob o viés dos princípios da celeridade e da efetividade, torna-se legítimo o uso do protesto como meio extrajudicial de recuperação do crédito público inscrito em dívida ativa.

---

\* Procurador do Banco Central do Brasil, bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, pós-graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar e em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera (Uniderp).

**Palavras-chave:** Protesto extrajudicial. Certidão de Dívida Ativa. Recuperação de crédito.

### *Active Debt Certificates Extrajudicial Protest*

#### *Abstract*

*Defends the possibility of active debt certificates protest, issued by the Union, the Federal District, the States and the Municipalities, and respective decentralized organisms. To achieve this goal, an extrajudicial protest institute review is needed, based on the new Law nº. 9.492/1997. The problem is analyzed in the perspective of modern doctrine and recent judicial decisions. The purpose of this article consists on the attempt of showing the extrajudicial protest to be an effective, swift, inexpensive and safe instrument of credit recovery and satisfaction of the parts interests. Considering the need to provide alternative systems to solving litigations, which be able to relieve the judiciary power, guided by the principles of celerity and effectiveness, the use of extrajudicial protest as a conductor to recover public credit becomes legitimate.*

**Keywords:** *Extrajudicial protest. Active debt certificate (overdue liability certificate). Credit recovery.*

## **Introdução**

O tema que será abordado neste trabalho está adstrito à defesa da possibilidade de protesto extrajudicial das certidões de dívida ativa da União, do Distrito Federal, dos estados, dos municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas, títulos executivos extrajudiciais por força de lei, que consubstanciam documentos de dívida, nos termos do art. 1º, *caput*, e parágrafo único da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, como instrumento de pacificação social, de garantia da eficácia do direito material da parte interessada e de desafogo do Poder Judiciário.

Para tanto, será necessário perpassar, primordialmente, dois focos: a nova formatação do instituto jurídico do protesto extrajudicial como serviço público eficaz na prevenção de litígios e a necessidade de promoção da eficiência e da celeridade na cobrança de créditos públicos.

O problema de pesquisa consiste na averiguação, partindo-se da atual conformação do ordenamento jurídico pátrio, acerca da possibilidade jurídica do protesto extrajudicial das certidões de dívida ativa pelas pessoas jurídicas de direito público, como medida extrajudicial de cobrança do crédito público. Assim, é imprescindível o estudo aprofundado sobre o rol dos títulos protestáveis e sobre a função e a finalidade do instituto do protesto.

Nota-se que, com a promulgação da Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, foi inserido um parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 9.492, de 1997, no qual restou previsto expressamente: “Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas”, em confronto com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que se inclinava a prescrever a “ausência de interesse em levar a protesto a Certidão da Dívida Ativa, título que já goza de presunção de certeza e liquidez e confere publicidade à inscrição do débito na dívida ativa” (AgRg no Ag 1316190/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/5/2011, DJe 25/5/2011). Esse suposto conflito na abordagem do tema merece ser objeto de estudo mais sólido em virtude do atual contexto de desjudicialização e de imprescindibilidade da célere, eficaz e eficiente satisfação dos direitos materiais, especialmente daqueles de natureza pública, sendo que o protesto extrajudicial cumpre muito bem essa função, garantindo, ao mesmo tempo, a necessária segurança jurídica aos atos jurídicos relacionados.

Logo, o escopo deste trabalho se circunscreve à comprovação, com base em argumentos de ordem jurídica, da viabilidade do protesto extrajudicial de certidões de dívida ativa.

Desse modo, será estudado o conceito de protesto extrajudicial, sua abrangência e o que se considera, atualmente, documento de dívida, com o intuito de desbravar o rol de documentos protestáveis. Após, o foco estará direcionado à função do ato jurídico de protesto e à finalidade do próprio procedimento do protesto extrajudicial, com o objetivo de demonstrar que, além da prova da

inadimplência de dívida pecuniária, o protesto constitui eficaz, célere e seguro meio extrajudicial de composição de litígios e de satisfação do direito material de crédito. Por fim, será abordado o tema particular da viabilidade do protesto extrajudicial das certidões de dívida ativa, com apresentação dos argumentos contrários e favoráveis à medida.

## **1 O protesto extrajudicial conforme a Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997: conceito e abrangência**

O conceito de protesto extrajudicial, no ordenamento jurídico pátrio, é extraído do texto da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida, particularmente de seu art. 1º, transcrito a seguir: “Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.”

A origem do protesto extrajudicial está vinculada ao direito cambiário, eis que surgiu como meio de provar, testemunhar, alertar, a diligência do portador na apresentação do título e a recusa do devedor em se responsabilizar<sup>1</sup> pelo pagamento ou em efetuar o próprio pagamento.

Os títulos de crédito foram adotados para facilitar a circulação de riquezas e atribuir maior segurança jurídica às crescentes relações comerciais travadas no fim da Idade Média, tendo por sustentação a confiança/fidúcia inerente à ideia de crédito. Por isso, foram estruturados, classicamente, sobre os pilares constituídos pelos princípios da literalidade, da cartularidade e da autonomia (desdobrada nos subprincípios da abstração e da inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé).

Assim, como cada relação jurídica retratada (literalidade) no título (cartularidade) é autônoma, a recusa de aceite ou pagamento pelo devedor direto deveria ser, de alguma forma, noticiada e comprovada, para que os demais interessados no adimplemento do crédito nele incorporado (devedores indiretos) tivessem pleno conhecimento do ocorrido. Tal comprovação era

---

<sup>1</sup> Aceite do título.

realizada mediante o protesto do título de crédito, ato oficial, formal e solene que testificava ou sinalizava o descumprimento da obrigação<sup>2</sup> por parte do devedor.

A doutrina clássica, enraizada na origem do instituto, sempre atrelou o conceito de protesto ao direito cambiário.

Fábio Ulhoa Coelho (2007, vol. 1, p. 424) o define como “ato praticado pelo credor, perante o competente cartório, para fins de incorporar ao título de crédito a prova de fato relevante para as relações cambiais.”

Rubens Requião (2003, vol. 2, p. 435) aduz ser o protesto:

um ato solene, pelo qual a lei impõe a forma escrita *ad substantiam*, mediante o qual se certifica, de um lado, o exercício do direito cambiário de parte do portador ou do detentor do título (no caso de falta de aceite), ou de qualquer outro interessado (no caso de falta de pagamento) e, de outro lado, o inadimplemento ou, mais genericamente, a resposta negativa do obrigado cambiário.

Na opinião de Arnaldo Rizzardo (2006, p. 158), o protesto é “a realização do ato oficial que comprova o não cumprimento da obrigação constante no título de crédito”.

Por mais que o instituto tenha sido elaborado e idealizado para aperfeiçoar o regime jurídico cambiário, com todas as suas peculiaridades, o desenvolvimento econômico e tecnológico e as nuances das relações jurídicas patrimoniais hodiernas, que refletem bem as características de uma sociedade pós-moderna, exigiram o aumento de seu campo de abrangência, para considerar também, como seu objeto, o inadimplemento ou o descumprimento de obrigações corporificadas em outros documentos de dívida, que não os títulos de crédito.

De fato, com a entrada em vigor da Lei nº 9.492, de 1997, não há mais como restringir o protesto extrajudicial aos títulos de crédito, na medida em que o próprio diploma normativo autoriza o protesto de “outros documentos de dívida”. Além da referência ao já citado art. 1º, o art. 3º da Lei de Protestos, ao estabelecer a competência do tabelião de protestos de títulos, dispõe ser sua função “na tutela

2 Importante esclarecer que, de uma forma ou de outra, todos os motivos do protesto de título de crédito (falta de devolução, de aceite ou de pagamento) indicam, ou ao menos sugerem, que a obrigação não será devidamente adimplida. A posse do título é essencial ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, portanto a ausência de devolução do título encaminhado para aceite interfere no exercício do direito cambiário. E a falta de aceite do sacado sinaliza que o “devedor principal” não se responsabilizou pelo pagamento do título, o que acarreta seu vencimento antecipado.

dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida [...]”.

Desse modo, podemos concluir que o protesto extrajudicial ou notarial é o ato formal e solene que instrumentaliza a prova de circunstância cambiária relevante (falta de devolução, de aceite ou de pagamento) ou o descumprimento de obrigação originada em outros documentos de dívida.

O protesto extrajudicial, a teor do art. 2º da Lei nº 9.492, de 1997, garante autenticidade, publicidade, segurança jurídica e eficácia aos atos jurídicos afetos ao seu regime, não sendo crível interpretar restritivamente a referida norma no sentido de que somente aos fatos relevantes relacionados às situações cambiárias poderiam ser incorporados tais atributos, deixando de lado outros documentos de dívida que instrumentalizam relações de crédito e débito dotadas de certeza, liquidez e exigibilidade. O texto da lei é expresso no sentido da possibilidade de protesto de outros documentos de dívida. Qualquer interpretação que restrinja seu objeto aos títulos de crédito seria, inexoravelmente, *contra legem*.

Inegável que o legislador pátrio resolveu dilatar a utilidade do instituto do protesto extrajudicial para abranger a prova do inadimplemento e o descumprimento de qualquer documento de dívida, que materialize uma obrigação de dar quantia certa em dinheiro, desvinculando-o da utilização exclusiva aos títulos de créditos.

Logo, como ensina Emanuel Macabu Moraes (2014, p. 61), “se o protesto nasceu vinculado à letra de câmbio, hoje ele se destaca como o melhor meio de prova do descumprimento ou inadimplemento de todas as obrigações líquidas e vencidas, sejam decorrentes da vontade ou de imposição legal.”

Walter Ceneviva (1999, p. 67) esclarece que “o instrumento será título ou outro documento, no qual a dívida não apenas esteja caracterizada, mas de cuja verificação resulte a clara informação de seu descumprimento”.

Na realidade, nota-se que inexistente diferença entre o chamado protesto facultativo ou probatório dos títulos de crédito e o protesto de outros documentos de dívida, tendo em vista que seu objetivo não é garantir o exercício de determinado direito pelo apresentante (seja conservar o direito de regresso ante os devedores indiretos, quando inexistir no título a cláusula “sem protesto” ou “sem despesas”, seja fundamentar o pleito de falência do empresário em

estado de insolvência), mas sim comprovar, demonstrar ou testificar, mediante ato jurídico autêntico, produzido por agente delegatário de serviço público, que é, segundo dicção legal, profissional de direito dotado de fé pública (art. 3º da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994), o inadimplemento e o descumprimento da obrigação pactuada ou imposta por lei.

Assentada a possibilidade de protesto de outros documentos de dívida, exsurge a questão atinente à abrangência do termo “documento de dívida”, isto é, quais seriam os documentos protestáveis.

De plano, importante mencionar que não há um rol taxativo (*numerus clausus*) de documentos de dívida tidos como protestáveis. A intenção do legislador foi realmente estabelecer uma cláusula aberta e flexível, sem preestabelecer um número certo de documentos de dívida passíveis de apresentação para protesto. Isso porque a rapidez do desenvolvimento das relações econômicas, com a adoção constante de novas formas de materialização das relações creditícias, exige um conceito legal aberto, que alcance os documentos atuais e os que, futuramente, venham a ser criados e que possa ser ampliado ou restringido de acordo com as exigências sociais e econômicas de cada época.

Não foi por outro motivo que o art. 62 da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, que continha um parágrafo único no art. 1º da Lei nº 9.492, de 1997, para exemplificar alguns dos documentos de dívidas protestáveis, foi vetado pelo presidente da República, pois poderia ser interpretado como imposição de um rol exaustivo de documentos de dívida sujeitos ao protesto, que interferiria na segurança jurídica das relações comerciais.

Esta era a redação do referido artigo:

Art. 62. O art. 1º da Lei n. 9.493, de 10 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 1º .....

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, serão admitidos, além dos títulos e documentos de dívida cujo protesto esteja previsto em lei, os títulos executivos extrajudiciais, os títulos ou documentos cuja dívida esteja sujeita a cobrança pelo procedimento sumário, inclusive quando emitidos sob forma de documento eletrônico ou decorrentes de processo de conversão eletrônica, efetuada pelo credor mediante autorização expressa do devedor. (NR)

Transcreve-se, em razão de sua relevância, trecho das razões de veto ao citado artigo:

A inclusão do dispositivo certamente se deu com a nobre intenção de facilitar o protesto de títulos, simplificando as transações comerciais. Contudo, a redação adotada apresenta deficiências que geram resultados opostos ao pretendido.

Com efeito, o *caput* fala genericamente “em obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”, o que permite levar a protesto praticamente todo tipo de “documento de dívida”. Contudo, a proposta inclui parágrafo único contendo rol de documentos sujeitos a protesto que poderá ser interpretado como exaustivo. A questão é que diversos tipos de documentos estão excluídos do novo parágrafo, o que trará insegurança jurídica [...].

Emanoel Macabu Moraes (2014, p. 81) entende que “pode ser protestado o documento que represente inequivocamente uma obrigação líquida quanto ao valor e vencida”. Para o autor, qualquer documento, certo quanto à existência, que caracterize uma obrigação de dar, fazer ou não fazer líquida e exigível, pode ser objeto de protesto. No entanto, acrescenta que, nas obrigações de dar coisa diversa de dinheiro e nas de fazer ou não fazer, o protesto será tirado tão somente quando houver prévia estipulação, legal ou convencional, acerca do valor da indenização.

Desse modo, conforme a visão apresentada por este doutrinador, qualquer documento de dívida que corporifique obrigação de pagar determinada quantia em dinheiro ou passível de redução pecuniária, desde que líquida (valor determinado ou determinável mediante operação aritmética), vencida (que seja exigível, não sujeita a termo ou condição) e de existência certa, pode ser protestado, cabendo ao Tabelião, em observância ao art. 9º da Lei nº 9.492, de 1997, limitar-se à conferência dos caracteres e requisitos formais do documento de dívida.

Seguindo essa perspectiva, afirma-se que todos os documentos legalmente autorizados a embasar a propositura da ação monitória poderiam ser considerados “documento de dívida” para fins de protesto extrajudicial<sup>3</sup>.

---

3 “Se qualquer prova escrita, leia-se documento, desprovida de força executiva, é suficiente para uma ação de conhecimento porque dela se expede incontinenti mandado judicial de pagamento, exatamente por vir lastreada na presunção da dita prova, não há qualquer óbice legal ou doutrinário sustentável para justificar que os mesmos documentos fiquem excluídos do âmbito do protesto, quando eles estão claramente compreendidos no texto do art. 1 da Lei n. 9.492/97.” (MORAES, 2014, p. 94.)

Contudo, esse não é o posicionamento que prepondera na doutrina e nos tribunais brasileiros. Predomina, ao revés, a tese ponderada, que propugna serem documentos de dívida protestáveis os títulos executivos, judiciais e extrajudiciais<sup>4</sup>.

Essa é a posição adotada por Sérgio Luiz José Bueno (2011, p. 231), ao afirmar que “tem predominado o pensamento temperado, atento aos objetivos do legislador que procurou dar ao procedimento do protesto nuances de instrumento eficaz de recuperação de crédito, sem contudo banalizá-lo”, e sustentar, em seguida, que “é documento de dívida todo título executivo, seja judicial ou extrajudicial”.

Assim, diante da tipificação do documento como título executivo (são títulos executivos judiciais os previstos no art. 475-N do Código de Processo Civil (CPC), e extrajudiciais, os previstos no art. 585 do CPC, somados estes aos demais documentos aos quais foi expressamente atribuída, em leis esparsas, a característica da executividade), que invariavelmente deverá preencher os requisitos previstos no art. 586 do CPC, ou seja, materializar obrigação líquida, certa e exigível, configura-se aberta a possibilidade de seu protesto notarial, por meio do procedimento formal e solene previsto na Lei de Protestos.

Ratificando tal posicionamento, as Normas das Corregedorias da Justiça Estaduais ou os Códigos de Organização Judiciária vêm autorizando expressamente o protesto de documentos de dívidas como sentenças judiciais, cotas condominiais, bloquitos bancários derivados de títulos de crédito e contratos de aluguel.

Sobre o protesto de sentenças judiciais, confira-se o art. 847 do Código de Normas Extrajudicial da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal do Estado do Paraná<sup>5</sup>; o item 1 da Seção 9 do Capítulo 5 da Consolidação das Normas Gerais da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Mato Grosso<sup>6</sup>; o art. 495-B do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul<sup>7</sup>; entre outros.

4 Nesse sentido, conferir o item 20, da Seção III, do Capítulo XV, das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal do Estado de São Paulo: “Podem ser protestados os títulos de crédito, bem como os documentos de dívida qualificados como títulos executivos, judiciais e extrajudiciais.”

5 Art. 847 As certidões de crédito judicial, decorrentes de sentenças condenatórias transitadas em julgado, líquidas, certas e exigíveis, e as certidões de dívida ativa expedidas pelas Secretarias das Fazendas Públicas Federais, Estaduais e Municipais são títulos de dívida que poderão ser levados a protesto, opção que caberá ao credor do título.

6 5.9.1 Nas execuções de título judicial, havendo trânsito em julgado da sentença, realizada a sua liquidação e transcorrido o prazo de quinze dias para pagamento espontâneo (art. 475-J CPC), poderá o exequente requerer a emissão de certidão judicial de existência de dívida, para registro em Cartório de Protesto.

7 Art. 495-B Existindo sentença transitada em julgado relativa a obrigação alimentar, o credor poderá requerer a expedição de certidão da existência da dívida, para apresentação ao Tabelionato de Protesto competente.

Quanto ao protesto de cotas condominiais, cita-se o art. 495-A do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul<sup>8</sup>; o item 3 da Seção I da Capítulo II da Consolidação Normativa Notarial e Registral do Tribunal de Justiça do Estado do Acre<sup>9</sup>; e o art. 220 das Diretrizes Extrajudiciais do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia<sup>10</sup>.

Em Santa Catarina, são protestáveis bloqu岸os bancários, desde que instrumentalizem as indicações para protesto de títulos de crédito, conforme art. 976, § 2º, do seu Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça<sup>11</sup>.

Em relação aos contratos de aluguel, há previsão de sua “protestabilidade” no art. 219 das Diretrizes Extrajudiciais do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia<sup>12</sup>.

Ainda, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), afigura-se consolidado o entendimento sobre a possibilidade de protesto de sentença judicial condenatória:

RECURSO ESPECIAL. PROTESTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA, TRANSITADA EM JULGADO. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE QUE REPRESENTE OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA LÍQUIDA, CERTA E EXIGÍVEL.

1. O protesto comprova o inadimplemento. Funciona, por isso, como poderoso instrumento a serviço do credor, pois alerta o devedor para cumprir sua obrigação.
2. O protesto é devido sempre que a obrigação estampada no título é líquida, certa e exigível.
3. Sentença condenatória transitada em julgado, é título representativo de dívida - tanto quanto qualquer título de crédito.
4. É possível o protesto da sentença condenatória, transitada em julgado, que represente obrigação pecuniária líquida, certa e exigível.
5. Quem não cumpre espontaneamente a decisão judicial não pode reclamar porque a respectiva sentença foi levada a protesto.

---

8 Art. 495-A São protestáveis as cotas condominiais, devendo o protesto ser instruído com as seguintes provas documentais: [...]

9 3. São protestáveis as cotas condominiais, devendo o protesto ser instruído com as seguintes provas documentais: [...]

10 Art. 220 Para o protesto das cotas condominiais é necessária a apresentação, por ocasião do apontamento, dos seguintes documentos: [...]

11 Art. 976 É de inteira responsabilidade do apresentante, seja estabelecimento bancário ou não, o fornecimento de dados relativos às duplicatas mercantis e de prestação de serviços, as quais poderão ser protestadas por indicação.

§ 1º Na emissão de bloqu岸o, oriundo da utilização de meio magnético ou gravação eletrônica de dados, não poderá ser inserido “Título Aceito”, por incompatível com a forma de protesto utilizada.

§ 2º Não obstante ser sua responsabilidade a mera instrumentalização das indicações para protesto de títulos de crédito (art. 8º, parágrafo único, da Lei Federal nº 9.492/97), deverá o oficial verificar as formalidades do bloqu岸o.

12 Art. 219 Para o protesto de aluguéis e seus encargos, é necessária a apresentação, por ocasião do apontamento, dos seguintes documentos: [...]

(REsp 750805/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/02/2008, DJe 16/06/2009)  
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.  
PROTESTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de ser possível o protesto da sentença condenatória, transitada em julgado, que represente obrigação pecuniária líquida, certa e exigível.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 291.608/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013).

Além disso, importante elucidar que, em voto vencido no Recurso em Mandado de Segurança – RMS 17.400/SP, julgado pela Quinta Turma do STJ em 21 de junho de 2011, a Ministra Laurita Vaz, com maestria, aventou a possibilidade de protesto do contrato de locação, nos seguintes termos:

É possível o protesto de contrato de locação, tendo em vista que o STJ possui jurisprudência remansosa no sentido de atribuir ao contrato de locação a natureza de título executivo extrajudicial, portanto, a melhor interpretação do art. 1º da Lei 9.492/1997 e do art. 585, V, do CPC é aquela segundo a qual o legislador, quando estendeu para além dos títulos cambiários, a possibilidade de protesto de outros documentos de dívida, teve a intenção de fazê-lo também para abarcar os títulos executivos judiciais e extrajudiciais previstos na Lei Adjetiva, inserido, nessa hipótese, o contrato de locação.

Destaca-se, enfim, que as Normas das Corregedorias da Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, do Rio de Janeiro, de Pernambuco e do Distrito Federal admitem o protesto de qualquer documento representativo de obrigação com conteúdo econômico ou pecuniário<sup>13</sup>, abrindo, assim, sobremaneira o leque de documentos de dívida protestáveis.

13 Rio Grande do Sul – Art. 714 Qualquer documento representativo de obrigação econômica pode ser levado a protesto, para prova da inadimplência; para fixação do termo inicial dos encargos, quando não houver prazo assinado; ou para interromper o prazo de prescrição; Rio de Janeiro – Art. 975 Qualquer documento representativo de obrigação com conteúdo econômico pode ser levado a protesto, para prova da inadimplência; para fixação do termo inicial dos encargos, quando não houver prazo assinado; ou para interromper o prazo de prescrição; Pernambuco – Art. 492 Qualquer documento representativo de obrigação econômica pode ser levado a protesto, para prova da inadimplência; para fixação do termo inicial dos encargos, quando não houver prazo assinado; ou para interromper o prazo de prescrição; Distrito Federal – Art. 83 Os títulos executivos, judiciais ou extrajudiciais, e os documentos representativos de obrigação em pecúnia serão recebidos a protesto para prova da inadimplência, para a interrupção da prescrição ou para a fixação do termo inicial dos encargos, quando não houver prazo assinado.

Assim, verifica-se que o protesto extrajudicial não está restrito aos títulos de crédito, abrangendo também os documentos de dívida, conceito de natureza flexível, que deve ser preenchido e moldado de acordo com a evolução e o desenvolvimento das relações creditícias, sem descuidar da necessidade de garantia de eficácia, autenticidade, publicidade e segurança, típicas dos atos e negócios sujeitos ao regime jurídico notarial e registral.

Atualmente, predomina o entendimento de que são documentos de dívida protestáveis os títulos executivos, judiciais e extrajudiciais.

## **2 A função do protesto (ato) e a finalidade do protesto (procedimento): releitura necessária do instituto**

Desde a sua origem, de forma equivocada, o protesto extrajudicial carrega certa carga negativa, de hostilidade, primordialmente em razão da publicidade atribuída ao fato jurídico inadimplemento.

De fato, o protesto (ato) tem como função precípua comprovar, com autenticidade e segurança, a inadimplência de obrigação contida em título ou documento de dívida hígidos em seus caracteres formais.

Em decorrência da publicidade típica dos atos notariais e registrares (art. 17 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e art. 1º da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994), o registro do protesto, desde que não cancelado, poderá ser fornecido, a pedido, por meio de certidão, a qualquer interessado (art. 27, § 2º, c/c art. 31, da Lei nº 9.492, de 1997). Tal circunstância faz com que o protesto em si seja visto por alguns como um instrumento abusivo, utilizado para coagir o devedor ao pagamento da dívida, expondo-o de maneira excessiva caso certificado o descumprimento da prestação estampada em título de crédito ou documento de dívida. No entanto, essa não é a visão que mais se coaduna com os atuais contornos jurídicos do instituto.

Em um primeiro momento, há que se diferenciar o protesto (ato) do procedimento (de protesto) formal e solene, conduzido pelo tabelião de protesto de títulos, que poderá, caso comprovado o inadimplemento, culminar na lavratura e registro do protesto (ato), com a entrega do respectivo instrumento ao apresentante, conforme preceitua o art. 20 da Lei nº 9.492, de 1997.

Sobre o tema, é imprescindível a lição de Sérgio Luiz José Bueno (2011, p. 23):

Sim, lavrado o protesto, materializa-se sua finalidade probatória. De maneira legal, formal e oficial, está demonstrado que o devedor foi instado a pagar, aceitar ou devolver o título ou documento de dívida e não o fez. Não devemos confundir, porém, os fins do protesto com a finalidade do procedimento desenvolvido pelo Tabelião de Protesto, desde a protocolização até o desfecho final, que tanto pode ser a lavratura do protesto ou satisfação da obrigação, com o pagamento do valor devido.

Na realidade, a finalidade essencial do procedimento estabelecido pela Lei de Protesto é a satisfação, rápida e eficaz, do direito material da parte interessada na recuperação do crédito. A lavratura e o posterior registro do protesto configuram um dos resultados que podem advir da apresentação do título ou documento ao tabelião. Do mesmo modo que a apresentação do título pode culminar na comprovação inarredável do descumprimento da prestação pelo sujeito passivo, pode redundar no cumprimento da referida prestação, e, por consequência, na satisfação do interesse do credor e na extinção da obrigação.

Para além dos efeitos normalmente atribuídos ao protesto<sup>14</sup>, a simples possibilidade de sua ocorrência, deflagrada pela intimação do devedor principal para pagamento, constitui instrumento extremamente útil à recuperação de créditos e satisfação do direito material do credor.

O procedimento do protesto, na maioria das vezes, previne litígios, fazendo com que a parte lesada não necessite se socorrer ao Poder Judiciário para a cobrança do crédito inadimplido.

Apesar de ter sido instituído para certificar situações de inadimplência, litigiosas por natureza, traduz-se o protesto (procedimento), hodiernamente, em medida preventiva necessária, eficiente e célere para a satisfação de litígios que envolvem títulos de crédito e outros documentos de dívida.

O instituto do protesto extrajudicial, além de comprovar, de forma inequívoca (ato autêntico, oficial, realizado por profissional de direito dotado de fé pública), o eventual descumprimento da obrigação, consubstancia uma

---

<sup>14</sup> Efeito probatório, conservatório do direito ante os responsáveis indiretos, demarcação da mora com identificação do termo inicial para incidência de juros, taxas e atualizações monetárias, interruptivo da prescrição, comprobatório da situação de insolvência, fixador do termo legal falimentar, entre outros.

solução ao inadimplemento, um caminho, célere, barato, legítimo e eficaz, ofertado ao credor para satisfação de seu crédito, garantindo a pacificação social sem asoberbar o Poder Judiciário e impedindo que o titular de crédito de valor menos significativo fique, por razões financeiras (os custos de uma demanda judicial são muito maiores do que os emolumentos pagos para o protesto extrajudicial do título ou documento), despojado de seu direito.

A ele, é atribuída a medida exata de coercibilidade para incentivar o pagamento da dívida pelo devedor. Eventual constrangimento ou bloqueio de crédito oriundo da pré-existência de título protestado constitui uma consequência necessária do fato inadimplemento, provado pelo regular protesto (caráter pedagógico). A publicidade do ato, para além de embaraçar o devedor (o qual, lembre-se, descumpriu uma obrigação líquida, certa e exigível), possui relevância jurídica e econômica, na medida em que produz os seus efeitos próprios (eficácia do protesto), como já visto acima, e implica aumento da segurança nas relações econômicas, levando ao conhecimento de futuros credores a inadimplência de determinado título ou documento de dívida.

Nas palavras de Vicente de Abreu Amadei (AMADEI; DIP, 2004, p. 74):

Assim, na aparência o protesto fica com um gosto amargo, uma nota de hostilidade, de amaldiçoado; todavia, em verdade, é remédio ao inadimplemento, é ponto de saneamento dos conflitos de crédito cambial presentes e de prevenção de negócios futuros, é meio simples, célere e eficaz de satisfação de boa parte dos títulos não honrados em seu vencimento; exerce, enfim, função de cura e de profilaxia jurídica e, também por isso, não é apêndice, mas integra a medula do sistema cambiário, com sua presença medicinal entre a vida e a morte dos títulos de crédito.

O protesto extrajudicial afasta os efeitos deletérios do inadimplemento, entre os quais podemos citar a crise econômico-financeira dos empresários, aumento da taxa de desemprego, aumentos dos juros para empréstimo ou financiamento de capital no sistema bancário e influência negativa no custo de formação de preços ao consumidor.

Em última análise, compreender o protesto extrajudicial como instrumento de prevenção jurídica e facilitador de recuperação de créditos, finalidade que

justifica o alargamento do rol de documentos protestáveis, significa defender o direito de crédito legítimo, estimular a economia e prestigiar os bons pagadores.

É nítida a relação do protesto notarial com a segurança e a estabilidade jurídica. Se, por um lado, caso efetuado o pagamento pelo devedor dentro prazo estabelecido em lei, conduz à satisfação do direito de crédito, expurgando um potencial conflito litigioso, por outro, na ocasião em que lavrado o protesto, torna possível que o descumprimento da obrigação seja levado ao conhecimento de terceiros, alertando-os acerca da atual situação patrimonial do sujeito passivo da relação creditícia. Funciona, assim, como elemento preventivo e estabilizador das relações jurídico-econômicas: “um legítimo instrumento de equilíbrio nas relações econômicas como um todo” (MORAES, 2014, p. 163).

Ademais, lembra-se de que o procedimento formal e solene estabelecido na lei é conduzido por sujeito dotado de total imparcialidade, que não se caracteriza como empresário (art. 966 do Código Civil – CC), mas sim como uma *longa manus* do Estado na constatação da inadimplência ou do descumprimento da obrigação. Essa neutralidade é, obviamente, essencial para a segurança dos cidadãos.

Leonardo Brandelli (2007, p. 133) assevera que “o notário deve conduzir sua atividade com absoluta imparcialidade, atendendo com igualdade e equidistância a todas as partes envolvidas no negócio que reclama a sua intervenção”.

Mesmo se analisado o próprio ato de protesto (lavratura e registro do termo no livro respectivo), é possível constatar a sua conveniência jurídica. Além da importância do efeito probatório, eis que o protesto atesta, com segurança e por ato dotado de presunção de legitimidade (autenticidade), o descumprimento de obrigação, é passível de acarretar a interrupção da prescrição (art. 202, inc. III, do CC), comprovar a mora quando não fixada em lei ou convenção (art. 397, parágrafo único, do CC) e demarcar o termo inicial da incidência de juros, taxas e atualização monetária quando não houver prazo assinado ou estabelecido em lei (art. 40 da Lei nº 9.492, de 1997). Isso sem mencionar os efeitos próprios do protesto conservatório ou necessário e do protesto especial para fins falimentares.

Por isso, não se sustenta a tese de que o protesto facultativo não traria interesse ao credor e, em contrapartida, causaria prejuízo ao devedor. Afora

os efeitos acima enumerados, o protesto (procedimento) traduz-se em um meio legítimo, outorgado ao credor, para realizar seu direito de crédito, sem necessitar bater às portas do Poder Judiciário. A partir da data da intimação para pagamento, todas as possibilidades de comportamento do devedor de algum modo favorecem ao credor: i) o devedor efetua o pagamento do título ou documento de dívida; ii) o devedor esclarece o porquê do não pagamento; iii) o devedor reconhece o débito e tanta negociá-lo; ou iv) o devedor não paga a dívida, originando a presunção relativa de veracidade do inadimplemento, obstada somente mediante a comprovação em juízo de vício intrínseco à relação jurídica, e possibilitando ao credor verificar a viabilidade financeira do ajuizamento de uma demanda judicial.

Ainda, é difícil verificar qual seria o prejuízo suportado pelo devedor, já que o protesto somente produziria a prova formal do fato inadimplência. E a publicidade decorrente de seu registro seria invariavelmente a mesma oriunda de eventual propositura de demanda judicial. Outrossim, a qualificação jurídica do título ou documento de dívida levado a protesto (ato) é realizada por profissional do direito, delegatário do Poder Público, cuja capacidade técnica é inquestionável em razão da aprovação em concurso público, sendo conduzida sob o manto dos princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e sob princípios próprios, mas não menos importantes, como o da instância ou rogação, da qualificação jurídica, da eficiência, da oficialidade, da segurança jurídica.

Definitivamente, a vedação do protesto facultativo acarretaria muito mais prejuízos do que benefícios, sendo importante lembrar que, sempre que o credor agir de má-fé na cobrança de dívida (inexistente ou já quitada, por exemplo), é facultado ao devedor requerer a sustação ou a suspensão do protesto, além de eventual pleito de indenização pelos danos suportados.

Por isso, o protesto extrajudicial (ato e procedimento) deve ser visto como instrumento voltado a pacificação social e prevenção de litígios, em razão de sua finalidade maior, que é facilitar a satisfação do direito material do credor (recuperação do crédito), e não como meio coercitivo e abusivo de impelir o devedor ao adimplemento de sua prestação obrigacional.

De fato, dados estatísticos demonstram que o número de títulos ou documentos de dívida sustados ou cujos efeitos do protesto foram suspensos

definitivamente (decisão judicial transitada em julgado) é ínfimo<sup>15</sup>. Logo, não há justificativa plausível para preferir a finalidade de recuperação do crédito (fato que ocorre frequentemente) em decorrência da proteção do devedor diante dos possíveis abusos no exercício do direito de crédito pelo sujeito ativo da relação jurídica (ante a quase inexistência estatística de situações desse calibre).

Além disso, o protesto extrajudicial se consubstancia em mecanismo de “desjudicialização” de conflitos de crédito. Caso não fosse facultado ao credor protestar seu título, seguindo o atual regime jurídico do protesto notarial, certamente a máquina judiciária estaria ainda mais sobrecarregada, com pilhas e pilhas de ações de cobrança e execuções de títulos judiciais e extrajudiciais.

Afirma Emanuel Macabu Moraes (2014, p. 161 e 162):

Por isso, como forma preventiva em relação a todos os ônus que um processo judicial acarreta, o protesto é dotado da medida exata de coercibilidade, advinda da prova idônea e da publicidade inerente aos atos notariais, e de premonição frente ao devedor, de modo a contribuir eficazmente para a composição do débito. É nítido o seu caráter conciliatório. Os fatos corroboram essa assertiva.

O protesto é menos oneroso para as partes comparativamente a uma ação judicial, que implica honorários de advogado, custas processuais, taxa judiciária, além da longa tramitação do processo.

Mais vantajoso também se mostra para o Poder Judiciário, que há muito não tem condições de se ocupar de lides que exigem maior grau de complexidade porque está sobrecarregado com ações de cobrança, monitórias e execuções.

Na realidade, quanto mais utilizada a atividade notarial – serviço de natureza pública instituído para conceder publicidade, autenticidade, eficácia e segurança aos atos e fatos jurídicos, mediante a outorga de fé pública típica de atos estatais e para auxiliar o Poder Judiciário, em razão de seu caráter preventivo e cautelar – menor será a necessidade de movimentação da máquina

15 Segundo levantamento extraído da já citada obra de Emanuel Macabu de Moraes, em um período de cinco anos (de 1º de outubro de 2003 a 30 de setembro de 2009), na serventia de que o autor é titular, 1 a cada 25.000 títulos apontados foi cancelado por decisão judicial definitiva, a cada 10.000 apontamentos apenas 7 foram objetos de liminares de sustação, e aproximadamente 68% dos títulos apontados foram pagos. Em estatística mais recente, com dados colhidos entre 1º de outubro de 2009 e 30 de abril de 2012, aproximadamente 68% dos títulos foram quitados, restando apenas aproximadamente 32% em aberto, houve somente 0,2% de sustações provisórias e nenhum cancelamento judicial definitivo (MORAES, 2014. p.168).

judiciária, deixando para esta o escopo de resolver somente os litígios que não puderam ser resolvidos previamente.

Por tudo o que foi abordado neste capítulo, conclui-se que o protesto (procedimento), muito além de sua função probatória da inadimplência (ato) ou daquela típica do direito cambiário (conservatória do direito de regresso em face dos devedores indiretos), possui finalidade preventiva de litígios e de satisfação do direito material de crédito que definitivamente possui maior relevância no atual momento social e econômico.

Nota-se que essa nova compreensão do instituto do protesto extrajudicial já está sendo incorporada às decisões pretorianas e fora utilizada, até mesmo, na fundamentação de acórdão proferido pela Quarta Turma do STJ no REsp nº 1.124.709/TO, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 18 de junho de 2013, transcrita a seguir:

[...] Ademais, como o cheque levado a protesto ainda possuía executividade, a medida é bem menos severa ao emitente se comparada à execução do título de crédito, pois não envolve atos de agressão ao patrimônio do executado; sendo certo que os órgãos de proteção ao crédito também fazem uso de dados de caráter público da distribuição do Judiciário, referentes a ações executivas, para ‘negativação’ do nome dos executados.

[...] Igualmente, a publicidade negativa ao demandado em execução é tão ou mais ampla do que a decorrente do protesto, visto que é possível a consulta do processo mediante simples acesso aos *sites* de tribunais.

Ademais, o art. 1º da Lei n. 9.492/1997, em cláusula aberta, admite o protesto de outros ‘documentos de dívida’ (entenda-se: prova escrita a demonstrar a existência de obrigação pecuniária, líquida, certa e exigível), não havendo razoabilidade em entender que o protesto, instituto desde a sua origem concebido para protesto cambial, seja imprestável para o protesto facultativo de cheque dotado de executividade: [...]

Assim, a atividade dos Tabeliães de Protesto vai muito além da simples testificação da falta de pagamento, aceite ou devolução do título ou documento de dívida. Nos dias de hoje, os citados Profissionais do Direito, por meio de procedimento legal e oficial, *testificam* também o cumprimento de obrigações e é preciso dizer, mesmo sem rigor estatístico, que cerca de metade dos apontamentos resulta em pagamentos, propiciando aos credores a satisfação de seus créditos. Se não tivesse o credor a faculdade de valer-se do Tabelionato de Protesto, fatalmente o litígio aportaria

em um de nossos tribunais, já de muito assoberbados, e o credor legítimo aguardaria por meses ou anos pelo pagamento que no Tabelionato poderia ocorrer em poucos dias.

É essencial que não tenhamos uma visão distorcida do protesto como instituto jurídico, como tem sido lançado equivocadamente mesmo em algumas decisões pretorianas. O procedimento que pode resultar no protesto não é apenas um meio de coerção para obtenção do pagamento pelo devedor. É muito mais que isso, mesmo nos casos de protesto facultativo. É, sim, uma forma rápida e segura de composição e prevenção de litígios, sem se passar por manobras meramente protelatórias que insegurança e revolta trazem aos bons pagadores. Não é um castigo ao mau pagador, mas um caminho jurídico legítimo e eficaz para o credor, com o desafogo do Poder Judiciário

[...]

E não se diga que o devedor fica à mercê do credor, pois sempre restará a ele o acesso ao Judiciário para sustar ou cancelar o protesto relativo à dívida que demonstre indevida, podendo valer-se da gratuidade, se pobre for. (BUENO, Sérgio Luiz José. *O protesto de títulos e outros documentos de dívida: aspectos práticos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011, p. 23)

[...]"

(REsp 1124709/TO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/07/2013). (Destakes do copista.)

### 3 Protesto extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa

Analisada a transformação do instituto do protesto extrajudicial ou notarial, a partir da promulgação da Lei nº 9.492, de 1997, com a inclusão de cláusula aberta permissiva do protesto de “outros documentos de dívida” e com a revisão e readaptação de sua função e finalidade, questiona-se se seria legítimo, sob o prisma jurídico, o protesto das certidões de dívida ativa da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

Com a promulgação da Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, foi inserido um parágrafo único no art. 1º da Lei nº 9.492, de 1997, no qual restou previsto expressamente: “Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das

respectivas autarquias e fundações públicas”, autorizando, assim, *a priori*, o protesto das certidões de dívida ativa.

Na realidade, trata-se de enunciado meramente interpretativo do *caput* do art. 1º da Lei de Protesto, pois, conforme visto nos capítulos antecedentes, todo documento que materialize obrigação pecuniária, líquida, certa e exigível, prevista em lei como título executivo, é passível de protesto extrajudicial.

A Certidão de Dívida Ativa (CDA) é, a teor do inciso VII do art. 585 do CPC, título executivo extrajudicial<sup>16</sup>.

Antes da alteração legislativa acima mencionada, a discussão sobre o tema era acirrada e, de fato, o tema continua em evidência.

Muitos daqueles que entendem ser inviável o protesto de CDA se agarram ao fato de que, por consubstanciar medida desnecessária para constituição do devedor em mora e para a prova da inadimplência, já que o devedor de crédito de natureza pública, considera-se em mora a partir da expiração do prazo concedido para pagamento do débito regularmente constituído, e, que, na forma do art. 3º da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, “a dívida ativa regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez”, o protesto do referido documento refletiria abuso de direito por parte da Fazenda Pública, a quem faleceria interesse jurídico para a prática do ato, pretendendo somente constranger o devedor, por meios indiretos, ao pagamento do débito sem que fosse permitido o exercício da ampla defesa e do contraditório.

De certa forma, seria lavrado o protesto de documento formado unilateralmente, sem a anuência expressa do devedor, ao contrário do que ocorre, em regra, com os títulos de crédito (cheque, nota promissória e letra de câmbio).

Do mesmo modo, afirmava-se que não havia permissão legal para utilização do protesto, instituto próprio do direito privado, por entes públicos, sendo que a cobrança da dívida ativa estava restrita ao ajuizamento da respectiva execução fiscal, nos termos da Lei nº 6.830, de 1980.

Combatem, também, a publicidade oriunda do ato notarial, a qual, invariavelmente, conduz a um abalo creditício do devedor fazendário.

---

16 Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

VII – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

Outros argumentos, ainda são levantados por aqueles que se opõem à medida, são: o prosseguimento da atividade econômica do devedor estaria ameaçada pelo bloqueio de crédito oriundo do protesto, representaria um meio excessivamente gravoso, desproporcional e desarrazoado, para cobrança do crédito público e configuraria instrumento coercitivo de cobrança indireta da dívida.

Nessa toada, a jurisprudência do STJ se formou contrária ao protesto da CDA:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - CDA. PROTESTO. DESNECESSIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afirmado a ausência de interesse em levar a protesto a Certidão da Dívida Ativa, título que já goza de presunção de certeza e liquidez e confere publicidade à inscrição do débito na dívida ativa.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag nº 1316190/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 17/05/2011, DJe 25/05/2011.)

Cita-se, ainda, no mesmo sentido, os seguintes precedentes: AgRg no REsp nº 1277348/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, julgado em 5/6/2012, DJe 13/6/2012; AgRg no REsp nº 1120673/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 21/2/2011; AgRg no Ag nº 1172684/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5/8/2010, DJe 3/9/2010.

No entanto, inúmeras são as razões que embasam a autorização do protesto extrajudicial da CDA.

De fato, não se trata de medida desnecessária, e não falta interesse jurídico ao ente público. Não é porque constitui uma faculdade para a Fazenda Pública (como o é o protesto facultativo de títulos e documentos de dívida oriundos de relações privadas) que se pode dizer que o protesto não é útil, nem interessante, sob o viés jurídico. A ausência de obrigatoriedade não torna a medida proibida. Nota-se que nenhum protesto é essencialmente “obrigatório”, ninguém é obrigado a levar um título ou documento de dívida a protesto. Em alguns casos, ele é necessário para exercício de determinado direito (traduzindo-se em um ônus imposto à parte interessada) e, na maioria das vezes, reflete uma faculdade

outorgada ao credor em decorrência da inadimplência da obrigação pecuniária documentalmente materializada.

O protesto é instrumento seguro, célere e eficaz de recuperação de crédito. Sua finalidade é a satisfação do direito material do credor lesado, prevenindo litígios da seara creditícia e impedindo que desaguem no Poder Judiciário. Trata-se de uma forma extrajudicial de composição de litígios, que intenta abrandar os efeitos perversos da inadimplência. Por isso, é plenamente justificado seu uso para cobrança do crédito público, sobretudo se levarmos em consideração os princípios da supremacia do interesse público, da eficiência, da celeridade e da economicidade.

Além do mais, sob a perspectiva da necessidade jurídica do protesto, anota-se que o STJ possui jurisprudência consolidada sobre a viabilidade do protesto de sentença judicial (REsp nº 750805/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 14/2/2008, DJe 16/6/2009), título que prescinde do protesto para ser executado. Se o título judicial pode ser protestado, mesmo sem a presença do suposto “interesse jurídico”, por que para a CDA o tratamento seria diverso?

O protesto notarial não possui seu campo de incidência restrito às relações de natureza privada, tanto que o art. 3º da Lei nº 9.492, de 1997, dispõe que o protesto visa tutelar os interesses públicos e privados. Ademais, agora há previsão legal expressa permissiva do protesto de CDA (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.492, de 1997).

Leciona Emanoel Macabu Moraes (2014, p. 110):

... se o credor privado pode utilizar o protesto, legitimamente, com várias vantagens, não há razão para se subtrair essa via ao Estado, sobretudo em face do conhecido princípio da supremacia do interesse público.

Logo, formalmente, inexistente dúvida acerca da viabilidade da medida.

Sob o âmbito material, a mesma conclusão pode ser alcançada. O protesto, visto como meio alternativo do cumprimento de obrigações, traduz-se em importante arma para recuperação dos créditos públicos, especialmente em relação às dívidas cujos valores mais reduzidos não aconselham, sob o prisma econômico, o ajuizamento de demanda judicial.

A escolha acerca da conveniência ou oportunidade, necessidade ou utilidade, do protesto da CDA, como instrumento legalmente disponibilizado à Administração Pública para recuperação extrajudicial de seus créditos, não pode ser censurada pelo Poder Judiciário. De fato, à Administração, cabe decidir se quer protestar a CDA (política pública de recuperação de crédito), e, ao Judiciário, verificar se a medida está em conformidade com a lei e com a Constituição Federal, o que já foi demonstrado neste trabalho.

Assim, o fato de existir lei específica que disciplina a cobrança judicial da dívida ativa (Lei nº 6.830, de 1980) não impede, de forma alguma, a coexistência de mecanismos extrajudiciais de cobrança do crédito público.

Sobre o tema, destaca-se trecho de recente acórdão proferido pelo STJ, o qual veio a sedimentar a alteração do posicionamento da corte sobre o assunto em debate:

[...] Ao dizer que é desnecessário o protesto da CDA, sob o fundamento de que a lei prevê a utilização da Execução Fiscal, o Poder Judiciário rompe não somente com o princípio da *autonomia dos poderes* (art. 2 da CF/1988), como também com o princípio da *imparcialidade*, dado que, reitero, a ele institucionalmente não compete qualificar as políticas públicas como necessárias ou desnecessárias.

Relembramos, conforme dito anteriormente, que o protesto pode ser utilizado como meio alternativo, extrajudicial, para a recuperação do crédito. (...)

É indefensável, portanto, o argumento de que a disciplina legal da cobrança judicial da dívida ativa impede, em caráter permanente, a Administração Pública de instituir ou utilizar, sempre com observância do princípio da *legalidade*, modalidade extrajudicial para cobrar, com vistas à *eficiência*, seus créditos. (REsp nº 1126515/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013, DJe 16/12/2013). (Destques do copista.)

Além do mais, o protesto é mais célere, mais eficaz e mais econômico do que a cobrança judicial.

Como é dever do Administrador Público, no uso da discricionariedade a ele concedida por lei, buscar sempre o melhor resultado possível ao interesse público, o protesto notarial mostra-se como o caminho legal a ser seguido para cobrança do crédito público.

Segundo dados estatísticos, o percentual de recuperação de crédito no protesto da CDA é muito superior ao das execuções fiscais ajuizadas para a sua cobrança<sup>17</sup>. A isso some-se o prazo de recebimento de três dias e o custo zero (já que a Fazenda Pública geralmente recebe isenção do pagamento de emolumentos pela legislação estadual, ou o pagamento fica postergado para a ocasião de quitação do título ou documento levado a protesto), contra o prazo de duração média de dez anos e o custo de R\$5.000,00 para cada execução fiscal. Expressivo o contraste de eficiência, celeridade e economicidade entre as duas medidas.

Quanto à onerosidade causada ao devedor, também não prospera a argumentação contrária ao protesto da CDA.

A publicidade oriunda da propositura de uma demanda judicial (execução fiscal) é idêntica, senão maior, que aquela proveniente do protesto extrajudicial. Sabe-se que o processo judicial, ordinariamente é público, e que, a qualquer momento, pode ser obtida uma certidão de distribuição e narratória do andamento da execução, além da possibilidade de livre consulta do trâmite processual nos sítios eletrônicos dos Tribunais. Afora isso, o Poder Público tem cadastro específico de débitos não quitados, como, por exemplo, na esfera federal, o Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin), instituído pela Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Relembra-se que as temidas entidades de proteção ao crédito (Serasa, Serviço de Proteção ao Crédito – SPC, entre outras) também se utilizam de dados constantes de processos judiciais, para inserir, em seus cadastros, informações acerca de obrigações inadimplidas.

Por outro lado, os efeitos intrusivos à esfera patrimonial do devedor oriundos de execução fiscal são consideravelmente mais onerosos do que os provenientes do protesto da CDA. Na execução fiscal, bens do devedor são penhorados, para garantir a satisfação do crédito, com toda a preferência concedida ao crédito de natureza pública (art. 30 da Lei nº 6.830, de 1980), frequente é a responsabilização dos sócios e administradores pela dívida da sociedade empresária, seja com fulcro no art. 135, inc. III, do Código Tributário Nacional (CTN), seja ou com base no art. 50 do Código Civil, sem falar da possibilidade de averbação premonitória do ajuizamento da execução no registro de imóveis, de veículos ou

---

<sup>17</sup> Emanuel Macabu Moraes (2014, p. 113 e 114) relata que, em estudo conjunto elaborado pelo CNJ e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) chegou-se à conclusão de que nas execuções fiscais federais a taxa de sucesso é de 25,8%, e, em projeto piloto realizado pelo Inmetro em 2007, 42% das dívidas apontadas foram recuperadas.

de outros bens sujeitos à constrição judicial (art. 615-A do CPC). Isso não ocorre no protesto extrajudicial, cujo principal efeito negativo é a publicidade oriunda da comprovação do fato inadimplência.

De fato, quanto maior a onerosidade da medida para o devedor, maiores são as chances de provocarem uma situação econômica deficitária insuperável, o que faz com que seja possível concluir, neste ponto, que também sob o viés do princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005), o protesto extrajudicial se mostra uma medida mais aconselhável que o executivo fiscal.

Assim, o protesto representa, ao mesmo tempo, um instrumento mais eficaz para a recuperação do crédito público e menos oneroso para o devedor.

Não é crível, igualmente, o argumento lançado no sentido de que o protesto extrajudicial da CDA implicaria restrição ao direito de defesa do administrado, pois o compeliaria ao pagamento do crédito sem a possibilidade de impugnação da sua validade. Ora, no procedimento de constituição definitiva do crédito público, quando não confessado pelo próprio devedor (como no caso dos tributos lançados por homologação), é oportunizado, ao devedor, o amplo direito de apresentação de defesa e ao contraditório. Ademais, sempre estará aberta ao devedor, em razão da inafastabilidade da tutela jurisdicional, a contestação judicial da dívida, com a possibilidade de obtenção de decisão liminar de sustação ou suspensão dos efeitos do protesto. Importante relembrar, sobre o tema, que o índice estatístico de cancelamentos definitivos de protesto em decorrência de sua impugnação judicial é baixíssimo, logo, normalmente o título protestado reflete sim a existência de dívida cuja validade se encontra plenamente hígida.

Por conseguinte, não se sustenta também a tese de que a inexistência de anuência expressa do devedor no documento impediria a CDA de ser apontada a protesto. Primeiro, a origem do vínculo obrigacional nos casos dos créditos públicos inscritos em dívida ativa é derivada de lei, e não da vontade das partes, como no caso dos títulos de crédito ou dos contratos. Por isso não é correto, quanto às obrigações *ex lege*, cogitar da necessidade de anuência expressa do devedor. Segundo, não é a concordância do sujeito passivo que autoriza o protesto, mas sim a constatação da inadimplência de dívida pecuniária certa, líquida e exigível, materializada em título ou documento. Ademais, a participação do administrado

no processo de constituição do crédito público, somada à presunção de certeza que a lei atribui à CDA, legitimam seu apontamento para protesto no caso de vencimento sem o efetivo pagamento.

Outrossim, a viabilidade do protesto extrajudicial da CDA, por ser medida que desafoga o Poder Judiciário, vai de encontro com o que estipulado no II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, publicado no Diário Oficial da União (DOU) de 26 de maio de 2009, que prevê, entre as várias medidas anunciadas, a “revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vista à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo”.

O protesto extrajudicial de CDA já foi considerado válido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em decisão proferida no âmbito dos pedidos de providência nº 2009.10.00.004178-4 e nº 2009.10.00.004537-6<sup>18</sup>.

No mais, há diversas previsões legais e normativas que autorizam o protesto extrajudicial da CDA<sup>19</sup>.

No âmbito das normas das Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados, também há previsão autorizativa do protesto de CDA<sup>20</sup>.

É, enfim, imprescindível a menção à alteração de entendimento do STJ acerca da viabilidade do protesto extrajudicial da CDA, perflhada em recente acórdão publicado em 16 de dezembro de 2013, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. LEI 9.492/1997. INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL COM A DINÂMICA MODERNA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O “II PACTO REPUBLICANO

---

18 Eis a ementa: CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. PROTESTO EXTRAJUDICIAL. CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. LEGALIDADE DO ATO EXPEDIDO. Inexiste qualquer dispositivo legal ou regra que vede ou desautorize o protesto dos créditos inscritos em dívida ativa em momento prévio à propositura da ação judicial de execução, desde que observados os requisitos previstos na legislação correlata. Reconhecimento da legalidade do ato normativo expedido pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

19 Lei nº 5.351, de 15 de dezembro de 2008, do Estado do Rio de Janeiro, Lei nº 19.971, de 27 de dezembro de 2011, do Estado de Minas Gerais, Lei nº 13.376, 29 de setembro de 2003, do Estado do Ceará, Lei nº 9.159, de 16 de fevereiro de 2004, do Estado da Bahia, Lei nº 8.612, de 30 de dezembro de 2004, do Estado do Rio Grande do Norte, Lei Complementar nº 74, de 31 de janeiro de 2005, do Estado de Pernambuco, Portaria Interministerial (Ministério da Fazenda e AGU) nº 574-A, de 20 de dezembro de 2010, Portaria nº 321/2006, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), Portaria nº 17, de 11 de janeiro de 2013, da Procuradoria-Geral Federal (PGF) e Portaria Interministerial (Banco Central do Brasil e AGU) nº 01, de 23 de agosto de 2013.

20 Por exemplo: art. 847 do Código de Normas Extrajudicial da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal do Estado do Paraná; art. 74-A do Código de Normas da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Roraima; art. 1º do Provimento/CGJ nº 15/2011 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Piauí; art. 953, parágrafo único, do Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina; Seção 10, do Capítulo 5 da Consolidação das Normas Gerais da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Mato Grosso; entre outros.

DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO”. SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980.

2. Merece destaque a publicação da Lei 12.767/2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que estão incluídas “entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas”.

3. Não bastasse isso, mostra-se imperiosa a superação da orientação jurisprudencial do STJ a respeito da questão.

4. No regime instituído pelo art. 1º da Lei 9.492/1997, o protesto, instituto bifronte que representa, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência, e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida, foi ampliado, desvinculando-se dos títulos estritamente cambiariformes para abranger todos e quaisquer “títulos ou documentos de dívida”. Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais.

[...]

17. Recurso Especial provido, com superação da jurisprudência do STJ. (REsp nº 1126515/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013, DJe 16/12/2013)

Dessa forma, nota-se que o protesto extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa se encontra em plena conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, sendo sua adoção por parte da Fazenda Pública medida legítima para tentativa de recuperação extrajudicial do crédito público.

## 4 Conclusão

Diante do exposto, pode-se afirmar ser viável o protesto extrajudicial das CDAs, em conformidade com a disciplina estatuída pela Lei nº 9.492, de 1997.

De fato, a CDA, título executivo extrajudicial (art. 585, inc. VII, do CPC), que materializa obrigação pecuniária, líquida, certa e exigível, de natureza *ex lege*, enquadra-se entre os documentos protestáveis, se considerada a interpretação predominante na doutrina e nos tribunais para a expressão “outros documentos de dívida”, constante do *caput* do art. 1º da Lei nº 9.492, de 1997.

Ademais, apesar de já ser dotada de presunção legal de liquidez e certeza, conforme estatui o art. 3º da Lei nº 6.830, de 1980, sendo desnecessário, portanto, sob o enfoque da comprovação e da publicidade da inadimplência da dívida, o protesto extrajudicial da CDA, o mesmo não se pode falar quando analisado o protesto como instrumento extrajudicial, disponibilizado ao credor, público ou privado, de recuperação de crédito, que se mostra mais eficaz, célere e econômico que a cobrança judicial da dívida.

Assim, tendo em vista os princípios da eficiência e da economicidade e levando em consideração que se trata de medida que vem auxiliar na diminuição de litígios que desembocam no Poder Judiciário, o protesto extrajudicial das CDAs se mostra alternativa útil à recuperação do crédito público.

Em contrapartida, não prosperam os argumentos frequentemente empregados para defender a impossibilidade de protesto das CDAs.

Por fim, elucida-se que, recentemente, o STJ alterou seu entendimento sobre o tema, considerando ser viável o protesto das certidões que materializam a existência de crédito público dotado dos atributos da certeza, liquidez e exigibilidade.

## Referências

AMADEI, Vicente de Abreu. Princípios de Protesto de Títulos. *In*: DIP, Ricardo H. M. (Coord.). **Introdução ao Direito Notarial e Registral**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada: Lei 11.101/2005**. 4ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Sérgio Luiz José. **O Protesto de Títulos e Outros Documentos de Dívida: aspectos práticos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e dos Registradores Comentada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. V. 1. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Comercial**. V. 2. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRISTO, Alessandro. **União recupera R\$1 a cada R\$3 devidos ao protestar**. Consultor Jurídico. São Paulo, 9 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.protestodetitulos.org.br/Consultor%20Juridico%209nov2013.pdf>> Acesso em: 6 de fevereiro de 2014.

CUNHA, Alexandre dos Santos; KLIN, Isabela do Valle; PESSOA, Olívia Alves Gomes. **Custo e Tempo do Processo de Execução Fiscal Promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. Brasília, nov. 2011. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/111230\\_notatecnicadiest1.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf)>. Acesso em: 6 de fevereiro de 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. V. 2. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de Processo Civil: execução**. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Emanuel Macabu. **Protesto Notarial: títulos de crédito e documentos de dívida**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. V. 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Comercial**. V. 2. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Títulos de Crédito**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

# Legitimidade do Devedor para Requerer a Liquidação do Julgado: conclusão com base no princípio da isonomia na sua perspectiva estática e dinâmica

Rosalina Freitas Martins de Sousa\*

*Introdução – A igualdade no âmbito do processo e a necessidade de se conferirem às partes as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais. 1 Conceito, objetivo e modalidades de liquidação. 2 Técnicas de liquidação: processo autônomo, fase ou incidente. 3 As duas perspectivas da igualdade no âmbito do processo: estática e dinâmica. 4 A legitimidade para se requerer a liquidação. De quem é? 5 Conclusão – O elogio à previsão constante do projeto do novo Código de Processo Civil.*

## Resumo

O presente artigo busca demonstrar que o devedor detém legitimidade para requerer a liquidação do julgado, mesmo diante da modificação estabelecida com a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que revogou dispositivo que expressamente admitia a hipótese. Da mesma forma que é dada ao credor – que pretende se ver satisfeito o mais breve possível – a oportunidade de requerer a liquidação, ao devedor, deve ser franqueada a possibilidade de se liberar da obrigação em curto espaço de tempo, tal só se revelando possível se, previamente,

---

\* Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Especialista em Direito Privado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (Esmape). Graduada em Direito e em Administração de Empresas. Assessora Técnica Judiciária de Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Professora de Direito Processual Civil no Estado de Pernambuco, em cursos de graduação e pós-graduação.

for feita sua liquidação, isso nas hipóteses em que ainda não há completa individualização da norma jurídica estabelecida no título judicial. O princípio da isonomia no âmbito do processo, tanto na sua perspectiva estática como no seu viés dinâmico, impõe a necessidade de se conferir legitimidade ao devedor para deflagração do procedimento liquidatório. Examina-se, ainda, o tratamento que o projeto do novo Código de Processo Civil dispensa à figura.

**Palavras-chave:** Processo civil. Liquidação. Legitimidade. Devedor. Isonomia.

***Legitimacy of the Debtor to Apply for Settlement in the Judgment: conclusion based on the principle of equality that static and dynamic perspective***

***Abstract***

*This article seeks to demonstrate that the debtor has standing to require the liquidation of the trial, despite the amendment brought by Law No. 11.232/05, which repealed device expressly admitted the hypothesis. Likewise it is given to the creditor the opportunity to apply for settlement, because even if you want to see satisfied as soon as possible, the debtor also must be franchised the possibility of release from the obligation in a short time, this will only be revealing possible if previously taken for its liquidation, that in cases where there is not yet a complete individualization of the legal rule established in the judicial title. The principle of equality under the process, both in its static perspective, as in its dynamic bias, imposes the need to give legitimacy to the debtor for the outbreak of liquidatório procedure. It examines also the treatment that the design of the new Code of Civil Procedure waiver to the figure.*

**Keywords:** Civil procedure. Clearance. Legitimacy. Debtor. Equality.

## **Introdução – A igualdade no âmbito do processo e a necessidade de se conferirem às partes as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais**

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade, ao prever que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, I). No âmbito do processo, o referido princípio vem expresso no art. 125 do Código de Processo Civil (CPC), que estabelece que o juiz deve assegurar às partes igualdade de tratamento.

Tem-se, pois, que as partes devem receber tratamento processual idêntico, de modo que ambas tenham as mesmas possibilidades de atuar e, como não poderia deixar de ser, submetam-se às mesmas limitações. A garantia da igualdade significa proporcionar as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais, para que as partes possam fazer valer seus direitos e pretensões.

Nessa perspectiva, merece críticas a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que, apesar de admitir a possibilidade de o credor requerer a liquidação do julgado, acabou revogando dispositivo que conferia legitimidade também ao devedor para esse propósito, em manifesta afronta ao princípio da igualdade.

Como sabido, o título executivo é uma criação técnica da doutrina processual. Quer significar que a instauração da execução, com a conseqüente agressão da esfera jurídica do devedor, visando sua satisfação, apenas é possível, entre outros requisitos, se houver um título executivo. A execução, portanto, por meio da qual o credor postula que um direito já definido seja realizado, mediante a prática de atos que agredem o patrimônio do devedor, exige um título executivo, judicial ou extrajudicial.

Conforme previsão constante no art. 580 do CPC, a obrigação representada no título executivo deve ser certa, líquida e exigível. Diz-se líquido o crédito quando, além de claro e manifesto, dispensa qualquer elemento extrínseco para se aferir seu valor ou para se determinar seu objeto.

Sucedo, no entanto, que, em determinadas situações, apesar de a sentença ser capaz de acertar, de certificar a relação jurídica, tornando certa a obrigação de indenizar, ela não individualiza o objeto da condenação. Nesses casos, é imprescindível que a parte, antes de deflagrar a atividade executiva, promova, como antecedente necessário, a liquidação do julgado.

Liquidar uma sentença significa, pois, determinar o objeto da condenação, possibilitando-se, assim, que a demanda executiva tenha início com o pleno conhecimento por parte do executado do que o exequente pretende obter para satisfação de seu direito.

De forma geral, a legitimidade para deflagrar a liquidação do julgado é daquele indicado como credor. Nesse caso, a liquidação é instaurada contra aquele indicado como devedor no mesmo título.

O CPC, conferia legitimidade ao devedor, além de conferi-la ao credor, para deflagrar a liquidação. A Lei Federal nº 11.232, de 2005, no entanto, ao revogar o art. 605, acabou retirando a possibilidade de o devedor requerer a instauração do procedimento liquidatório, remanescendo essa possibilidade somente ao credor da obrigação.

Entretanto, a lei infraconstitucional, tampouco o órgão judicial, pode impedir o devedor de também instaurar a liquidação do julgado, desta feita contra o credor. Da mesma maneira que o credor pretende se satisfazer o mais breve possível – daí, antes de executar a obrigação, busca logo liquidá-la –, deve ter o devedor a possibilidade de liberar-se da obrigação no menor curto espaço de tempo, pelo que deve ter o direito de requerer a liquidação do julgado.

De fato, considerando que a sentença, ainda que ilíquida, constitui título executivo judicial, figurando a liquidação apenas como pressuposto do seu cumprimento, não se revela isonômico impor ao devedor aguardar a provocação do credor para, só então, ter ciência do *quantum* devido.

Considerando a garantia da igualdade, que estabelece que se deve conferir às partes as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer seus direitos e pretensões, deve ser franqueada ao devedor – assim como é dada ao credor – a possibilidade de requerer a liquidação do julgado, isso nas hipóteses em que ainda não há completa individualização da norma jurídica estabelecida no título judicial.

## 1 Conceito, objetivo e modalidades de liquidação

O termo liquidação deriva do vocábulo liquidar, originário do verbo latino *liquere*, que quer representar algo manifesto.

Como sabido, o título executivo é uma criação técnica da doutrina processual. Quer significar que a instauração da execução, com a conseqüente agressão da esfera jurídica do devedor, apenas é possível, entre outros requisitos, se houver um título executivo. A execução, portanto, por meio da qual o credor postula que um direito já definido seja realizado, mediante a prática de atos que agridem o patrimônio do devedor, exige um título executivo.

Conforme previsão constante no art. 580 do CPC, a obrigação representada no título executivo deve ser certa, líquida e exigível. Afora os requisitos da certeza e da exigibilidade, portanto, a execução pressupõe sempre a liquidez ou a individualização do crédito (art. 586). Diz-se líquido o crédito quando, além de claro e manifesto, dispensa qualquer elemento extrínseco para se aferir o seu valor ou para se determinar seu objeto.

Sucede, no entanto, que, em determinadas situações, não se tem completa definição do objeto da condenação. Em razão da natureza do pedido ou da falta de elementos nos autos, o juiz profere sentença ilíquida, ou seja, aquela que, não obstante tenha o condão de certificar a relação jurídica, tornando certa a obrigação, ainda não individualiza exatamente o objeto da condenação. Nesses casos, imprescindível que a parte, antes de deflagrar a atividade executiva, promova, como antecedente, a liquidação do julgado.

Liquidar uma sentença, portanto, significa determinar o objeto da condenação, permitindo-se, assim, que a demanda executiva tenha início com pleno conhecimento do executado do que o exequente pretende obter para satisfação do seu direito (NEVES, 2012, p. 923). Rigorosamente, cabe registrar, não se liquida uma sentença ou uma decisão judicial. De fato, uma decisão, uma sentença ou um acórdão não são passíveis de liquidação. O que se liquida é a obrigação contida em cada uma dessas manifestações judiciais.

De qualquer sorte, malgrado o deslize terminológico cometido pelo legislador ordinário – que fala expressamente em liquidação de sentença –, não parece haver desconforto no tocante ao que significa a substância do instituto da liquidação, que é compreendido como sendo “a fixação ou a determinação em quantidade certa do valor da condenação assentada em decisão judicial que não se mostra líquida” (CARVALHO, 2006, p. 45).

Em sede de liquidação, não pode a parte discutir de novo a lide ou pretender modificar a decisão que a julgou, isso tudo em reverência ao princípio da

fidelidade ao julgado, expresso no art. 475-G do CPC. Apenas os pedidos implícitos, tais como juros legais (compensatórios e moratórios), correção monetária e honorários advocatícios, podem ser incluídos na liquidação, ainda que não contemplados na sentença (art. 293 e enunciado 254 da súmula do Supremo Tribunal Federal – STF).

A iliquidez pode ser total ou parcial. É integralmente ilíquida, por exemplo, a sentença que, em sede de ação indenizatória, condena o vencido a pagar os danos emergentes e os lucros cessantes, referentes aos dias em que o veículo ficou parado, a serem apurados em liquidação. É parcialmente ilíquida a sentença que, ao mesmo tempo, condena o réu a pagar os danos morais, no importe de R\$5.000,00, e os danos materiais, a serem apurados em liquidação. Nada impede, porém, que, no caso de iliquidez parcial, o credor promova a execução da parte líquida, e, concomitantemente, o credor (ou o devedor, conforme defendido no presente artigo) requeira a liquidação da parte ilíquida, em autos apartados, em obediência ao art. 475-I, § 2º do CPC.

Conforme o próprio nome do instituto sugere – assim consta do título do Capítulo IX do Título VIII do Livro I do CPC em vigor –, a liquidação é de sentença, ou, melhor dizendo, está limitada aos títulos executivos judiciais. A liquidação, portanto, é expediente a ser utilizado para todo e qualquer título executivo judicial. A expressão “liquidação de sentença”, constante do CPC deve ser interpretada de forma elástica, de modo que abranja todo e qualquer título judicial, não se restringindo às sentenças.

[...] o termo ‘*sentença*’ aqui é utilizado [...] em *sentido amplo*, para indicar todo e qualquer tipo de pronunciamento judicial com conteúdo decisório, tendo sido ele proferido por um juízo cível ou criminal, no Brasil ou no estrangeiro. O vocábulo também abrange as sentenças arbitrais, que têm eficácia de título executivo *judicial* (CPC, art. 475-N, IV) (DIDIER JÚNIOR, CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, 2012, p. 115).

De fato, a falha não se justifica, porque as obrigações que careçam de liquidação, contidas em quaisquer dos títulos executivos judiciais, poderão ser objetos de liquidação, até mesmo a homologação de sentença estrangeira, que nem sentença é, e a sentença arbitral, que não é produzida por um dos órgãos do Poder Judiciário, assim previstos no art. 92 da Constituição Federal.

O título executivo extrajudicial tem, necessariamente, de conter uma obrigação líquida, pois, caso contrário, a ele, faltará um elemento indispensável para ser título. (NEVES, 2012, p. 925). Esse entendimento demonstra o equívoco legislativo ao prever três espécies de liquidação – mero cálculo aritmético, por arbitramento e por artigos – quando, na verdade, só existem efetivamente duas espécies de liquidação, já que liquidar por mero cálculo aritmético é liquidar o que já é líquido. Contendo a sentença todos os elementos necessários para efetuar o cálculo, não há se falar, pois, em iliquidez (ASSIS, 2009, p. 313).

A propósito, nas execuções de título extrajudicial, existe o mero cálculo aritmético, ao menos como forma de atualizar o valor exequendo, e nem por isso haverá liquidação de sentença, até mesmo porque, como se disse, a liquidação é instrumento destinado aos títulos executivos judiciais.

Nesse passo, não há razão para se enquadrar a liquidação por cálculos como modalidade de liquidação, apesar de existir entendimento em sentido contrário (FILHO, 2009, p. 50).

De fato, considerando que fazer cálculos não é liquidar, de se dizer que, atual e rigorosamente, o CPC contempla apenas duas espécies de liquidação, a saber, a liquidação por artigos e a liquidação por arbitramento.

Far-se-á a liquidação por artigos quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo (CPC, art. 475-E). Já a liquidação por arbitramento será utilizada quando, para determinar o valor da condenação, for necessária a realização de perícia (CPC, art. 475-C).

Conforme adiante se verá, independentemente da espécie e da técnica a serem utilizadas (item 3, *infra*), o fato é que, tanto o credor como o devedor são legitimados a liquidar. De fato, representam interesses juridicamente tuteláveis tanto o do credor em realizar o crédito, quanto o do devedor em solver a dívida. Nenhum se realiza, se não há liquidez. Logo, tanto o credor quanto o devedor têm pretensão a liquidar, ou seja, individualizar o objeto da prestação.

## **2 Técnicas de liquidação: processo autônomo, fase ou incidente**

Não obstante tenham o condão de certificar a relação jurídica, tornando certa a obrigação de indenizar, algumas sentenças não são capazes de

individualizar o objeto da condenação. Nesses casos, imprescindível que a parte, antes de deflagrar a atividade executiva, promova, como antecedente necessário, a liquidação do julgado.

Antes da Lei Federal nº 11.232, de 2005 – a mesma que excluiu expressamente a possibilidade de deflagração da liquidação pelo devedor da obrigação –, a liquidação de sentença poderia ser realizada por meio de processo de liquidação ou por meio de liquidação incidental.

Com efeito, devendo-se realizar a liquidação de uma sentença posteriormente à formação do título ao qual faltava liquidez, entendia-se necessário o processo autônomo de liquidação, que temporal e cronologicamente, colocava-se entre o processo de conhecimento e o processo de execução.

O processo de liquidação, portanto, exigia o manejo de ação autônoma, que dava início a nova relação processual, distinta daquela em que fora certificado o direito cuja liquidação se buscava. Havia, pois, três tipos de processo de liquidação, a saber: a) liquidação por artigos; b) liquidação por arbitramento; e c) liquidação das sentenças coletivas, as duas primeiras reguladas pelo Código de Processo Civil, e a última, pelo Código de Defesa do Consumidor (DIDIER JÚNIOR, CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, 2012, p. 118).

No entanto, além da técnica autônoma, havia a liquidação incidental, que, como o próprio nome está a indicar, dispensava o ajuizamento de nova demanda para que fosse viabilizada, bastando a instauração de um incidente no bojo do próprio processo já existente.

De fato, sempre que, durante a execução de uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, a obtenção da tutela específica se tornasse impossível, ou dela desistisse o demandante, haveria conversão em perdas e danos, cuja apuração seria realizada por meio de um incidente processual de liquidação.

Entretanto, em razão das alterações legislativas que introduziram no ordenamento jurídico brasileiro o chamado sincretismo processual, não resta dúvida de que se imprimiu nova roupagem à figura da liquidação de sentença (NEVES, 2012, p. 934).

Com efeito, considerando que agora, sobretudo depois das modificações implementadas, o processo é sincrético, com múltiplos objetivos – a saber, certifica o direito, depois, se for o caso, complementa a certificação por meio de liquidação, e, finalmente, efetiva a decisão judicial (com a execução) –, tem-se

que tanto a liquidação quanto a execução da sentença passaram a constituir uma mera fase.

Malgrado a Lei nº 11.232, de 2005, tenha tencionado estabelecer a regra de que a liquidação de sentença deve operar-se como mera fase do processo, em razão do sincretismo, que não é novo, já existindo desde a época em que se apregoava amplamente a autonomia das ações (NEVES, 2012, p. 810), é de se questionar se ainda existe a possibilidade de a liquidação ser buscada por meio de processo autônomo.

A indagação se justifica em virtude da previsão constante no parágrafo único do art. 475-N do CPC, segundo o qual, sendo o título executivo uma sentença penal condenatória, sentença arbitral ou caso de homologação de sentença estrangeira, o demandado será citado para a execução ou para a liquidação. Fala o legislador, portanto, em citação do demandado, tanto para responder à execução quanto à liquidação.

Mesmo diante da referida disposição legal, que insinua o nascimento de nova relação jurídica, dada a existência de nova citação, alguns doutrinadores afirmam que não há mais razão para se reconhecer a permanência do processo autônomo de liquidação:

É natural que, sendo exigida a citação do demandado, o legislador deixe claro que por meio do pedido de liquidação dar-se-á vida a um novo processo, mas isso não é suficiente para concluir que esse novo processo seja um processo autônomo de liquidação. Explica-se. A liquidação nesse caso é a primeira fase procedimental de um processo que não se extingue com a definição do *quantum debeatur*, porque após essa definição se passará à fase de cumprimento de sentença. O processo, portanto, não é de liquidação, ao menos não é somente de liquidação, é de liquidação e de execução, processo sincrético, portanto. Veja-se que o fato da fase de liquidação ter sido ou não precedida por uma fase de conhecimento é irrelevante, porque não é a primeira fase do processo que determina a sua natureza. Somente na excepcional hipótese de essa fase de liquidação ser extinta por sentença que não permita o seu cumprimento, estar-se-á diante de genuíno processo autônomo de liquidação, mas, como não se pode definir a natureza de um fenômeno levando-se em conta sua frustração, parece mais adequado o entendimento de que o processo autônomo de execução não existe mais (NEVES, 2012, p. 934).

Malgrado os judiciosos argumentos lançados, importante se estabelecer a diferença entre as figuras, razão por que se dizer que remanesce o processo de liquidação para as hipóteses de sentença penal condenatória transitada em julgado, sentença arbitral, sentença estrangeira homologada pelo STJ, bem como sentença coletiva nas ações que versam sobre direitos individuais homogêneos. Nesses casos, ou não há processo anterior no qual seja possível instaurar-se uma fase de liquidação, ou, mesmo havendo processo anterior, nele não é possível instaurar-se a fase de liquidação.

Alguns doutrinadores defendem, também, que, após a Lei nº 11.232, de 2005, não mais subsiste a figura da liquidação incidente.

Anteriormente às alterações oriundas da Lei nº 11.232/2005, falava-se, nesse caso de conversão de obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos, em liquidação incidente, de modo a estabelecer distinção em relação à liquidação das obrigações de pagar quantia, que era efetuada por meio de processo autônomo (arts. 603 a 611, revogados pela Lei nº 11.232/2005). Ante a opção do legislador pelo processo sincrético, agora toda liquidação de sentença é feita por mera fase do processo de conhecimento, motivo pelo qual não há sentido algum em se utilizar a expressão liquidação incidente. (DONIZETTI, 2010, p. 182).

Entretanto, além da liquidação como fase, introduzida pela Lei nº 11.232, de 2005, e da subsistência, em situações especiais, do processo de liquidação, remanesce, no atual regramento, a liquidação incidental, assim entendida aquela que ocorre como incidente processual da execução.

É preciso, no entanto, mais uma vez, diferenciar as situações. Pode-se dizer que, atualmente, há três técnicas processuais para viabilizar a liquidação de sentença: a) fase de liquidação: a liquidação se dá dentro de um processo já existente, como questão principal de uma fase de um procedimento instaurado e destinado a esse objetivo; b) processo de liquidação: a liquidação é objeto de um processo de conhecimento autônomo, instaurado com essa exclusiva finalidade; e c) liquidação incidental: a liquidação ocorre como um incidente processual da fase executiva do procedimento ou do processo autônomo de execução (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, 2012, p. 118).

Como sabido, o título executivo extrajudicial tem necessariamente de conter uma obrigação líquida, porque, caso contrário, a ele, faltarão um elemento indispensável para ser título.

O título extrajudicial, portanto, não pode ser ilíquido. Entretanto, iniciada, por exemplo, a execução para entrega de coisa ou para satisfação de um fazer ou de um não fazer, fundada em título extrajudicial, pode ser que não seja possível obter o cumprimento da obrigação na forma específica, o que exigirá conversão em perdas e danos, a ser apurada mediante liquidação incidental (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, 2012, p. 122).

Existindo essas três técnicas para se deflagrar a liquidação do julgado, o fato é que tal iniciativa pode se ultimar por meio de requerimento tanto do credor do título como do devedor, sendo oportuno se registrar que, na hipótese de liquidação como fase ou liquidação incidental, deverá ser apresentada uma petição simples, diferentemente na hipótese de liquidação autônoma, quando, então, deve o interessado, credor ou devedor, valer-se de uma petição inicial, com o requerimento de citação da parte contrária.

### **3 As duas perspectivas da igualdade no âmbito do processo: estática e dinâmica**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inaugurou-se no país o Estado Democrático de Direito, reconhecendo a República Federativa do Brasil como Estado Constitucional, caracterizado por buscar tutelar os direitos e as garantias fundamentais, com vocação para construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

As normas constitucionais, nessa nova ordem, passaram a ser compreendidas como o alicerce de todo o ordenamento jurídico brasileiro, constituindo-se no fundamento de validade para todos os ramos do Direito, mesmo para o Direito Processual Civil.

Desse modo, atualmente, não só o processo civil, mas todos os ramos do Direito estão inseridos em um contexto bem maior, a saber, o estabelecido pela Constituição Federal. É necessário perquirir, no entanto, qual o real significado

dado pela Carta Magna de 1988 a todas as searas do Direito e, no caso do estudo em questão, em especial, ao Direito Processual Civil, para que se possa pensá-lo e repensá-lo à luz dos ditames constitucionais.

Nesse sentido, revela-se imperioso

[...] constatar, na Constituição, qual é (ou, mais propriamente, qual deve-ser) o modo de ser (de dever-ser) do processo civil. E extrair, da Constituição Federal, o modelo constitucional do processo e, a partir dele, verificar em que medida as disposições legais anteriores à sua entrada em vigência foram por ela recepcionadas e em que medida as disposições normativas baixadas desde então estão em plena consonância com aqueles valores ou, escrito de forma mais precisa, bem realizam os desideratos que a Constituição quer sejam realizados pelo processo ou que concretizam o modelo constitucional do processo (BUENO, 2012, p. 75).

Conforme ensinamento do professor Leonardo José Carneiro da Cunha (2012, p. 352), o Estado Democrático de Direito se caracteriza pela obrigatoriedade de submissão do Estado ao ordenamento jurídico – garantindo-se segurança jurídica aos cidadãos – e pelo pluralismo político – assegurando-se ampla participação dos interessados nos processos decisórios. Assim, o Estado Constitucional apresenta-se, ao mesmo tempo, como Estado de Direito e Estado Democrático.

O Estado de Direito caracteriza-se pela observância do princípio da isonomia. Já quanto ao Estado Democrático, seu maior fundamento é ampla liberdade e participação, pautado no princípio da boa-fé objetiva.

Busca-se atingir tais preceitos constitucionais por meio da inserção, no bojo do CPC, de normas que concretizem a isonomia – efetivando-se os valores do Estado de Direito – até a elaboração e o aperfeiçoamento de dispositivos legais que ampliam a participação das partes no deslinde processual, configurando-se a adoção de um processo essencialmente participativo, atendendo-se aos anseios do Estado Democrático, exercendo papel fundamental na legitimação das decisões judiciais.

A Constituição Federal estabelece que todos são iguais perante a lei (art. 5º, I). Relativamente ao processo civil, verifica-se que o princípio da isonomia significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico, a teor do que dispõe o art. 125 do CPC.

Em verdade, pode-se dizer que a isonomia apresenta-se, no âmbito do processo, em duas perspectivas, a saber, do ponto de vista estático e do ponto de vista dinâmico (SANTOS, 2011, p. 56).

A perspectiva estática da isonomia diz respeito à estruturação do processo, o qual deverá ser organizado de forma igualitária, de modo que se evitem privilégios e se corrijam eventuais desigualdades, com base no desenho de técnicas processuais que possibilitem essa finalidade.

A perspectiva estática da igualdade, portanto, toca diretamente ao legislador, o qual se vê impossibilitado de editar leis que orientem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais.

Nessa perspectiva, põe-se a necessidade de rechaçar a Lei nº 11.232, de 2005, que revogou dispositivo que, expressamente, admitia a legitimidade do devedor para requerer a liquidação do julgado.

Nesse passo, sendo de interesse tanto do vencedor como do vencido a fixação do valor da condenação, não resta dúvida de que tanto o credor como o devedor – assim reconhecidos no título executivo – têm legitimidade para dar início à liquidação.

De fato, considerando que, na perspectiva estática da isonomia, o processo deve ser estruturado de forma igualitária, de modo que se evitem privilégios e se corrijam desigualdades, não se revela correto suprimir a possibilidade de o devedor buscar liquidar o julgado, já que pode ele pretender adimplir a obrigação o mais breve possível.

Desse modo, figurando a liquidação como pressuposto da execução, não se revela nada isonômico retirar do devedor a possibilidade de provocar a atividade liquidatória, já que é por meio dela que se vai determinar a quantidade de coisas a serem entregues, da própria coisa, o fato a ser prestado ou o valor da condenação.

Assim, é de se dizer que o legislador ordinário, ao editar a Lei nº 11.232, de 2005, não observou a isonomia ao organizar o processo, na medida em que retirou do devedor a possibilidade de requerer a liquidação.

De qualquer forma, à minguada de previsão legal que confira ao devedor legitimidade para deflagrar o procedimento liquidatório, desponta a igualdade diretamente ligada à atividade judicial, que deve buscar manter o equilíbrio processual, admitindo a possibilidade de o devedor requerer a liquidação do julgado.

Com efeito, na perspectiva dinâmica, a igualdade relaciona-se à direção do processo, que deverá assegurar a paridade de condições, de modo que as partes tenham as mesmas possibilidades de atuar e estejam sujeitas às mesmas limitações.

A respeito do conteúdo do princípio da igualdade aplicado ao âmbito do processo, obtém-se o seguinte ensinamento:

Os sujeitos processuais devem receber tratamento processual idêntico, devem estar em combate com as mesmas armas, de modo a que possam lutar em pé de igualdade. Chama-se a isso de paridade de armas: o procedimento deve proporcionar às partes as mesmas armas para a luta. O processo é uma luta. A garantia da igualdade significa dar as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta etc. Como explica Chiacario, “essa paridade de armas entre as partes não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e obrigações. O que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de uma das partes” (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 59).

Embora se concorde plenamente com o trecho transcrito acima, é bom que se diga que parece mais adequada a adoção do termo paridade de condições em vez de paridade de armas, dada a advertência de Barbosa Moreira (1989, p. 70), no sentido de que a expressão paridade de armas denota, com força demasiada, a concepção de processo como duelo; o que não parece se coadunar com a essência do modelo cooperativo de processo, pelo menos do ponto de vista axiológico-ideológico (SANTOS, 2011, p. 58).

Exige-se, nessa linha, que as partes sejam postas em absoluta paridade de condições, de modo que ambas tenham as mesmas possibilidades de atuar e de se sujeitarem às mesmas limitações.

É bom que se diga, porém, que essa paridade de condições não implica identidade absoluta entre os poderes reconhecidos como as partes de mesmo processo, nem necessariamente a simetria perfeita de direitos e obrigações. O que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis

racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo que se evite desequilíbrio em prejuízo de uma das partes.

A intensificação da igualdade no processo impõe ao magistrado desenvolver providências que propicie nivelamento das partes no processo.

Sendo assim, eventualmente deflagrada pelo devedor a liquidação, não deve o órgão judicial – em atenção à perspectiva dinâmica da isonomia –, extinguir o feito liquidatório sem exame do mérito, por ausência de legitimidade da parte.

[...] não basta parar na ideia de que o direito fundamental à tutela jurisdicional incide sobre a estruturação técnica do processo, pois supor que o legislador sempre atende às tutelas prometidas pelo direito material e às necessidades sociais de forma perfeita constitui ingenuidade inescusável. Aliás, se o legislador sempre atuasse de maneira ideal, jamais haveria necessidade de subordinar a compreensão da lei à Constituição, mesmo quando a lei se refere ao direito material (MARINONI, 2008, p. 229).

Inexistindo no sistema, como inexiste, previsão de técnica processual adequada, é dever do juiz criar a norma reguladora do caso concreto.

Como esse direito fundamental incide sobre o Estado e, portanto, sobre o legislador e o juiz, é evidente que a omissão do legislador não justifica a omissão do juiz. Melhor explicando: se tal direito fundamental, para ser realizado, exige que o juiz esteja munido de poder suficiente para a proteção – ou tutela – dos direitos, a ausência de regra processual instituidora de instrumento processual para tanto constitui evidente obstáculo à atuação da jurisdição e ao direito fundamental à tutela jurisdicional. Diante disso, para que a jurisdição possa exercer sua missão, que é tutelar os direitos, e para que o cidadão realmente possa ter garantido o seu direito fundamental à tutela jurisdicional, não há outra alternativa a não ser admitir ao juiz a supressão da omissão (MARINONI, 2008, p. 233).

Não se pode impedir – nem o órgão judicial nem a lei – que o devedor também instaure a liquidação, desta feita contra o credor. Da mesma maneira que o credor pretende se ver satisfeito o mais breve possível – daí, antes de executar a obrigação, busca logo liquidá-la –, tem o devedor, igualmente, a possibilidade de liberar-se da obrigação, pelo que também deve ter o direito de requerer a liquidação do julgado.

## 4 A legitimidade para se requerer a liquidação. De quem é?

A liquidação tem o objetivo de fixar o *quantum debeat*, sendo uma complementação da atividade cognitiva iniciada com a condenação do réu. Não tem a liquidação, assim, nenhuma função expropriatória, a qual fica reservada ao momento do cumprimento da sentença.

De forma geral, é daquele apontado como credor a legitimidade para a deflagração da liquidação do julgado, independentemente da técnica a ser utilizada, seja como processo autônomo, seja como fase ou como incidente. Nesse caso, a liquidação é instaurada contra aquele apontado como devedor no mesmo título.

Não se pode – nem o órgão judicial nem a lei – impedir o devedor de também instaurar a liquidação, desta feita contra o credor. O interesse em obter o valor exato da condenação não é exclusiva do autor, que certamente terá tal interesse, para que possa dar início ao cumprimento da sentença. Também o réu condenado tem interesse na liquidação, considerando-se que, ciente do valor exato de sua dívida, poderá quitá-la ou mesmo tentar uma transação com base mais concreta (NEVES, 2012, p. 935).

Também nesse sentido é o entendimento de Araken de Assis (2009, p. 307), para quem “o vencido também exhibe pretensão à liquidação”, seja porque o art. 334 do CPC assegura ao obrigado o direito de liberar-se da obrigação pela consignação, seja porque o art. 475-J do CPC prevê uma multa ao vencido (dez por cento) sobre o valor fixado na condenação ou na liquidação, isso nos casos de recalcitrância no cumprimento voluntário das obrigações de pagar quantia. Arremata, dizendo:

Tratando-se de dívida liquidável através de simples cálculos aritméticos [que rigorosamente não é liquidação], basta o vencido depositar a quantia reputada devida nos autos [...], juntando a planilha a que se refere o art. 475-B, *caput*. [...] Por outro lado, mostrando-se necessária outra modalidade de liquidação (arbitramento ou artigos), e subsistindo a pretensão a liquidar, o devedor exercerá tais pretensões na forma do procedimento [...] (ASSIS, 2009, p. 307).

Nesse passo, sendo de interesse tanto do vencedor como do vencido a fixação do valor da condenação, não resta dúvida de que tanto o credor como o devedor – assim reconhecidos no título executivo – têm legitimidade para dar início à liquidação.

Em outras palavras, assim como é dada ao credor a oportunidade de requerer a liquidação, mesmo porque pretende se ver satisfeito o mais breve possível, ao devedor, deve ser franqueada a possibilidade de se liberar da obrigação em curto espaço de tempo, tal só se revelando possível se, previamente, for feita sua liquidação, isso nas hipóteses em que ainda não há completa individualização da norma jurídica estabelecida no título judicial

A Lei Federal nº 11.232, de 2005, revogou o art. 570 do CPC, que permitia ao devedor instaurar o processo executivo. O dispositivo revogado configurava uma genuína ação de consignação em pagamento, já que o devedor podia requerer ao juiz que mandasse citar o credor para receber em juízo o que lhe coubesse. Como o devedor, nessa hipótese, assumia, no processo, posição idêntica à do exequente, também se chamou esse expediente de execução invertida (STJ, 2004, p. 463).

A Lei nº 11.232, de 2005, retirou também a legitimidade do devedor para instauração do procedimento de liquidação, que antes era conferida pelo art. 605, revogado, texto que não foi aproveitado em nenhum outro dispositivo.

Doravante, o devedor que desejar tomar essa iniciativa deverá promover normalmente e sem prevenção do juízo que proferiu a condenação a norma ação de consignação regulada nos artigos 890 e ss. do CPC (GRECO, 2006, p. 75).

Mesmo à míngua de disposição legal, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), em julho de 2006, fixou o entendimento no sentido de que “a liquidação de sentença também pode ser requerida pelo devedor”, tal como consta do enunciado nº 3 de sua súmula.

Pode-se dizer que esse entendimento do TJRJ, estabelecido no enunciado nº 3 de sua súmula, consagra a perspectiva dinâmica do princípio da igualdade no âmbito do processo, na medida em que o Judiciário assegura a paridade de condições, de modo que as partes tenham as mesmas possibilidades de atuar e estejam sujeitas às mesmas limitações.

## 5 Conclusão – O elogio à previsão constante do projeto do novo Código de Processo Civil

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inaugurou-se no país o Estado Democrático de Direito, reconhecendo a República Federativa do Brasil como Estado Constitucional, caracterizado por buscar tutelar os direitos e garantias fundamentais, com vocação para construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

As normas constitucionais, dentro dessa nova ordem, passaram a ser compreendidas como o alicerce de todo o ordenamento jurídico brasileiro, constituindo-se no fundamento de validade para todos os ramos do Direito, até mesmo para o Direito Processual Civil.

A Constituição Federal estabelece que todos são iguais perante a lei (art. 5º, I). Relativamente ao processo civil, verifica-se que o princípio da isonomia significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico, a teor do que dispõe o art. 125 do CPC.

Pode-se dizer que a isonomia apresenta-se, no âmbito do processo, em duas perspectivas, a saber, estática e dinâmica.

A perspectiva estática da isonomia, que toca diretamente o legislador, diz respeito à estruturação do processo, o qual deverá ser organizado de forma igualitária, pautado no desenho de técnicas processuais que possibilitem essa finalidade. A perspectiva dinâmica da igualdade, que toca o órgão judicial, relaciona-se à direção do processo, que deverá assegurar a paridade de condições, de modo que as partes tenham as mesmas possibilidades de atuar e estejam sujeitas às mesmas limitações.

Assim, é de se dizer que o legislador ordinário, ao editar a Lei nº 11.232, de 2005, não observou a isonomia ao organizar o processo, na medida em que retirou a possibilidade de o devedor requerer a liquidação.

De qualquer forma, à míngua de previsão legal que confira ao devedor legitimidade para deflagrar o procedimento liquidatório, desponta a igualdade diretamente ligada à atividade judicial, que deve buscar manter o equilíbrio processual, admitindo a possibilidade de o devedor requerer a liquidação do julgado.

Figurando a liquidação como pressuposto para a execução, não se revela nada isonômico retirar do devedor a possibilidade de provocar a atividade liquidatória, já que é por meio dela que se vai determinar o objeto da condenação.

De mais a mais, conforme analisado, a liquidação tem o objetivo de fixar o *quantum debeatur*, sendo uma complementação da atividade cognitiva iniciada com a condenação do réu. Não tem a liquidação, assim, nenhuma função expropriatória.

A lei infraconstitucional, tampouco o órgão judicial, pode impedir o devedor de também instaurar a liquidação do julgado, desta feita contra o credor. Da mesma maneira que o credor pretende se satisfazer o mais breve possível – daí, antes de executar a obrigação, buscar logo liquidá-la –, deve ter o devedor a possibilidade de liberar-se da obrigação no menor curto espaço de tempo, pelo que deve ter o direito de requerer a liquidação do julgado.

Foi por reconhecer a necessidade de se garantir esse tratamento paritário, já apregoado pela Constituição Federal, que o projeto do novo CPC, em sua versão aprovada na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, para não deixar nenhuma margem de dúvidas, contemplou expressamente a possibilidade de permitir também ao devedor a possibilidade de requerer a liquidação, ao prever, no art. 523: “Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á a sua liquidação, a requerimento do credor ou devedor” (BRASIL, 2013).

Era mesmo de se esperar essa previsão legal, sobretudo porque, já no enunciado dos primeiros dispositivos do projeto do novo CPC, o legislador pátrio anuncia a toda a comunidade jurídica que o conjunto de normas que integra o Direito Processual Civil é indissociável do conjunto formado pelas normas consagradas na Constituição Federal.

O operador do Direito, mais do que nunca, deve raciocinar em torno da resolução de qualquer questão que ocorra no curso do procedimento, levando em conta, sempre, as normas constitucionalmente consagradas, em especial as garantias mínimas que estruturam a cláusula geral do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), entre as quais a que prevê tratamento isonômico às partes (CF, art. 5º, *caput*).

O projeto do novo CPC, portanto, coloca uma pá de cal nas divergências existentes e, mais, positiva o entendimento que já vinha, corretamente, sendo defendido por boa parte da doutrina e disseminado pela jurisprudência. Merece, pois, ser elogiado.

## Referências

ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Substitutivo aos Projetos que Tratam do Código de Processo Civil** (texto preliminar). 20.3.2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/substitutivo-preliminar-do-deputado-paulo-teixeira>>. Acesso em: 28 de julho de 2013.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro – Um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Fabiano. Liquidação de Sentença: determinação do valor por cálculo aritmético, de acordo com a Lei nº 11.232/2005. **Revista Jurídica**. São Paulo. n. 344, jun. 2006, p. 45-54.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 209, p. 349-373, jul. 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 12. ed., Salvador: Juspodivm, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Execução. 4. ed., Salvador: Juspodivm, 2012.

DONIZETTI, Elpídio. **Processo de Execução**. São Paulo: Atlas, 2010.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Processo de Execução a Procedimentos Especiais. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Leonardo. Primeiros Comentários sobre a Reforma da Execução Oriunda da Lei 11.232/05. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2006, n. 36.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Legitimidade da Atuação do Juiz a partir do Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva. *In*: CERQUEIRA, Luiz Otávio Sequeira de; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; MEDINA, José Miguel Garcia (coord.). **Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *La igualdad de las partes en el proceso civil*. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1989, 4ª série, p. 70, nota 6.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed., São Paulo: Método, 2012.

SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, Igualdade e Colaboração. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 192, fev. 2011, p. 47-80.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Divisão de Estruturação do Conhecimento (DGCON/SEESC). Rio de Janeiro. Atualizado até 18/4/2011. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir\\_gerais/dgcon/pdf/verbetes\\_comp/liquidacao\\_de\\_sentenca.pdf](http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/verbetes_comp/liquidacao_de_sentenca.pdf)>. Acesso em 6 ago. 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. Recurso Especial nº 356.002/SC, Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Decisão unânime. Brasília, 16/9/2004. DJ 13/12/2004, p. 463. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 5 ago. 2014.

# Confisco de Bens em Matéria Penal – Perspectiva pautada na Análise Econômica do Direito

Sólon Cícero Linhares\*

*Introdução. 1 Confisco – Noção – Hipóteses no Direito brasileiro e estrangeiro. 2 Análise Econômica do Direito – Normativa e positiva. 3 Pena privativa de liberdade versus benefícios econômicos do crime. 3.1 Resultado e senso comum. 3.2 Análise de caso. 3.3 Proposta legislativa. 4 Conclusão.*

## Resumo

Este estudo enfoca a possibilidade jurídica de se adotar um mecanismo eficaz no combate às organizações criminosas dedicadas à obtenção de poder financeiro, consistente no confisco de bens oriundos ou resultantes da criminalidade. Para tanto, pretende-se demonstrar, por meio da Análise Econômica do Direito (AED), que os “benefícios” trazidos pelo crime acabam compensando o delinquente, ou seja, a contraposição da norma penal não tem efetividade para impedir ou obstaculizar a prática corriqueira dessa modalidade criminosa. Ao final, propõe-se a edição de norma, com a finalidade de instituir o confisco de bens estendido, já que a pena privativa de liberdade, por si só, não tem inibido a prática de condutas voltadas aos crimes econômicos e financeiros.

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito. Confisco de bens. Criminalidade reditícia.

---

\* Professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), graduação e pós-graduação; especialista em Execução de Políticas de Segurança Pública pela Academia Nacional da Polícia Federal (ANP/Brasília); mestre pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); doutorando em Direito pela PUC/PR (professor bolsista); membro do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico.

## *Confiscation on Criminal Legal System – A law & economics overview*

### *Abstract*

*This study is focused on the legal possibility of adopting a more effective mechanism to combat criminal organisations that are dedicated in achieving financial power by employing consistent methods of confiscating the property originated or fruits of crime. For this we intend to demonstrate, through the economic analysis of law, that the “benefits” brought by the crime currently end up paying off for the offender, so that just enforcing the criminal code is not effective to prevent or obstruct the common practice of this criminal behavior. At the end we propose the revision of the law in order to impose extended confiscation of assets, since the deprivation of liberty itself has not inhibited the practice of economic/financial crimes.*

*Keywords: Law & Economics; Confiscation; Reiterated Crime.*

### **Introdução**

Este trabalho tem como eixo a possibilidade da adoção de regime jurídico penal eficaz no combate às organizações criminosas dedicadas à obtenção de poder financeiro, consistente no confisco de bens oriundos ou resultantes da criminalidade.

Pretende-se demonstrar, por meio da Análise Econômica do Direito (AED), que os “benefícios” trazidos pelo crime acabam compensando, ou seja, a contraposição da norma penal não tem efetividade para impedir ou obstaculizar a prática corriqueira dessa modalidade criminosas.

Ao final, propõe-se a edição de lei (*lege ferenda*), com a finalidade de instituir o confisco de bens estendido, já que a pena privativa de liberdade, por si só, não tem inibido a prática de condutas voltadas aos crimes econômicos e financeiros.

Toda essa construção doutrinária passa, necessariamente, pela observância dos princípios constitucionais, limitadores do poder punitivo estatal, tema que será abordado ainda que tangencialmente, já que não é o foco deste trabalho.

## 1 Confisco – Noção – Hipóteses no Direito brasileiro e estrangeiro

A perda de bens em favor do Estado, no Direito brasileiro, tem adoção formal em duas situações.

Uma delas refere-se aos imóveis rurais e urbanos de qualquer região do país onde foram encontradas plantações ilegais de psicotrópicos ou exploração de trabalho escravo. Essa possibilidade já existia quando foi promulgada a Constituição Federal. Entretanto, com a Emenda Constitucional nº 82, de 2014, a previsão de constrição estatal sofreu novas alterações. Um exemplo disso é que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e revertido a fundo especial com destinação determinada, na forma da lei.

Não se pode deixar de ressaltar que foi a primeira vez que o Direito brasileiro utilizou, de forma expressa, o termo confisco para fins penais.

Outra hipótese vem prevista no artigo 91 do Código Penal Brasileiro e consiste na perda dos instrumentos ou produtos do delito (*instrumenta ou producta sceleris*). Tal possibilidade diz respeito a efeito extrapenal genérico e automático da condenação estatal, visando impedir que instrumentos e produtos idôneos voltem para mãos de pessoas dedicadas a práticas criminosas, consoante entendimento trazido pelo estudo dos professores Rodrigo Sanchez Rios e Gustavo Pujol<sup>1</sup>. A título exemplificativo, esses professores demonstram o desdobramento do raciocínio em dois casos, conforme se segue.

Um deles trata da compra de uma arma para realizar a prática delitiva. Evidentemente, essa arma será considerada instrumento do crime. Por sua vez, imagine-se a seguinte situação: o agente compra US\$1.000,00 de cocaína para posterior revenda pelo valor de US\$3.000,00. Caso esse comprador seja flagrado com a cocaína antes da revenda, o entorpecente será confiscado como objeto do delito, e a sua perda monetária representará os US\$1.000,00 originariamente investidos.

---

1 RIOS, Rodrigo Sanchez. PUJOL, Luiz Gustavo. A Nova Dimensão do Confisco de Bens Oriundos da Criminalidade Reditícia e a Atuação Defensiva à luz do Estatuto da Advocacia. Pág.11.

Todavia, emerge a indagação acerca do valor exato que deve ser recuperado pelo Estado na situação em que a revenda efetivamente se concretize, isto é, se o total a ser recuperado deve ser de US\$3.000,00 ou, diversamente, de apenas US\$2.000,00 (este sim, valor obtido em razão da prática do crime), pois os US\$1.000,00 empregados na aquisição da droga, a rigor, não representariam, *prima facie*, proveito delitivo, mas um valor que já pertencia ao agente antes da prática do crime.

Esses questionamentos acerca do alcance dos mecanismos da retirada dos ingressos obtidos com a prática delitiva é motivo de reflexão por parte de Blanco Cordero<sup>2</sup>, sob a perspectiva de ganhos brutos e líquidos oriundos da atividade criminosa, que encontra respaldo no direito comparado e nos instrumentos internacionais que acolhem a tese favorável à recuperação dos ganhos brutos.<sup>3</sup>

Nesse contexto de criminalidade reditícia, ou seja, daquela criminalidade que faz voltar o lucro por meio de processo cíclico, já que esse lucro é reinvestido para fomentar novas práticas criminais, o cenário que se confronta é aquele que necessita de redimensão do instituto do confisco de bens, uma vez que o objetivo é retirar, anulando qualquer benefício ou vantagem ligada a prática do crime, isto é, é imprescindível que o senso comum sofra uma mudança radical.

É ultrapassado o senso comum que se fundamenta no pensamento da compensação ou não da prática criminosa. É imprescindível a mudança de paradigma nesse sentido. É primordial que se dê cunho valorativo a essa modalidade reditícia, conforme contribuição trazida por Caieiro<sup>4</sup>.

O crime não deve compensar, porque o Estado, por meio do confisco, retirará os bens que, de fato, nunca pertenceram àquele delinquente.

Não é demais insistir na visão trazida pelas instituições formais europeias, que, há mais de duas décadas, enfrentam a criminalidade organizada reditícia, observando que o seu “calcanhar de Aquiles” reside no pilar financeiro. A dedução é simples: é o patrimônio dessas organizações que possibilita a prática das atividades delituosas de forma tão expressiva e danosa.

2 RIOS *apud*. BLANCO CORDERO, Isidoro. El Comiso de Ganancias: butas o netas? In: La Ley. Número 7.569, 15 de febrero de 2011, p.1 e ss; MAUGERI, Anna Maria. *Op. cit.*, p. 165 e ss; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 1 e ss; CAEIRO, Pedro. *Op. cit.*, p. 463.

3 RIOS. *Idem*, p. 14.

4 CAEIRO, Pedro. Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com Outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia (em especial os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ilícito). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim, n. 100. São Paulo: RT, 2013, p. 456.

Diante disso, o aparato formal do Estado europeu está na busca de instrumentos de cerceamento da reutilização dos recursos auferidos de forma ilícita nas práticas criminais.

É nessa fase de combate às organizações criminosas que o confisco de bens adquire nova feição, buscando retirar o fluxo de caixa que dá sustentação a tais entidades criminosas.

Notoriamente, com o rompimento das fronteiras econômicas e a abertura dos espaços comunitários, formou-se uma espécie de “subproduto: a liberdade de circulação abrange tanto os ‘bons’ como os ‘maus’, quer dizer, o crime (os criminosos) também circula(m) mais facilmente”<sup>5</sup>. Isso significa que a abertura comercial das fronteiras produziu nova forma de criminalidade – a criminalidade transnacional econômica e reditícia –, e, nesse contexto, o confisco de bens deve assumir outros contornos jurídicos, próprios do século XXI.

No Reino Unido, por exemplo, em 2006, uma estimativa oficial calculou que o ganho do crime organizado atingiu a marca de 15 bilhões de libras, e, no mesmo período, foram recuperados pelo Estado somente 125 milhões de libras<sup>6</sup>.

Nesse sentido, há de se concordar com a normativa europeia ao inserir o confisco de bens como instrumento eficaz no combate a criminalidade reditícia. Assim sendo, propaga-se a adoção de mecanismos e estratégias de cooperação jurídica internacional, visando maior efetividade e publicidade do confisco, em especial a constrição direta de bens e valores, o confisco alargado, o confisco não baseado em condenação e o bloqueio de bens de terceiros<sup>7</sup>.

O confisco direto de bens e de valores é a forma mais comum de apropriação pelo Estado do produto do crime, fundamentado em decisão judicial definitiva, podendo, até mesmo, ser realizado por valor equivalente ao obtido com a prática ilícita. Por seu turno, o confisco alargado, instituto aprovado em 2005 pela Decisão-Quadro da União Europeia nº 2005/212/JAI, é um instrumento inovador, porque busca novas formas de perda de bens e valores assentadas na presunção de serem oriundos de delito.

5 LAUREANO, Abel. Dois Institutos da “Cooperação Judiciária em Matéria Penal” na União Europeia: reconhecimento mútuo de decisões penais e harmonização de legislações penais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 283-308, jan./jun. 2010.

6 Dados do *Home Office* (2006), referidos na avaliação da ameaça da criminalidade organizada da Europol de 2010.

7 MAUGERI, Anna Maria. *Le Moderne Sanzioni Patrimoniali tra Funzionalità e Garantismo*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 449 e ss.

Tal instituto requer o preenchimento de requisitos de ordem formal, como a condenação definitiva por algum crime do catálogo<sup>8</sup>, a posse de bens desproporcional ao declarado formalmente e os bens em nome de terceiros, conhecidos como “laranjas”. Nesses casos, presume-se que os bens do imputado foram adquiridos em decorrência do delito, podendo ser confiscados, com vistas a evitar novos investimentos em práticas delitivas. Inverte-se o ônus da prova. Não compete mais ao Ministério Público provar a incongruência dos bens, mas sim, ao denunciado, provar que a aquisição foi de forma lícita.

Assim, na tendência dessa política criminal expansiva, o confisco se direciona a recuperação de ativos provenientes de crimes. Entretanto, sua eficácia está condicionada a flexibilização de diversos princípios constitucionais garantistas (ampla defesa, presunção da inocência, *nemo tenetur se detegere*, entre outros), caso contrário, as discussões e diretivas ficarão somente no campo abstrato.

Resta evidente que o tema apresenta desafios e exige mudanças, tendo como marco a discussão acadêmica sobre enfoque diverso para o confisco, em especial porque a criminalidade reditícia vem ganhando cada vez mais espaço, seja pela ineficiência do Estado no seu efetivo combate, seja pelas poucas técnicas de cooperação existentes.

Encontrar equilíbrio entre a funcionalidade desse instrumento normativo e do respeito às garantias constitucionais representa um forte desafio.

## 2 Análise Econômica do Direito – Normativa e positiva

Em linhas gerais, o Direito como ciência regula o comportamento humano<sup>9</sup>, e a Economia, por sua vez, estuda esse comportamento e suas consequências em um mundo escasso de recursos. A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é um campo da ciência que procura expandir o conhecimento do Direito para aperfeiçoar o desenvolvimento desse campo, utilizando-se de ferramentas e referenciais teóricos e empíricos econômicos<sup>10</sup>.

---

8 Previsto em lei específica, com rol taxativo de crimes considerados como danosos à sociedade, como desvio de dinheiro público, corrupção em sentido amplo, como nos casos de superfaturamento de obra pública, funcionários “fantasmas” para lavagem de dinheiro, fraudes em licitações etc.

9 GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. 2010, p. 8.

10 RIBEIRO, Pereira Márcia Carla. O que É Análise Econômica do Direito. Uma introdução. Coord. Vinícius Klein, p. 35

A AED tem participado com a metodologia para produção do conhecimento, entre muitas formas de contribuição, e, nesse campo, pode-se falar em AED Positiva – aquela focada nas consequências de determinada regra para o mundo real, uma opção científica e empírica, portanto – e na AED Normativa – aquela que busca um estudo sobre a utilização de determinada regra ou norma, levando em conta um mundo de valores, não empírico, portanto não científico.<sup>11</sup>

Optamos, neste trabalho, por utilizar a AED Normativa, já que a proposta final visa *lege ferenda* que altere o comportamento humano no que se refere ao senso comum – “O crime não deve compensar”.

Nesse contexto, considerando que um dos pressupostos metodológicos da AED está relacionado diretamente a existência e a escassez de recursos de uma sociedade, admite-se que, necessariamente, é inevitável o conflito. Portanto, aqui reside um dos motivos da existência do Direito – a solução desses conflitos.

Por essa razão, os agentes econômicos ponderam os custos e os benefícios para escolha, optando por adotar a conduta que lhes traz mais bem-estar. São condutas racionais maximizadoras do bem-estar<sup>12</sup>. Todas as escolhas humanas têm um custo de oportunidade, isto é, “enquanto fazemos isso, deixamos de fazer aquilo”.

Aqui reside o tema incentivos, ou seja, se se alterarem as estruturas de incentivos antes da tomada da conduta pelos agentes econômicos, é possível que eles façam por outra conduta.

Em resumo, as pessoas respondem a incentivos.

Esse raciocínio pode-se aplicar ao Direito, ou seja, uma vez elaborada uma norma, espera-se que as pessoas respondam implicitamente a incentivos, fazer ou não fazer algo.

Partindo-se do pressuposto de que as pessoas respondem a incentivos, o comportamento dos agentes será fundamentado em categorias hierárquicas (trabalho, por exemplo) ou será mercadológico. Nesse último caso, a decisão é tomada pela livre interação entre os sujeitos, pela barganha.

Assim, chama-se mercado o contexto social em que a conduta dos agentes é livre para barganhar. Por essa razão, se o mercado está em equilíbrio, é porque o comportamento racional maximizador levará os agentes a realizarem trocas,

11 *Idem*, p. 21.

12 POSNER, Richard. *El Análisis Economico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 20.

até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos. Nesse momento, não ocorrerá mais trocas, porque se chegou a tal equilíbrio. Frise-se, esse raciocínio do equilíbrio só ocorre no padrão mercadológico, não no hierárquico<sup>13</sup>.

Não é demais registrar, nos termos empregados por Gico Júnior, que não há óbice para a flexibilização dos pressupostos essenciais da AED, caso seja essa a necessidade do pesquisador. Por exemplo, na perspectiva neoinstitucionalista, os custos de transação e as instituições passam a ser fundamentais nos modelos empregados. Por outro lado, quando se pensa na AED comportamental, a racionalidade é complementada para inserir vários desvios comportamentais. Ora, o que se denota é que toda a ciência do Direito é construída com emprego de premissas, as quais têm como foco a mudança do comportamento humano por meio de incentivos. Criminosos, por exemplo, cometerão mais ou menos crimes, se as penas forem mais ou menos brandas, se as chances de condenação forem maiores ou menores, se houver mais ou menos oportunidades em outras atividades mais atrativas<sup>14</sup>. No caso brasileiro, o que se observa é que há carência de normas que tornem o crime financeiro e econômico menos atrativo.

### 3 Pena privativa de liberdade *versus* benefícios econômicos do crime

#### 3.1 Resultado e senso comum

Tem-se como senso comum nas sociedades que o “crime não compensa”. Entretanto é imprescindível, em especial em um “mundo” de criminalidade reditícia e econômica, apresentar outro contraponto ao sistema penal vigente.

É necessário demonstrar que a pena privativa de liberdade, por si só, não se caracteriza como inibidora de condutas ilícitas, notadamente sob a ótica penal e econômica.

Por essa razão, é pela AED, aquela de cunho institucionalista, que se revela outro senso comum: “se não mexer no bolso do sujeito, não há mudança de

---

13 *Idem*, p. 22/23.

14 *Idem*. GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito, 2010, p. 25.

comportamento”, ou seja, o que se propõe é demonstrar o contraponto de que o comportamento humano, na cogitação de criminalidade financeira e econômica, deve se pautar pelo seguinte senso comum: “o crime não deve compensar”.

Nos termos trazidos por Gary Becker, o empresário criminoso, da mesma forma que qualquer empresário, organizará sua produção no sentido de analisar os benefícios trazidos pelo cometimento de uma infração penal relacionado ao risco de eventual detenção<sup>15</sup>.

Aqui está o ponto central do senso comum, porque a pena privativa de liberdade não inibe como deveria inibir. Para se ter ideia, no caso conhecido como “Diários Secretos na Assembleia Legislativa do Paraná”<sup>16</sup>, a quantia desviada chegou próximo a R\$200 milhões, as penas privativas de liberdade aplicadas aos mentores dessa organização criminosa chegaram próximas a dezoito anos de reclusão. Como é sabido, o sistema processual penal brasileiro permite a progressão de pena, ou seja, esses sujeito ficarão no máximo três ou quatro anos em reclusão, para depois “desfrutar” do dinheiro desviado.

Por outro lado, como instrumento eficaz no enfrentamento dessas modalidades criminosas, Schaefer e Shikida (2001, p. 5) procuram demonstrar que a possibilidade de os benefícios com a criminalidade superarem seus custos e compensarem todo o risco auferido está ligada diretamente com a eficácia policial e judicial. Esses aparelhos do Estado – a Polícia e o Judiciário – somente conseguirão fazer frente a esse modelo de criminalidade no momento em que dispuserem de instrumentos aptos nesse sentido, razão pela qual resgatam-se as concepções do instituto jurídico do confisco.<sup>17</sup>

### 3.2 Análise de caso

Os dados do *caso* de que se trata a seguir foram coletados na Terceira Vara Federal de Curitiba, no Paraná, especializada nos crimes de lavagem de dinheiro. Houve autorização do Juiz Federal para a coleta dos dados, com a ressalva de manter em sigilo o nome dos investigados.

15 BECKER, G. S. Crime and Punishment: na economic approach. Journal of Political Economy, v. 76, n. 1, 1968, p. 169-217.

16 9.ª Vara Criminal de Curitiba. Ação Penal nº 2010.21302-1.

17 SCHAEFER, José Gilberto e SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Economia do Crime: elementos teóricos e evidências empíricas. P. 5.

O caso envolve um dos maiores antagonistas do Estado brasileiro, sujeito condenado pela justiça pátria no âmbito da Justiça federal e estadual, nos mais diversos entes da Federação e pelos mais diversos tipos penais, entre eles tráfico internacional de drogas, evasão de divisas e lavagem de dinheiro.

Fernandes, como será aqui denominado, é um dos líderes de uma das maiores organizações de tráfico de drogas do país. Após uma de suas condenações, diversos bens foram encontrados e apreendidos, porém o que mais chamou a atenção foram os elementos que indicam que Fernandes seria o proprietário de *Sierra del Mar*, uma fazenda de dimensões exorbitantes, aproximadamente 34.000.000 hectares.

Na residência da namorada de Fernandes, foram localizados os extratos de pagamento de funcionários, um plano para aquisição de aves e a relação de bens presentes em *Sierra del Mar*.

Após aprofundamento das investigações pela Polícia Federal no Brasil, novos fatos foram apresentados. Entre eles, foi encontrada, na fazenda, uma pista de pouso de aproximadamente mil metros de comprimento e cinquenta metros de largura, que teria sido utilizada por Fernandes para o tráfico internacional de drogas entre a fronteira do Brasil e do Paraguai.

Havia, na polícia paraguaia, informações de que essa pista haveria sido utilizada para o pouso forçado de uma pequena aeronave que apresentou defeitos, transportando uma quantidade considerável de cocaína. Fernandes, então, fez o envio de outra aeronave, que teria saído do Brasil para o resgate do piloto e de sua carga, sendo novamente utilizada a pista de pouso de *Sierra del Mar* para se efetivar a operação. A primeira aeronave foi destruída e, em uma busca e apreensão, realizada meses depois, foi encontrada inteiramente queimada na propriedade. Com base nessas informações, foi instaurado um processo de confisco de bens, com vistas a alienação e a repatriação de valores e bens de propriedade de Fernandes.

O processo teve como objetivo primário o confisco da fazenda *Sierra del Mar*. O magistrado responsável pelo caso em uma decisão robusta, com fundamentação pioneira, lançando mão de princípios constitucionais e internacionais, apresentou justificadamente a possibilidade e a necessidade de se efetivar o confisco.<sup>18</sup> Essa

---

18 Artigo 5º e 6º do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991 – Convenção de Viena de 1988. Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

decisão, juntamente com as devidas traduções para o espanhol, realizadas por tradutores juramentados, foi encaminhada ao Departamento de Recuperação de Ativos (DRCI) do Ministério da Justiça.

Após criteriosa análise, o dossiê foi enviado à Suprema Corte paraguaia. O caso, então, foi encaminhado à comarca onde fica localizada a fazenda, iniciando-se aí os primeiros entraves e dificuldades.

Foi nomeado para o processo um Promotor de Justiça paraguaio, e foram expedidos mandados de busca nas dependências de *Sierra del Mar*.

Nas diligências, foram localizadas aeronaves queimadas de propriedade de Fernandes, assim como diversos tipos de armamentos. Com as diligências, foram encontrados novos fundamentos, ainda mais fortes e veementes, e, dessa forma, o confisco da propriedade teria fundamentos suficientes para ser decretado.

Entretanto, em interpretação retrógrada, e certamente desavisada, dos novos princípios que regem as relações internacionais, ditames do combate ao crime transnacional e tendências globais de cooperação jurídica internacional – o Promotor de Justiça paraguaio emitiu parecer no sentido de que não seria possível a consolidação do confisco de *Sierra del Mar* devido a ausência de um dado essencial para sua efetivação, qual seja, a propriedade não estava registrada em nome de Fernandes, e sim em nome de José Sierra, braço direito daquele, necessitando, portanto, da existência de um processo criminal em nome de José, e não de Fernandes.

Diante disto, em uma tentativa de esclarecimento e elucidação da importância do caso à autoridade paraguaia, o magistrado brasileiro, que primeiramente proferiu a decisão de confisco, foi pessoalmente até a comarca onde o processo tramitava no Paraguai. No entanto, tal tentativa restou infrutífera, e os autos seguiram o caminho inverso até retornarem à Vara Federal onde se iniciou, no Brasil.

A fundamentação e os argumentos para efetivação do confisco passaram por reformulação e, após os autos tramitarem novamente pelo DRCI e pela Suprema Corte paraguaia, encontram-se mais uma vez nas mãos de promotores paraguaios da comarca onde se localiza a fazenda *Sierra del Mar*.

Essas autoridades se mostraram muito mais abertas a uma análise conclusiva dos fatos e se demonstraram mais bem instruídas a lidar com um processo de extrema complexidade, especialmente porque, em delitos que envolvem lavagem

de capital, é quase impossível obtenção de prova direta, razão pela qual, na maioria dos casos, as autoridades judiciária valem-se das provas indiciárias, perfeitamente aptas para esse fim<sup>19</sup>.

Por fim, depreende-se da tramitação do referido processo de confisco de bens no âmbito transnacional que essa é uma das ferramentas a serem utilizadas no combate a criminalidade, pois apresenta forte receptividade e apoio por parte de grande número de países. Porém, devido a aspectos operacionais e de natureza extrajudicial, é certo que ainda necessita de adaptações e inovações, a fim de alcançar a efetividade e a celeridade que se espera de um processo de tamanha importância, em especial porque, no Brasil, inexistente norma específica que autorize o confisco de bens estendido.

### 3.3 Proposta *lege ferenda*

A proposta que se sugere está fundamentada na perda de bens em favor do Estado, ou, conforme optamos por nomear, confisco estendido. É instrumento que, em primeira análise, pode causar estranheza aos operadores do Direito, em especial àqueles que laboram nas esferas penal e processual penal. Entretanto, após compreensão ampla sobre a densidade jurídica proposta, o instituto passa a ganhar luzes que possibilitam “caminhar” rumo ao desenvolvimento.

Muito se discute acerca da natureza jurídica do confisco estendido, de discussões acaloradas na doutrina portuguesa, passando por outras doutrinas, como a alemã.

As propostas se dividem entre concepções de índole penal, cível e administrativa.

A proposta de natureza penal tem como fundamento o próprio efeito da sanção penal. Trata-se, portanto, de medida de política criminal relacionadas a prática de crime e perda de bens, vantagens e instrumentos, com delineamentos de finalidade retributiva pelo mal causado.

Seria uma espécie de consequência jurídica da própria sanção penal, ou seja, uma vez condenado o sujeito por determinado crime, com trânsito em julgado, ele sofreria o confisco dos bens e dos instrumentos que foram auferidos com a

---

19 LINHARES, Sólon Cícero. O Branqueamento de Capitais, a Prova Indiciária e os Princípios da Legalidade e Ampla Defesa. Revista de Direito Econômico e Socioambiental. Curitiba, v. 1, n. 1, p. 65-80, jan./jun. 2010.

prática dessa modalidade criminosa, como resultado automático da condenação. Portanto, seria medida muito próxima ao confisco clássico, deixando de se apresentar como instituto novo, apto a fazer frente às novas formas de práticas criminais econômicas.

A ideia, trazida por Figueiredo Dias, sobre a relação direta entre confisco e medida de segurança ganhou força no Direito português e em países integrantes do bloco europeu.

Conforme essa posição, o binômio fundamental está em relacionar a pena com a culpa do sujeito e a medida de segurança com sua periculosidade. A posse de bens incongruentes por parte do arguido é suscetível a uma reação penal de prevenção, já que há um perigo latente de que tais bens sejam reinvestidos em novas práticas criminais. Assim, o confisco, visto pelas lentes da medida de segurança, seria justificável, pois visa apenas a perda dos bens em favor do Estado, e não a privação de liberdade.<sup>20</sup>

Sob esse prisma, ainda que se desloque a natureza jurídica para a medida de segurança, não há como essa concepção fugir às limitações impostas ao poder punitivo estatal, especialmente os princípios constitucionais de índole penal e processual penal.

Por essa razão, há quem defenda a medida como instrumento não penal, administrativo portanto. A ideia passa necessariamente pela concepção de que o confisco estendido não guarda relação direta com a prática de um crime. Trata-se de medida administrativa impulsionada pela prática de um crime anterior que remete o acusado na posse de bens incongruentes, anormais pelo rendimento declarado.

Portanto, a medida administrativa nasce no exato momento em que o pressuposto principal é preenchido, qual seja, a incongruência patrimonial do acusado, anteriormente condenado pela prática de um crime, que não guarda relação direta com a medida de constrição.

Essa é a posição encampada por Damião da Cunha, ou seja, a de que o confisco estendido é medida de natureza materialmente administrativa, aplicada por ocasião de um processo penal.

20 GODINHO, Jorge. *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. 2013. Coimbra Editora, p. 1.349.

Entender ser a medida de cunho especificamente administrativa implicaria responder a perguntas que poderiam ir além dos resultados positivos que a medida poderia trazer, ou seja, poder-se-ia provocar mais entraves e problemas do que aqueles que a proposta pretende solucionar.

Por outro lado, inclinar-se como uma simples medida penal, como consequência da pena, seria inviabilizar materialmente o instituto, seria condená-lo a nascer atrofiado, ineficaz.

Por tudo, preferimos a posição intermediária, ou seja, o confisco estendido como medida *sui generis* que não guarda relação direta com o processo penal, apesar de ter de respeitar alguns de seus princípios básicos, como o contraditório e a ampla defesa. Por outro lado, aproxima-se da posição administrativa pela concepção do impulso inicial, ou seja, uma vez condenado o arguido por um dos crimes previamente previstos em rol taxativo constante de lei ordinária, há possibilidade de impulso, pelo Ministério Público, de liquidação dos bens incongruentes do sujeito, abrindo para este a possibilidade de provar durante o processo que tais bens foram adquiridos de forma lícita.

Nesse sentido, ainda como medida *sui generis*, é aceitável que o Magistrado que elaborou o decreto condenatório acerca do crime anterior seja o próprio a conduzir, juntamente com a provocação do Ministério Público, o procedimento de perda dos bens e vantagens do patrimônio incongruente, proporcionando ao arguido o momento certo para provar a sua origem.

Portanto, a proposta seria a condução, pelo magistrado, de um procedimento não penal, com contraditório e ampla defesa acerca da elucidação da licitude dos bens incompatíveis com os vencimentos formais e devidamente declarados à Receita Federal por parte do arguido.

Assim, a defesa estaria adstrita aos pressupostos do próprio confisco estendido e focada na prova da licitude dos bens do arguido, a qual, se demonstrada, levaria a extinção da medida.

O confisco estendido dependeria, portanto, da cumulação de dois requisitos essenciais:

- a) condenação penal definitiva, com trânsito em julgado, por um dos crime do rol taxativo<sup>21</sup>;

---

21 Lei a ser elaborada pelo legislador.

b) prova indiciária da posse e domínio jurídico e fático do condenado sobre um patrimônio incongruente com seus rendimentos lícitos conhecidos<sup>22</sup>.

Após preenchidos os requisitos, o Ministério Público iniciaria o procedimento de perda estendida, o qual teria como presidente o próprio Magistrado que elaborou o decreto condenatório do crime do rol, antecedente.

Por essa razão, no exato entendimento dos procuradores do Ministério Público de Portugal, há necessidade de preparação dos membros do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário para a hercúlea tarefa de conduzir duas investigações de grande complexidade: aquela tendente a responsabilização criminal do arguido e aquela que visa garantir a efetividade da declaração de perda<sup>23</sup>.

Dessa forma, denota-se que o procedimento de perda estendida se basta pela condenação em primeira instância por um dos crimes do catálogo, com provas indiciárias do patrimônio anormal do condenado, não abrindo espaço para princípios como *indubio pro reo*, *nemo tenetur se detegere*, presunção de inocência ou demonstração de culpa pela auferição do dito capital, porque a medida não tem natureza jurídica penal, mas é *sui generis*.

A lei portuguesa, prevê possibilidade processual de exercer o confisco alargado antes mesmo da primeira sentença penal condenatória, mas condicionando os efeitos da medida de confisco à posterior condenação penal.<sup>24</sup>

## 4 Conclusão

A sustentabilidade de uma organização criminoso está ligada diretamente com a possibilidade efetiva de lucrar e com o aporte financeiro às novas formas de delinquir.

Ressalta-se que a criminalidade econômica e reditícia está revestida pela obtenção de vantagens, rendas, lucros e por seu reinvestimento. A norma jurídica penal que busca conter essas práticas criminosas não tem obtido eficácia,

22 CAEIRO, Pedro. Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com Outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 21, 100, janeiro e fevereiro de 2013, pág. 494.

23 RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis. Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira. Viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP), 2013, p. 15.

24 Lei nº 5, de 11 de janeiro de 2002, artigo 1, nº 2, de 11 de janeiro.

porque o comando normativo somente prevê, como efeito extrapenal de uma sentença condenatória, a perda de produtos e instrumentos do crime.

Todavia, está devidamente acentuado que esse efeito não tem a dimensão e o alcance que se busca na prevenção e na repressão a esse tipo de criminalidade.

O que se pretende, então, como medida apta e efetiva, é demonstrar aos atores desses tipos penais que o crime não deve compensar. Está demonstrado que as tradicionais medidas de natureza patrimonial não cumprem a contento sua função.

É inquestionável que o homem, como ser livre, dotado de personalidade e de livre arbítrio, encara o crime como fenômeno social, uma autogratificação indesejada pela sociedade.

A prática criminal, nesse contexto, visa a coibir as condutas desviadas com instrumentos que privam a liberdade de seus infratores ou mediante aparelhos preventivos ou repressivos, no intuito de manter a paz social do Estado Democrático de Direito.

Assim, denota-se que o crime, por ser uma forma de autogratificação para seu autor, é, conseqüentemente, uma forma de compensação, isto é, ninguém pratica um delito econômico sem antes ter elaborado intelectualmente as possibilidades de ganhos em contraposição com as possibilidades efetivas de privação de liberdade.

Esse raciocínio criminal tem revelado experiências que fogem a sua regra – possibilidade de ganho com possibilidade de prisão, especialmente por três elementos:

- 1) o mais corriqueiro está no elevado índice de impunidade, ou seja, o grau ou a possibilidade de ser preso é muito menor que os ganhos ou a compensação com o crime;
- 2) outro guarda relação direta com a psicologia, ou seja, é uma ligação psicológica entre o autor do delito e sua satisfação pessoal, sendo que esta atinge um grau muitíssimo elevado em relação a eventual cominação penal, sendo totalmente incapaz de desmotivá-lo;
- 3) outros são casos em que o agente infrator elabora uma análise diferente do Estado no que se refere à regra compensação *versus* possibilidade de prisão. Nessa visão, a pena passa a funcionar como um custo e, eventualmente, como um benefício econômico para o Estado.

É aqui que o conteúdo do tema passa a despertar interesse, justamente porque a perda das vantagens eventualmente trazidas pelo crime deve estar ligada com o adágio “o crime não compensa”, o qual passa a ter um conteúdo eminentemente normativo e valorativo: “o crime não deve compensar”.

Logicamente que não se está pretendendo mudar o foco da proteção de bens jurídicos, incessantemente buscado pela norma penal, tampouco macular as garantias individuais proporcionadas pelo direito penal e processual penal em substituição a perda de bens, mas sim que é perfeitamente possível a coexistência dessas duas categorias – a perda de bens e as garantias constitucionais em prol do reforço às novas categorias jurídicas e espécies de perda de bens.

Assim, a análise atual, especialmente quando se pensa na criminalidade econômica e redicítica, é “o crime não deve compensar economicamente, porque a probabilidade de auferir lucros com a atividade ilegal é menor, se comparada com a pena patrimonial consequente – perda dos bens”, isto é, o paradigma que deve nortear o criminoso econômico não deve ser a pena privativa de liberdade somente, mas, aliada a esta, a efetividade da pena patrimonial.

Não se propõe, nesse novo cenário de combate à criminalidade econômica e redicítica, o desligamento da pena privativa de liberdade. Na verdade ela precisa estar ao lado do confisco de bens, seja para estancar os benefícios trazidos pelo crime, impedindo novos “investimentos” a outras modalidades criminais, seja para se proceder à devida indenização às eventuais vítimas.

A “nova” política criminal que pretende fazer frente à criminalidade redicítica e buscar a tão sonhada paz jurídica deve-se pautar, necessariamente, pelo confisco dos instrumentos, dos produtos e pelas vantagens do crime.

Não é aceitável que o sistema penal puna determinadas condutas como fatos típicos, ilícitos e culpáveis e, ao mesmo tempo, faça “vista grossa” para angariação, manutenção e aproveitamento com as vantagens desse crime – agora, as questões de processo penal e perda patrimonial fazem parte do mesmo problema.

Portanto, a comprovação para a sociedade de que o crime econômico não deve compensar está ligado diretamente a efetividade que essa mesma sociedade dá à perda dos bens provenientes do crime.

Assim, a medida de confisco, de um modo geral, deve-se pautar por dois objetivos centrais: a) anular os benefícios econômicos do crime; b) colocar o condenado na situação patrimonial anterior à de sua prática, reforçando a

noção predominante da sua natureza jurídica, qual seja, preventiva. Com isso, demonstra-se ao autor que a prática de crimes não é a modalidade de acumular patrimônio e reafirma-se o valor da norma penal perante toda a comunidade.

## Referências

- BECKER, G. S. **Crime and Punishment: an economic approach**. Journal of Political Economy. V. 76, n. 1, 1968.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. **El Comiso de Ganâncias: butas o netas?** *In*: La Ley. Número 7.569, 15 de febrero de 2011, p.1 e ss; MAUGERI, Anna Maria. *Op. cit.* p. 165 e ss; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Op. cit.* p. 1 e ss; CAEIRO, Pedro. 2012.
- CAEIRO, Pedro. **Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com Outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia** (em especial os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ilícito). *In*: Revista Brasileira de Ciências Criminas, RBCCrim n. 100, São Paulo: RT, 2013.
- GICO JÚNIOR, Ivo T. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**, 2010.
- GODINHO, Jorge. **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra Editora, 2013.
- LAUREANO, Abel. **Dois Institutos da “Cooperação Judiciária em Matéria Penal” na União Europeia: reconhecimento mútuo de decisões penais e harmonização de legislações penais**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 283-308, jan./jun, 2010.
- LINHARES, Sólón Cícero. **O Branqueamento de Capitais, a Prova Indiciária e os Princípios da Legalidade e Ampla Defesa**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 65-80, jan./jun., 2010.
- MAUGERI, Anna Maria. **Le Moderne Sanzioni Patrimoniali tra Funzionalità e Garantismo**. Milano: Giuffrè, 2001.

POSNER, Richard. **El Análisis Economico del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

RIBEIRO, Pereira Márcia Carla. **O que É Análise Econômica do Direito – Uma introdução**. (Coord. Vinícius Klein)

RIOS, Rodrigo Sanchez e PUJOL, Luiz Gustavo. **A Nova Dimensão do Confisco de Bens Oriundos da Criminalidade Reditícia e a Atuação Defensiva à luz do Estatuto da Advocacia**. 2014.

RODRIGUES. Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis. **Recuperação de Activos na Criminalidade Econômico-Financeira – Viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão**. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP), 2013.

SCHAEFER, José Gilberto e SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **Economia do Crime: elementos teóricos e evidências empíricas**. Porto Alegre, ano 19, n. 36, setembro, 2001.

# Declinação de Ofício das Execuções Fiscais Ajuizadas pela Fazenda Pública em Local Diverso do Local de Domicílio do Réu

George Barbosa Jales de Carvalho\*

*Introdução. 1 Da execução fiscal da Fazenda Pública Federal. 1.1 Procedimento. 1.2 Certidão da Dívida Ativa e ajuizamento da execução fiscal federal. 2 Foro competente para ajuizamento da ação de execução fiscal da Fazenda Pública Federal. 2.1 Considerações iniciais sobre a competência. 2.2 Competência para ajuizamento da ação fiscal da Fazenda Pública Federal. 2.3 Competência delegada à Justiça estadual. 2.3.1 Corrente que acolhe a competência delegada como competência relativa. 2.3.2 Corrente que acolhe a competência delegada como competência absoluta. 2.3.3 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. 2.3.4 Da entrada em vigor da Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014 – Alteração do artigo 15 dessa lei. 3 Considerações finais.*

## Resumo

Tema com especial aplicação no âmbito jurisprudencial, com pouca abordagem da doutrina, diz respeito à possibilidade de o juiz federal declinar de ofício para o juízo estadual, nas ações fiscais ajuizadas pela Fazenda Pública Federal. Trata-se dos casos em que a vara federal não esteja localizada no domicílio do executado. É no intuito de tentar esclarecer essa questão que o presente artigo irá se concentrar nesse tema, trazendo as divergências jurisprudenciais pertinentes, a fim de promover o debate científico acerca da competência delegada introduzida pela Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966. Por fim, apresentam-se linhas conclusivas

---

\* Procurador Federal. Mestrando em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS).

acerca do tema, demonstrando-se a total incoerência do recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do REsp 1.146.194/SC ante o novo cenário do processo civil vigente no Brasil.

**Palavras-chave:** Competência. Fazenda Pública. Declinação. *Ex officio*.

### ***Declination Letter Tax Foreclosures Filed by the Public Treasury Federal in Place Other than the Domicile of the Defendant***

#### ***Abstract***

*Theme with little doctrinal approach, but with special application in the judicial context, concerns the possibility of a federal judge to officially decline in state court, the tax claims filed by Federal Treasury. These are cases where the federal court is not located in the same city of the convicted. This article is focused on clarifying this matter, bringing in its content the jurisprudential disagreements on the topic, in order to promote a scientific debate about the delegated powers introduced by Law No. 5.010/66. Finally, it presents conclusive lines on the subject, demonstrating the overall inconsistency of the recent positioning of the Superior Court of Justice (STJ), in the trial of Resp 1.146.194/SC considering the new scenario of the current civil procedure in Brazil.*

**Keywords:** *Competence. Treasury declination. Ex officio.*

## **Introdução**

Consoante determinado no art. 131 da Constituição Federal de 1988, a cobrança da dívida ativa fiscal federal é realizada pela Advocacia Geral Federal, por intermédio da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, da Procuradoria Geral Federal e da Procuradoria Geral da União. Tal cobrança é disciplinada pela Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, que estabelece os procedimentos a serem seguidos pelos agentes envolvidos.

Comumente, por uma questão de maior comodidade e economicidade, a União Federal, por intermédio de suas Procuradorias, ajuíza as ações executivas fiscais nas varas federais próximas ao domicílio do executado, mesmo que o devedor tenha domicílio em local diverso daquele que é sede do órgão da Justiça federal.

A Lei nº 6.830, de 1980, é omissa em relação ao foro competente para ajuizamento dos executivos fiscais. Remete-se, então, à Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, que fixa o foro competente, estabelecendo que é da Justiça estadual, por delegação, a competência para julgar e processar as ações em face dos devedores domiciliados nas respectivas comarcas, desde que, na comarca, não haja nenhuma vara federal.

Questão interessante, objeto do presente estudo, diz respeito à possibilidade de juízes federais, uma vez ajuizada a ação executiva fiscal perante a Justiça federal, declinarem de ofício da competência para processar e julgar a ação, sob a alegação de que o órgão competente seria o da Justiça estadual, sob o fundamento de que esse órgão teria competência absoluta para aquela demanda, haja vista a delegação prevista pela Constituição da República (art. 109, § 3º), sendo o mesmo o local do domicílio do devedor.

Antes de adentrar o tema objeto do estudo, faz-se necessário demonstrar a dinâmica da formalização da dívida ativa fiscal federal e o procedimento para fins de cobrança dessa dívida no âmbito judicial.

## 1 Da execução fiscal da Fazenda Pública Federal

A Lei nº 6.830, de 22 setembro de 1980, conhecida como Lei de Execução Fiscal (LEF), segundo Marcos Cavalcanti<sup>1</sup>, é a norma de regência processual para a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e das respectivas autarquias, aplicando-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil (CPC). Explica ainda o referido autor que o termo cobrança da dívida da Fazenda significa o conjunto de ações do fisco na esfera administrativa, com a anterior inscrição do crédito tributário para promoção da execução fiscal, visando à arrecadação do erário.

---

1 ALBUQUERQUE, Marcos Cavalcanti de. Lei de Execução Fiscal – Interpretação e jurisprudência. São Paulo: Madras Editora, 2007, p. 21.

Temos, portanto, a LEF como principal instrumento normativo disciplinador da cobrança dos executivos fiscais, sendo aplicado, de maneira subsidiária, o CPC. Tal procedimento especial pode ser utilizado tanto pela União, estados e municípios, como pelas suas autarquias, fundações e agências reguladoras para cobrança de créditos de natureza tributária ou não.

## 1.1 Procedimento

O executivo fiscal federal tem início no âmbito administrativo, mediante a atuação da autoridade administrativa fiscal. Tal procedimento é regulado pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que, no seu art. 7º, estabelece:

Art. 7º O procedimento fiscal tem início com:

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

Tratando-se de execuções fiscais tributárias, é aplicado subsidiariamente o art. 196<sup>2</sup> do Código Tributário Nacional (CTN). Já no caso das execuções fiscais de natureza não tributária (definidas no § 2º do art. 39 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964), o processo administrativo de constituição do crédito é regulamentado, no caso das entidades federais, de acordo com a legislação aplicada à autarquia, à fundação ou à agência, como a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que trata da cobrança das multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico (Cade).

Após o término do processo administrativo fiscal, caso não haja pagamento, o débito é inscrito em dívida ativa, mediante a elaboração de Termo de Inscrição em Dívida Ativa<sup>3</sup> que antecede a Certidão da Dívida Ativa (CDA). Caso o valor

---

2 Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

3 No âmbito tributário, os requisitos do termo vêm disciplinados no art. 202 do Código Tributário Nacional (CTN).

apurado seja inferior a R\$1.000,00, tratando-se de débito da União Federal, não haverá inscrição em dívida (Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012).

## 1.2 Certidão da Dívida Ativa e ajuizamento da execução fiscal federal

A CDA, como bem explanado por Marilei Fortuna Godoi<sup>4</sup>, constitui-se em um título executivo extrajudicial, consoante determinado no inciso VII do art. 585 do CPC, sendo dotada de certeza, liquidez e exigibilidade (art. 204 do CTN e art. 3º da LEF).

A petição inicial deverá obedecer ao disposto no art. 6º da LEF, devendo ser instruída com a CDA. Marilei Fortuna Godoi<sup>5</sup> elucida que a CDA e a petição inicial podem ser formadas em único documento, por meio de processamento eletrônico, bem como podem existir várias CDAs e uma única inicial, desde que se trate do mesmo devedor.

Humberto Theodoro Júnior<sup>6</sup> cita o caso dos acórdãos dos Tribunais de Contas da União, dos estados e municípios, que, apesar de serem títulos executivos extrajudiciais, se forem inscritos em dívida ativa, devem ser regulados pela Lei nº 6.830, de 1980.

Cumprido ressaltar que, no âmbito federal, há limite para ajuizamento da execução fiscal (Portaria MF nº 75, de 2012, e Portaria AGU nº 377, de 25 de agosto de 2011). Tratando-se de dívida ativa da União cuja competência seja da Procuradoria da Fazenda Nacional, só haverá ajuizamento da ação executiva fiscal se o débito for superior a R\$20.000,00.

Caso a competência seja da Procuradoria Geral da União, o débito tem de ser superior a R\$10.000,00, sendo esse limite reduzido para R\$5.000,00 caso seja multa resultante do exercício do Poder de Polícia ou originada do Tribunal de Contas da União (TCU).

---

4 GODOI, Marilei Fortuna. Execução Fiscal Aplicada. MELO FILHO. In: José Aurino de (coord.) Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 55.

5 *Ibid.*, p. 36.

6 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lei de Execução Fiscal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 16-17.

Por fim, no caso de a competência para ajuizamento e execução ser da Procuradoria Geral Federal, o limite para ajuizamento é de R\$5.000,00, reduzindo-se para R\$500,00, quando se tratar de dívida de multa resultante do exercício do Poder de Polícia.

## 2 Foro competente para ajuizamento da ação de execução fiscal da Fazenda Pública Federal

### 2.1 Considerações iniciais sobre a competência

Entre as atividades constitucionais do Poder Judiciário, está prevista a função de exercer a atividade jurisdicional dentro do território nacional. A fim de otimizar tal atividade, constituiu-se o instituto jurídico da competência como forma de “dividir” entre os diversos órgãos judiciais uma parcela dessa atividade jurisdicional. Cassio Scarpinella Bueno<sup>7</sup> define a competência como a medida da jurisdição, ou seja, é a referência de quantidade de jurisdição que pode e deve ser exercida pelo juiz no julgamento de uma lide. É a forma pela qual se reparte, entre os diversos órgãos jurisdicionais, o seu exercício.

Vicente Greco Filho<sup>8</sup> entende que a competência é o poder que tem o órgão jurisdicional de fazer atuar a jurisdição diante de um caso concreto. Decorre esse poder de delimitação prévia, constitucional e legal, estabelecida conforme critérios de especialização da Justiça, distribuição territorial e divisão de serviço.

A fixação de determinada competência para os diversos órgãos jurisdicionais decorre da impossibilidade de único juízo decidir as milhares de lides existentes bem como da necessidade de se aperfeiçoarem tais órgãos, especializando-os, para que pudessem decidir de maneira mais adequada.

Coube à doutrina classificar os diversos tipos de competência, merecendo destaque a classificação que leva em consideração a possibilidade de modificá-la. Trata-se de competência absoluta e competência relativa.

---

7 BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil. Vol. 1, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9.

8 GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. 1. 19 ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 172.

A competência absoluta, segundo Vicente Greco Filho<sup>9</sup>, é aquela que não pode ser modificada pelas partes ou por fatos processuais, como a conexão ou a continência. A incompetência absoluta pode ser reconhecida de ofício pelo juízo, independentemente de arguição da parte.

Aduz o referido autor que a competência relativa, ao contrário da absoluta, possibilita sua alteração, nos casos de prorrogação (art. 114 do CPC) ou derrogação por meio de cláusula contratual firmada pelas partes (art. 111 do CPC), por inércia da parte (ausência de apresentação de exceção por parte do réu) ou por fatos processuais, como a conexão ou a continência (art. 105 do CPC).

Temos, portanto, que um traço diferenciador marcante entre a competência absoluta e a competência relativa é o fato de a absoluta não poder, em nenhuma hipótese, ser modificada, além de ser possível o juiz incompetente declinar de ofício (art. 113 do CPC), e a competência relativa poder ser modificada nas circunstâncias acima citadas, não sendo possível, a não ser na hipótese de nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão (§ único do art. 112 do CPC), o juiz declinar de ofício.

Nosso CPC tratou de definir em quais situações temos a incompetência absoluta e em quais temos a incompetência relativa. Conforme disposto no art. 111, a competência fixada em razão da matéria e da hierarquia é tida como absoluta. Já a competência fixada em razão do território e do valor é tida como relativa.

Apesar de não estar explicitada no CPC, a doutrina processualista é quase unânime em determinar que a competência determinada em razão da função também é tida como absoluta.

Nesse sentido, Scarpinella Bueno<sup>10</sup> explica que a competência funcional é aquela definida em razão da especificidade funcional exercida por um órgão jurisdicional dentro do processo.

A par de tais considerações teóricas, passamos a analisar o ponto relevante, e objeto deste estudo, no que diz respeito à possibilidade de o juiz federal declinar de ofício para a Justiça estadual nos processos de execução fiscal ajuizadas pela Fazenda Pública Federal, todas as vezes em que a vara federal em que exerce sua atividade não corresponder à do domicílio do executado.

---

9 *Op. cit.* p. 210.

10 *Op. cit.* p. 15-16.

## 2.2 Competência para ajuizamento da ação fiscal da Fazenda Pública Federal

Tratando-se da competência para ajuizamento da ação de execução fiscal, a Lei nº 6.830, de 1983, foi omissa. Parte considerável da doutrina, como Humberto Theodoro Júnior<sup>11</sup>, entende que, nesse caso, deve ser aplicado subsidiariamente o CPC, especificamente o art. 578.

O art. 578 do CPC estabelece que o foro competente para ajuizamento das ações de execução fiscal será o do domicílio do réu.

Art. 578. A execução fiscal (art. 585, VI) será proposta no foro do domicílio do réu; se não o tiver, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado.

Parágrafo único. Na execução fiscal, a Fazenda Pública poderá escolher o foro de qualquer um dos devedores, quando houver mais de um, ou o foro de qualquer dos domicílios do réu; a ação poderá ainda ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o réu, ou, ainda, no foro da situação dos bens, quando a dívida deles se originar.

Portanto, temos como regra geral que a execução fiscal será ajuizada no domicílio do devedor, salvo se ocorrerem algumas das hipóteses previstas no art. 578, parágrafo único, do CPC.

Ressalte-se, que, por força do art. 87 do CPC e da Súmula 58 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nem mesmo a alteração do domicílio do executado poderá alterar a competência, já que ela é fixada no momento da propositura da ação.

A Jurisprudência do STJ, nos termos do CC nº 101.222/PR e do REsp nº 1.120.276/PA, é pacífica, no sentido de ser o domicílio do executado o foro competente para ajuizamento da ação de execução fiscal.

---

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 71.

## 2.3 Competência delegada à Justiça estadual

Tratando-se de execuções propostas pela Fazenda Pública Federal, dispõe o art. 109 da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) sobre as causas em que a Justiça federal é competente para atuar. No mesmo artigo, no parágrafo terceiro, a Carta Magna possibilitou ao legislador infraconstitucional editar leis que possibilitem a delegação da competência da Justiça federal para a Justiça estadual, *in verbis*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

§ 3º. Serão processadas e julgadas na Justiça Estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do Juízo Federal e, se verificada essa condição, *a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela Justiça Estadual* (grifo nosso).

Recepcionada pela CF/1988, a Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, em consonância com § 3º do art. 109 da CF/1988, em seu art. 15, inciso I, possibilitou que a Justiça estadual fosse competente para processamento e julgamento das ações de execução fiscal ajuizadas pela Fazenda Pública Federal em face de devedores com domicílio em comarca onde não haja seção ou subseção da Justiça federal:

Art. 15. Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (artigo 12), os Juízes Estaduais são competentes para processar e julgar:

I - os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas respectivas Comarcas;

Trata-se de uma competência delegada que abrange, segundo Eduardo Rauber Gonçalves<sup>12</sup>, não só a ação de execução fiscal, mas também todas as ações conexas ao feito, como embargos de execução e embargos de terceiro.

Tem-se, portanto, como regra, que, no caso das ações de execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública Federal, o ajuizamento da ação de execução fiscal se dá no domicílio do devedor, independentemente de existir ou não uma vara federal instalada.

### 2.3.1 Corrente que acolhe a competência delegada como competência relativa

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes<sup>13</sup> entende que competência do órgão estadual investido da delegação federal é ditada pelo critério territorial, sendo, por conseguinte, relativa.

Nesse diapasão, considerando que a competência para ajuizamento da ação de execução fiscal é baseada no critério territorial, pode-se deduzir que essa competência é de índole relativa, que consequentemente se prorrogará, caso a parte executada não apresente a exceção de incompetência no prazo legal, sendo vedado ao juiz declinar de ofício.

No mesmo sentido entende Felipe Caminha<sup>14</sup>, ao afirmar que a incompetência somente poderá ser reconhecida pelo órgão jurisdicional nas situações em que intentada exceção de incompetência pelo devedor, sendo, portanto, inviável reconhecê-la *ex officio*.

Ora, como exposto anteriormente, se a competência é territorial e não pode ser decretada de ofício, caso uma ação seja proposta em vara federal situada em local diverso do local de domicílio do réu, na hipótese de não existir vara federal no domicílio do executado, o juiz federal, por força do disposto no art. 112 e 114 do CPC, não poderá declinar de ofício.

---

12 GONÇALVES, Eduardo Rauber. Execução Fiscal Aplicada. In: MELO FILHO, José Aurino de (coord.) Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 72.

13 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Competência Cível da Justiça Federal. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos TRIBUNAIS, 2006, p. 138.

14 CAMINHA, Felipe Regis de Andrade. A Questão da Competência Delegada à Justiça Estadual no Processamento das Execuções Fiscais da Fazenda Pública Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3.707, 25 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25105>>. Acesso em: 29 jan. 2014.

Diversos Tribunais Regionais Federais acolhem a tese da competência relativa, o que impossibilitaria a declinação de ofício por parte do juiz federal:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA, ORIGINALMENTE, EM VARA FEDERAL DE CAPITAL - ENVIO DO PROCESSO PARA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA FEDERAL, QUE DECLINA DA COMPETÊNCIA A FAVOR DE JUÍZO ESTADUAL - DEVEDOR DOMICILIADO EM COMARCA DE INTERIOR - COMPETÊNCIA RELATIVA - DECLINAÇÃO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, SÚMULA Nº 33 - APLICABILIDADE. 1 - “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.” 2 - *Proposta Execução Fiscal no Juízo Federal, não é possível ao seu titular, de ofício, declinar da competência, o que somente pode fazer se provocado pelo Executado, quando citado, por ser de natureza relativa.* 3 - Competência do Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, local do ajuizamento.

(TRF-1 - CC: 122253320134010000 MA 0012225-33.2013.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CATÃO ALVES, Data de Julgamento: 24/04/2013, QUARTA SEÇÃO, Data de Publicação: e-DJF1 p.52 de 29/05/2013) (Grifo nosso.)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. COMPETÊNCIA RELATIVA. DECLINAÇÃO “EX OFFICIO” PELO JUÍZO FEDERAL, EM RAZÃO DO DOMICÍLIO DA EXECUTADA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Conflito Negativo de Competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Colônia de Leopoldina-AL, ante o Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, nos autos da Execução Fiscal nº 2008.05.99.001774-7. 2. *A declinação, de ofício, da competência do Juízo Federal em favor do Juízo Estadual da Comarca domicílio da Executada não se faz possível, por se cuidar de natureza relativa, a competência no tocante à Execução Fiscal.* 3. Conflito de Competência que se conhece para declarar competente o Juízo Suscitado (Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Alagoas, localizada em Maceió).

(TRF-5 - CC: 1592 AL 2008.05.99.001774-7, Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, Data de Julgamento: 10/09/2008, Pleno, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 29/09/2008 - Página: 273 - Nº: 188 - Ano: 2008) (Grifo nosso.)

### 2.3.2 Corrente que acolhe a competência delegada como competência absoluta

Aluizio Mendes<sup>15</sup> argumenta que a corrente de estudiosos, da qual fazem parte Patrícia Miranda Pizzol<sup>16</sup> e Juliana Brites Souza<sup>17</sup>, sustenta que a incompetência é tida como absoluta, entende que a competência delegada é funcional, fazendo incidir a primeira parte do art. 111 do CPC, e que todas as disposições previstas na Constituição são inderrogáveis, como no caso do § 3º do art. 109 da CF/1988.

Ocorre que diversos julgados que também entendem que o ajuizamento do executivo fiscal seja feito em vara federal que não seja sede do domicílio do devedor, por implicar incompetência absoluta para processar e julgar o feito pelo órgão federal, declinam de ofício a competência para remeter o feito ao juízo estadual com competência delegada relativo ao foro do domicílio do devedor.

Isso porque, como haveria previsão constitucional para delegação da competência, tratar-se-ia de caso de competência absoluta, podendo ser declinada de ofício. Ademais, no § 3º do art. 109 da CF/1988, há a expressão “serão”, e não “poderão”, o que significa imperatividade, e não faculdade.

Diversos julgados adotam a tese da competência absoluta, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. DEVEDOR DOMICILIADO EM COMARCA QUE NÃO É SEDE DE VARA FEDERAL. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. JUSTIÇA ESTADUAL. SÚMULA 40 DO EXTINTO TFR. ART. 15, I, DA LEI 5.010/66. 1. A competência para processar e julgar execução fiscal movida pela União ou suas autarquias contra executados domiciliados em comarcas em que não há sede de vara federal é da Justiça Estadual (art. 109, § 3º, da CF, c/c art. 15, I, da Lei 5.010/66). Precedente (STJ, REsp 1047303/RS, Rel. Min. Convocado Carlos Fernando Mathias, DJe 19/06/2008). 2. A Súmula nº 40 do extinto Tribunal Federal de Recursos dispõe: “A execução fiscal da Fazenda Pública será proposta perante o juiz de direito da comarca do domicílio do devedor, desde que não seja ela sede de Vara da Justiça

---

15 Op. cit., p. 141.

16 PIZZOL, Patrícia Miranda. A Competência no Processo Civil. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003, p. 455.

17 SOUZA, Juliana Bires Gomes. A Competência Delegada à Justiça Estadual para Propositura de Execuções Fiscais da Fazenda Pública Federal. Revista da SJRJ, vol. 20, n. 38 (2013). Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrrj/article/view/481](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrrj/article/view/481)>. Acesso em: 20/2/2014.

Federal”. 3. *A competência delegada pela Constituição Federal é absoluta e pode ser declarada de ofício pelo julgador.* Precedentes do TRF-1ª. Região. (TRF-1 - AGA: 34243620104010000 PA 0003424-36.2010.4.01.0000, Relator: JUIZ FEDERAL RENATO MARTINS PRATES (CONV.), Data de Julgamento: 14/06/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.154 de 24/06/2013) (Grifo nosso.)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DOMICÍLIO DO EXECUTADO EM MUNICÍPIO QUE NÃO É SEDE DE VARA FEDERAL. COMPETÊNCIA DELEGADA DA JUSTIÇA ESTADUAL. NATUREZA FUNCIONAL E ABSOLUTA. 1- Em interpretação conjunta dos arts. 578 do CPC e 15, I, da Lei 5.010/66 e art. 109, § 3º, da CF/88, verifica-se que a justiça estadual possui competência delegada para processar e julgar as execuções fiscais promovidas pela União e suas autarquias contra devedores domiciliados em comarca que não é sede de vara federal. 2- Trata-se de competência funcional, visto que tanto o Município de São Mateus quanto o de Pinheiros situam-se no mesmo foro - Seção Judiciária do Espírito Santo. Assim, a competência é absoluta e, portanto, declinável de ofício pelo magistrado. Precedentes. 3 - “Se na comarca onde reside o executado não houver vara federal, o juízo estadual passa a ser competente para processar e julgar as execuções fiscais promovidas por conselhos profissionais (art. 109, § 3º, da CF/88 c/c art. 15, I, da Lei n.º 5.010/66), ainda que o município esteja abrangido pela jurisdição de uma subseção judiciária.” (CC 61954/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 353). 4. A jurisprudência dominante desta e. Corte possui entendimento *no sentido de se tratar de competência funcional e, portanto, absoluta, declinável de ofício pelo magistrado*, o que autoriza a utilização do art. 557, caput do Código de Processo Civil. 5. Agravo interno conhecido e desprovido. (TRF-2 - AG: 201302010063239, Relator: Desembargador Federal EUGENIO ROSA DE ARAUJO, Data de Julgamento: 10/07/2013, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 23/07/2013). (Grifo nosso.)

### 2.3.3 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

Durante muito tempo, o STJ acolheu a tese de que a competência delegada tratava-se de competência relativa, não podendo, portanto, o juiz dela declinar de ofício. Nesse sentido, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETENCIA. EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA POR AUTARQUIA FEDERAL FORA DO DOMICILIO DO EXECUTADO. IN CASU, NÃO PODERIA O MM. JUIZ DECLINAR DA COMPETENCIA, SEM OPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO ARGUIDA PELO PROPRIO EXECUTADO, NA FORMA DO ARTIGO 112 DO CPC. CONHECIDO O CONFLITO, PARA DECLARAR-SE COMPETENTE O JUÍZO FEDERAL DA 3A. VARA-MT, SUSCITADO. (STJ - CC: 3023 SP 1992/0010016-3, Relator: Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Data de Julgamento: 16/06/1992, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 17.08.1992 p. 12477). (Grifo nosso.)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. - As execuções fiscais podem ser ajuizadas perante a Justiça Estadual do foro do domicílio do executado, caso a comarca não seja sede de vara federal. - “A competência fixada para o ajuizamento da execução fiscal é territorial e, por conseguinte, de natureza relativa, não podendo ser declinada de ofício”. Enquadrando-se o caso em exame na parte final do § 3º do art. 109 da CF/88 (art. 15, I, da Lei 5.010/66), não resta dúvida que a competência para processar as execuções fiscais propostas pela União ou suas autarquias contra devedores domiciliados em comarcas do interior, onde não haja vara federal, é do Juiz estadual. - A execução fiscal será proposta perante o Juízo Estadual da Comarca do domicílio do devedor desde que não seja sede de Vara da Justiça Federal. (Súmula 40/ex-TFR) - A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício, nos termos da Súmula 33 do STJ”. Inconformismo do juízo para o qual foram remetidos os autos em razão da solução do conflito. Inexistência de conflito entre juiz e o tribunal que lhe sobrepõe com competência de derrogação de suas decisões. Uma vez decidido o conflito de competência, *functus officio est*, devendo o juízo inferior submeter-se à decisão do juízo competente para a solução do incidente processual. A lei processual não prevê o conflito do conflito nem autoriza o juízo competente por força da solução do incidente reavivar a matéria através de *sui generis* recurso. Aplicação do Art. 122 do

CPC. O tribunal ao decidir o conflito, declarará qual o juiz competente, pronunciando-se também sobre a validade dos atos do juiz incompetente. Em consequência, os autos do processo, em que se manifestou o conflito, são remetidos ao juiz declarado competente, encerrando-se o incidente. Conflito que revela insubordinação hierárquica. Não conhecimento do conflito.

(STJ - CC: 33942 RS 2001/0189698-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/03/2002, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 08.04.2002 p. 120RJADCOAS vol. 39 p. 64). (Grifo nosso.)

Entretanto, recentemente, a fim de tentar pacificar a controvérsia existente, o STJ, por meio do julgamento do REsp nº 1.146.194/SC (sem trânsito em julgado em face da interposição de embargos declaratórios), na sistemática do art. 543-C do CPC (Recursos Repetitivos), adotou a corrente que defende ser a competência delegada absoluta, podendo, desse modo, o juiz federal declinar da competência de ofício para a Justiça estadual onde se encontra situado o domicílio do devedor.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).

Na hipótese em que, em razão da inexistência de vara da Justiça Federal na localidade do domicílio do devedor, execução fiscal tenha sido ajuizada pela União ou por suas autarquias em vara da Justiça Federal sediada em local diverso, *o juiz federal poderá declinar, de ofício, da competência para processar e julgar a demanda, determinando a remessa dos autos para o juízo de direito da comarca do domicílio do executado*. Isso porque, nas comarcas do interior onde não funcionar vara da Justiça Federal, os juízes estaduais são competentes para processar e julgar os executivos fiscais da União e de suas autarquias ajuizados contra devedores domiciliados nas respectivas comarcas (art. 15, I, da Lei 5.010/1966). Portanto, a decisão do juiz federal que declina da competência quando a norma do art. 15, I, da Lei 5.010/1966 deixa de ser observada não está sujeita à Súmula 33 do STJ, segundo a qual “a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”. No mesmo sentido é o teor da Súmula 40 do TFR, segundo a qual “a execução fiscal da Fazenda Pública Federal será proposta perante o Juiz de Direito da comarca do domicílio do devedor, desde que não seja ela sede de vara da Justiça Federal”. “Será proposta”, diz o texto, *a significar que não há opção, nem relatividade*. Cabe ressaltar, ademais, que essa regra pretende facilitar tanto a defesa do

devedor quanto o aparelhamento da execução, que assim não fica, em regra, sujeita a cumprimento de atos por cartas precatórias. REsp 1.146.194-SC, Rel. originário Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 14/8/2013 (Grifo nosso.)

O STJ, portanto, em votação não unânime, entendeu que o art. 15 da Lei nº 5.010, de 1966, pretendeu preservar o interesse público, de modo que permitisse ao juiz federal, ao se deparar com ajuizamento de ações de execução fiscal em local diverso do local de domicílio do executado, declinar de ofício e remeter os autos ao juiz de direito da comarca do domicílio do executado.

### 2.3.4 Da entrada em vigor da Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014 – Alteração do artigo 15 dessa lei

Recentemente, com a entrada em vigor da Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014, houve a revogação do inciso I, do artigo 15 da Lei nº 5.010, de 1966, que determinava que o ajuizamento das execuções fiscais federais fosse no domicílio do devedor,

LEI Nº 13.043, DE 13 NOVEMBRO DE 2014.

Art. 114. Ficam revogados:

...

IX - o inciso I do art. 15 da Lei no 5.010, de 30 de maio de 1966.

LEI Nº 5.010, DE 30 DE MAIO DE 1966.

Art. 15. Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (artigo 12), os Juizes Estaduais são competentes para processar e julgar:

I - os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas respectivas Comarcas;

A par de tal alteração legislativa, a decisão do STJ constante no do REsp nº 1.146.194/SC restou prejudicada. Assim, o posicionamento do STJ sobre o tema, deve, em breve sofrer significativa modificação, inclinando-se a tese que permite que o ajuizamento seja proposto em qualquer vara federal.

### 3 Considerações finais

A Lei de Execuções Fiscais é o instrumento legal que rege, de maneira especial, a execução promovida pela Fazenda Pública.

Não se pode negar, que a intenção do legislador infraconstitucional tenha sido atribuir maior celeridade e eficácia ao executivo fiscal, já que o procedimento se diferencia da regra geral estabelecida no CPC.

À luz de tais colocações, ao analisar o recente posicionamento do STJ, no julgamento do REsp nº 1.146.194/SC, percebe-se que nossa corte superior infraconstitucional trilhou o caminho incorreto, pois proporcionará o insucesso de milhares de ações executivas fiscais federais.

Entendemos que a transferência das diversas execuções da Justiça federal para a Justiça estadual vai representar retrocesso no procedimento da execução fiscal federal, ocasionando atraso e possibilidade quase remota de sucesso.

Isso se deve pelo fato de os juízes estaduais se situarem em comarcas, na maioria das vezes, desprovidas de profissionais e recursos materiais apropriados para realizarem os diversos procedimentos expropriatórios exigidos na dinâmica executiva fiscal, tais como número suficiente de oficiais de justiça para efetuar as diligências, precariedade material (ausência de internet) que impede a adoção de procedimentos simples, como penhora *on-line*, ausência de leiloeiros oficiais para presidirem as praças ou leilões.

Em que pese o juiz estadual estar mais próximo do executado, na sistemática atual de pesquisa de bens (penhora *on-line*, Renajud, Rede Infoseg etc.) não há tanta necessidade de várias cartas precatórias, pois as Procuradorias Federais, as Procuradorias da União e as Procuradorias da Fazenda Nacional estão aparelhadas para realizar diligências administrativas sem que seja preciso intervenção judicial.

Outro fator preponderante para atraso das execuções fiscais federais é a ausência de juízos especializados na maior parte das comarcas existentes no Brasil. A maioria das comarcas só dispõe de um juiz, responsável para resolver os diversos conflitos de interesses, sejam de natureza civil, sejam de natureza penal, o que inviabiliza celeridade processual nas ações executivas.

Destaca-se, ainda, que a recente onda de interiorização da Justiça federal não justifica mais essa delegação de competência para a Justiça estadual. Ao entrar

em vigor a Lei nº 5.010, de 1966, a Justiça federal ainda era incipiente, o que justificaria, na época, delegação de competência. Entretanto, em nosso sentir, nos dias atuais essa delegação não se justifica, em face da instalação de centenas varas federais (subseções judiciárias) em diversas cidades do interior do Brasil.

Por fim, a existência dos processos eletrônicos no âmbito da Justiça federal não procede como argumento de que prejudicaria o executado em realizar sua defesa. Ao contrário, é um fator que o favorece, já que não há mais necessidade de deslocamento para o local do juízo para apresentar sua defesa (embargos, exceção de pré-executividade etc.), que pode ser realizada eletronicamente.

Portanto, ao nosso ver, foi acertada a recente alteração legislativa realizada pelo legislador infraconstitucional por meio da publicação da Lei nº 13.043, de 2014, tendo em vista que o ajuizamento das execuções fiscais por parte da União Federal e suas respectivas autarquias, agências e fundações nas varas federais é a medida mais acertada, pois estaria em consonância com art. 5º, LXXVIII, da CF/1988, no que diz respeito a celeridade e duração razoável do processo.

## Referências

ALBUQUERQUE, Marcos Cavalcanti de. **Lei de Execução Fiscal – Interpretação e jurisprudência**. São Paulo, Madras Editora: 2007.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Portaria AGU 377, de 25 de agosto de 2011. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=102055&id\\_site=1513](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=102055&id_site=1513)>. Acesso em: 20/4/2014.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20/4/2014.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D70235cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm)>. Acesso em: 20/4/2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm)>. Acesso em: 20/4/2014.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 5.010, de 30 de maio de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15010.htm)>. Acesso em: 20/4/2014.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm)>. Acesso em: 20/4/2014.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 20/4/2014.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6830.htm)>. Acesso em: 20/4/2014.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 12.259, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 20/4/2014.

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. Portaria MF n.º 75, de 22 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/portmf075.htm>>. Acesso em: 20/2/2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1120276/PA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9/12/2009, DJe 1º/2/2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. CC: 33942 RS 2001/0189698-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/3/2002, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO. Data de Publicação: DJ 08.04.2002 p. 120RJADCOAS vol. 39 p. 64.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. CC: 3023 SP 1992/0010016-3, Relator: Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Data de Julgamento: 16/6/1992, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO. Data de Publicação: DJ 17.08.1992 p. 12.477.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. CC 101.222/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO. Julgado em 11/3/2009, DJe 23/3/2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.146.194-SC, Rel. originário Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 14/8/2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. CC: 122253320134010000 MA 0012225-33.2013.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CATÃO ALVES. Data de Julgamento: 24/4/2013. QUARTA SEÇÃO. Data de Publicação: e-DJF1 p. 52 de 29/5/2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AG: 34243620104010000 PA 0003424-36.2010.4.01.0000, Relator: JUIZ FEDERAL RENATO MARTINS PRATES (CONV.). Data de Julgamento: 14/6/2013. SEXTA TURMA. Data de Publicação: e-DJF1 p.154 de 24/6/2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AG: 201302010063239 , Relator: Desembargador Federal EUGENIO ROSA DE ARAUJO. Data de Julgamento: 10/7/2013, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA. Data de Publicação: 23/7/2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. CC: 1592 AL 2008.05.99.001774-7, Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo. Data de Julgamento: 10/9/2008, Pleno. Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça. Data: 29/9/2008. Página: 273. Nº: 188. Ano: 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil. Volume 1, 2 ed. São Paulo, Saraiva: 2008.

CAMINHA, Felipe Regis de Andrade. **A Questão da Competência Delegada à Justiça Estadual no Processamento das Execuções Fiscais da Fazenda Pública Federal.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3.707, 25 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25105>>. Acesso em: 29/1/2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro.** Vol. 1, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Competência Cível da Justiça Federal.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos TRIBUNAIS: 2006.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **A Competência no Processo Civil.** São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.

SOUZA, Juliana Brites Gomes. **A Competência Delegada à Justiça Estadual para Propositura de Execuções Fiscais da Fazenda Pública Federal**. Revista da SJRJ. Vol. 20, nº 38 (2013). Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrij/article/view/481](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrij/article/view/481)>. Acesso em: 20/4/2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

# A Execução de Decisões Judiciais contra a Administração Pública em Perspectiva Comparada

Alexandre da Silva Arruda\*

*Introdução. 1 Execução contra a Administração no Direito alemão. 1.1 Antecedentes. 1.2 A jurisdição administrativa na Alemanha. 1.3 O procedimento de execução forçada contra a Administração. 2 Execução contra a Administração nos Estados Unidos da América. 2.1 Imunidade soberana. 2.2 O Ato de Litígios Contratuais de 1978. 2.3 Ato de Tucker 12. 2.4 Ato de Demandas Extracontratuais. 2.5 Execução de sentenças não pecuniárias contra os Estados Unidos da América. 2.6 Execução de sentenças pecuniárias contra os Estados Unidos da América. 2.7 Execução de sentença no writ of mandamus. 3 Execução contra a Administração Pública na Argentina. 3.1 Antecedentes. 3.2 Execução forçada por quantia certa. 4 Execução contra a Administração Pública no Direito brasileiro. 4.1 Novo cenário após a Emenda Constitucional 62/2009. 5 Conclusão.*

## Resumo

Este texto trata da execução de decisões judiciais contra a Administração Pública no Direito comparado, em especial na Alemanha, nos Estados Unidos da América e na Argentina, por meio da análise da evolução nos campos doutrinário, legislativo e jurisprudencial, para, ao final, extrair paradigmas e conclusões aplicáveis ao Direito brasileiro. Sustenta que o princípio da impenhorabilidade dos bens públicos não é levado ao extremo nos países estudados, os quais permitem a constrição judicial de bens públicos, em dadas condições, nas hipóteses de não cumprimento voluntário de sentença pecuniária

---

\* Juiz Federal. Mestrando em Justiça Administrativa na Universidade Federal Fluminense.

pela Administração, com fundamento no princípio da tutela judicial efetiva. Afirma que o princípio da impenhorabilidade dos bens públicos sempre foi tido como dogma pela doutrina e jurisprudência brasileiras, mas que o panorama se modificou em razão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425. Esse Tribunal julgou inconstitucional o regime especial de parcelamento previsto no art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

**Palavras-chave:** Administração Pública. Execução forçada. Tutela judicial efetiva. Direito comparado. Precatório judicial. Impenhorabilidade. Bens públicos.

### *The Enforcement of Judgments against Public Administration in Comparative Law*

#### *Abstract*

*This paper analyses enforcement of judgments against Public Administration in comparative law, especially in Germany, the United States and Argentina, through the analysis of the doctrinal, jurisprudential and legislative developments as a means to set paradigms and conclusions applicable to Brazilian law. It maintains that the principle of unseizability of public goods is not taken to extremes in the countries studied, which permit judicial constriction of public goods, in given conditions, in case of non-voluntary compliance of judgment by the Public Administration, based on the principle of effective judicial protection. It states that the principle of unseizability of public goods has always been regarded as a dogma by the Brazilian doctrine and case law, but this interpretation has changed since the decision of the Supreme Court in ADI 4357, 4372, 4400 and 4425, which ruled unconstitutional the special installment scheme provided for in article 97 ADCT.*

**Keywords:** Public administration. Forced judicial enforcement. Effective judicial protection. Comparative law. Judicial precatório. Unseizability. Public goods.

## Introdução

A execução de decisões judiciais proferidas contra a Administração Pública recebe diferentes abordagens de acordo com o ordenamento jurídico analisado, como comumente ocorre, sempre que se estudam distintos países, cada um com institutos, história e cultura próprios.

Contudo, o traço comum que se observa no Direito comparado é a busca cada vez maior pela efetividade no cumprimento dessas decisões, como forma de se assegurar o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo.

Nessa perspectiva, a garantia de tutela judicial efetiva, consagrada não apenas do acesso formal aos tribunais, mas, sobretudo, do efetivo controle dos atos do Poder Público, vem-se tornando o elemento central da ordem constitucional de diversos países, em especial nos da Europa, tais como Alemanha, França, Itália, Grécia, Portugal e Espanha.

Tanto é assim, que a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, adotada em 2000 pelo Parlamento Europeu, consagra o direito a uma tutela jurisdicional efetiva em seu artigo 47<sup>1</sup>. Essa Carta passou a ter força vinculante no Direito comunitário europeu após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2007.

No continente americano também verificamos atenção cada vez maior a esse princípio, até mesmo no Brasil, como se mostrará neste trabalho.

Pode-se afirmar, portanto, que o desenvolvimento do princípio da tutela efetiva vem impondo a construção de soluções legislativas e jurisprudenciais tendentes a assegurar efetividade cada vez maior no cumprimento de decisões judiciais em face da Administração Pública, o que, em uma análise mais abrangente, contribui para promover o respeito aos valores essenciais à existência do Estado de Direito.

Com essas considerações, passa-se a analisar a sistemática adotada por diferentes países, para que, ao fim, possamos extrair conclusões e paradigmas que nos possibilitem entender o atual estágio do tema no Direito brasileiro.

---

1 “Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal.”

# 1 Execução contra a Administração no Direito alemão

## 1.1 Antecedentes

Na Alemanha, a possibilidade de execução forçada de decisões judiciais contra a Administração não era uma ideia evidente. Otto Mayer (*apud* Blanke, 2003), um dos precursores do Direito Administrativo alemão, afirmava que a execução forçada contra o Estado feria a sua dignidade, pois este não precisaria ser coagido para satisfazer seu próprio Direito. Por sua vez, o jurista alemão Así Ernst Forsthoff (*apud* Blanke, 2003) afirmava que o Estado seria sempre solvente (*fiscus semper idoneus successor sit et solvendo*), de modo que seria desnecessária a expropriação de seus bens para o cumprimento de decisões judiciais.

Contudo, após a edição da Constituição alemã vigente, em 1949, passou-se a entender que a possibilidade de execução forçada contra o Estado decorre da garantia de acesso ao Poder Judiciário, assegurado pelo artigo 19, IV, da *Grundgesetz* (GG): “Àquele que for lesado em seus direitos pelo poder público, é facultado o acesso à via jurisdicional”.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã extraiu desse dispositivo o direito do indivíduo a uma tutela efetiva de direitos subjetivos, o que abrange não apenas o acesso formal aos órgãos do Poder Judiciário, mas também, principalmente, a pretensão a um controle eficaz, que assegure instrumentos de coação para cumprimento de decisões judiciais, até mesmo em face do Estado.<sup>2</sup>

Ainda que parcela da doutrina alemã interprete restritivamente a expressão “poder público” contida no artigo 19, IV, da Lei Fundamental, de modo que se excluam de seu âmbito de incidência as atividades em que o Estado atue como particular, a Corte Constitucional estabeleceu que a pretensão genérica à tutela jurisdicional decorre também do princípio do Estado de Direito (artigos 20 e 28 GG), do direito geral de liberdade (artigo 2º, I, GG) e da garantia à propriedade (artigo 14, I, GG), o que vem a corroborar a possibilidade de execução forçada contra o Estado, qualquer que seja a sua forma de atuação.<sup>3</sup>

---

2 BverfGE 34, 52, 59;95, 1, 95.

3 BverfGE 54, 277, 291;85, 337, 345 *et seq.*

Não obstante, a execução forçada contra a Fazenda Pública na Alemanha observa regras próprias, distintas das aplicáveis aos particulares, com o objetivo de resguardar o interesse da coletividade e manter a capacidade de funcionamento da Administração Pública.

## 1.2 A jurisdição administrativa na Alemanha

A jurisdição no Direito alemão é dividida em três ramos, que possuem códigos processuais específicos. Assim, coexistem no sistema alemão a jurisdição ordinária (cível e penal), a trabalhista e a administrativa. Esta divide-se em jurisdição administrativa geral, jurisdição social e jurisdição de finanças.

O Código de Processo Civil alemão (ZPO) aplica-se subsidiariamente às hipóteses não contempladas nos códigos processuais específicos dos diversos ramos da jurisdição.

Nessa perspectiva, cada um dos ramos da jurisdição administrativa – geral, social e de finanças – possui normas especiais, que regulam o processo de execução, destinadas a disciplinar o cumprimento das sentenças proferidas nas diversas espécies de demandas existentes no processo administrativo alemão.

O Código de Jurisdição Administrativa (VwGO) prevê três espécies de ações, de acordo com o conteúdo da pretensão deduzida em juízo: ação constitutiva, ação condenatória e ação declaratória.

A ação constitutiva mais relevante no contencioso administrativo alemão é a ação de impugnação (*Anfechtungsklage*<sup>4</sup>), cuja finalidade é a anulação do ato administrativo. Caso a pretensão do autor seja a emissão de um ato administrativo, a ação cabível é a ação de condenação (*Verpflichtungsklage*<sup>5</sup>). Para as demais prestações não incluídas no conceito de ato administrativo, deve ser utilizada a ação condenatória geral (*Allgemeine Leistungsklage*<sup>6</sup>).

---

4 § 42, 1, e § 113, 1 VwGO.

5 § 42, 1, e § 113, 5 VwGO.

6 § 43, 2; 111; 113, 4; 169, 2, 170, 1 VwGO.

### 1.3 O procedimento de execução forçada contra a Administração

O procedimento de execução das sentenças proferidas contra a Administração está disciplinado nos §§ 167 a 172 do VwGO, com aplicação subsidiária do ZPO.

Não há regras específicas para execução das sentenças proferidas em ações de impugnação e de declaração, pois a própria sentença produz o efeito pretendido pelo demandante, constituindo ou declarando a situação jurídica almejada.

No que se refere às sentenças que condenam ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer, a execução se dá por meio de intimação da autoridade competente, para editar o ato administrativo ou para abster-se de realizar a conduta vedada, sob pena de imposição de multa coercitiva. O § 172 do VwGO prevê a possibilidade de fixação de multa de até 10.000 euros, que poderá ser aplicada de forma reiterada, caso persista o descumprimento. A fixação e a execução dessa multa pode ser feita de ofício pelo próprio Tribunal.

Já decidiu o Tribunal Constitucional alemão que o princípio do Estado de Direito exige respeito ao preceito da mais completa proteção jurídica possível, o que significa dizer que o Judiciário deve fazer tudo aquilo que a Administração se recusa a fazer, desde que se apresente como necessário ao pleno gozo dos direitos dos particulares.

Na hipótese de execução de obrigação pecuniária contra a Federação ou um estado, fundada em título originário da jurisdição civil, a execução somente poderá ter início quatro semanas após a manifestação formal do credor dirigida à autoridade que representa a entidade devedora, informando-a de sua intenção de promover a execução.

No caso de execução contra um município, em regra, faz-se necessária a autorização da autoridade administrativa estatal a que o município está subordinado, a fim de fixar os objetos patrimoniais sobre os quais recairá a constrição e o período de tempo em que a execução ocorrerá. É de se ressaltar, contudo, que essa autorização não constitui ato discricionário, uma vez que a autoridade somente poderá recusar a execução na hipótese de verificar a existência de causa excepcional que prejudique o funcionamento da Administração.

Em se tratando de execução por quantia certa fundada em título oriundo da jurisdição administrativa, há disciplina única para todos os entes federados, prevista no § 170 do VwGO.

Antes de iniciada a execução propriamente dita, deve o juízo comunicar sua existência à Administração, exortando-a ao cumprimento espontâneo da sentença, em prazo não superior a um mês. Em que pese a fixação desse prazo pelo § 170, 2, do VwGO, a Corte Constitucional entende que ele pode ser ampliado, em razão das peculiaridades do caso concreto.

Satisfeita a obrigação, ainda que após a apresentação da demanda executiva, o processo é extinto por falta de necessidade da tutela judicial.

Terminado o prazo fixado pelo juízo para cumprimento espontâneo da sentença pela Administração, inicia-se a execução forçada, por meio de ordem judicial que especifica as medidas coercitivas necessárias e determina, ao órgão administrativo competente, o seu cumprimento, sem que haja vinculação a pedidos do credor. Nada impede que o tribunal utilize-se de um órgão auxiliar para concretização das medidas executivas, tais como o tribunal municipal (para efetivação da inscrição em registros de imóveis), o leiloeiro judicial (para a alienação de bens móveis) ou as próprias autoridades administrativas (à semelhança do *commissario ad acta* do Direito italiano<sup>7</sup>).

Ressalte-se, contudo, que o VwGO (§ 170, 3) impede que a constrição recaia sobre bens pertencentes ao domínio público imprescindíveis ao exercício das funções públicas ou sobre bens cuja venda seja contrária ao interesse público, tais como veículos da polícia e dos bombeiros, transportes coletivos, edifícios da Administração, museus. A impenhorabilidade abrange, ainda, os fundos públicos destinados ao pagamento de créditos vencidos, mas não os demais créditos e direitos patrimoniais. Pode-se afirmar, assim, que o Direito alemão somente permite a constrição sobre bens pertencentes ao patrimônio financeiro da Administração, e não ao patrimônio administrativo.

A Administração devedora pode formular objeção unicamente no que se refere à indispensabilidade do bem para cumprimento de suas funções públicas ou quanto ao fato de a alienação ser contrária ao interesse público, cabendo recurso contra a decisão que a rejeitar.

Na prática, a execução forçada somente é levada a efeito em alguns poucos casos, em razão da cultura administrativa dominante de acatamento às decisões judiciais, corolário da estrita observância da Administração alemã ao princípio

---

<sup>7</sup> Na Itália, o juiz administrativo nomeia comissários *ad acta* para exercerem atividades em substituição à Administração inadimplente.

da legalidade, que inclui o dever de cumprir as decisões dos tribunais. Essa cultura encontra suas raízes no consenso formado na sociedade alemã após a Segunda Grande Guerra acerca da necessidade de preservar os direitos fundamentais do indivíduo em face do Estado.

Nesse sentido, já afirmava O. Mayer (*apud* Banke, 2003):

Simplemente torna-se dever das autoridades de finanças zelar para que seja saldada a dívida do Estado. Às responsabilidades funcionais, legais e constitucionais dos funcionários pertence a última palavra. E, por fim, deve tudo isto ser informado por um sadio sentimento de Justiça de parte da coletividade, sem o qual o mais belo direito administrativo nada poderá obter.

A Federação e os estados não podem ser submetidos a processo de insolvência, conforme reconhecido pela jurisprudência da Corte Constitucional e positivado no § 12, I, da Lei de Insolvência (*Insolvenzordnung*). Tal garantia, em princípio, não se estende às demais pessoas jurídicas de Direito Público, como os municípios, salvo se assim determinar a legislação estadual, o que, na prática, comumente ocorre.<sup>8</sup>

Por fim, pode-se afirmar que o Direito alemão busca alcançar o equilíbrio entre a tutela dos direitos subjetivos do cidadão e a continuidade da prestação dos serviços públicos, por meio de um sistema que protege os bens indispensáveis da Administração, mas, por outro lado, permite a expropriação forçada do patrimônio que não esteja afetado ao cumprimento de suas tarefas essenciais.

## 2 Execução contra a Administração nos Estados Unidos da América

### 2.1 Imunidade soberana

O Direito americano adotou a doutrina da imunidade soberana vigente no direito anglo-saxão, em especial na Inglaterra, pela qual o rei não poderia ser

---

<sup>8</sup> Em todos os estados alemães, a legislação exclui o patrimônio dos municípios dos processos de insolvência, à exceção do estado de *Mecklenburg-Vorpommern*.

processado, sem o seu consentimento, perante sua própria corte (conhecida como *The king can do no wrong*). Apesar de não haver norma expressa na Constituição dos Estados Unidos, essa doutrina foi acolhida pela Suprema Corte em 1793<sup>9</sup>. Em 1896, a Suprema Corte estendeu essa proteção aos atos praticados por funcionário público, se a ação afetar as relações dos Estados Unidos ou seus bens<sup>10</sup>. Contudo, o ato ilegal ou que extrapole a autoridade do funcionário não está abrangido pela imunidade soberana.

No âmbito dos estados, em razão da 11ª Emenda à Constituição (EC) americana – que impede o ajuizamento de ações pelos cidadãos contra seu próprio Estado em tribunais federais –, também vigora a regra da imunidade soberana, com a disciplina prevista na respectiva Constituição estadual.

Os Estados Unidos renunciaram a sua imunidade soberana no Ato de Litígios Contratuais de 1978, no Ato de Tucker e no Ato de Demandas.

## 2.2 O Ato de Litígios Contratuais de 1978

O Ato de Litígios Contratuais de 1978 (*Contract Disputes Act of 1978*) é aplicável às controvérsias contratuais entre particulares e órgãos da Administração Pública. Por meio dele, o Poder Executivo renuncia à imunidade soberana e submete-se à jurisdição dos Tribunais Federais. Contudo, faz-se necessário o prévio esgotamento da instância administrativa, antes da instauração de um processo de reparação, exceto nos contratos marítimos.

O ato não se aplica aos contratos celebrados com governos ou órgãos públicos estrangeiros ou organizações internacionais, se o chefe do órgão contratante determinar que essa aplicação é contrária ao interesse público. Por outro lado, suas disposições regem as atividades dos fundos não apropriados sobre os quais os tribunais atualmente possuem jurisdição.

---

9 *Chisholm vs Georgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793)

10 *Stanley vs Swalby*, 162, U.S. 255 (1896)

## 2.3 Ato de Tucker

Por meio do Ato de Tucker (*Tucker Act*), o governo americano renunciou à sua imunidade soberana em litígios fundados na Constituição, em ato do Congresso ou em regulamento de departamento do Poder Executivo, bem como em pretensão de condenação por perdas e danos não baseada em delito civil. Também submetem-se ao ato as controvérsias decorrentes de contratos celebrados com algumas agências do Departamento de Defesa dos Estados Unidos (*Army and Air Force Exchange Service, Navy Exchange, Marine Corps Exchange, Coast Guard Exchange e NASA*).

O Ato de Tucker permite ao tribunal emitir mandados dirigidos a qualquer oficial competente dos Estados Unidos, com as determinações que julgar adequadas e justas, tais como recondução ao cargo e aposentadoria.

O ato pode ser dividido em “*Big*” *Act Tucker*, que se aplica às reivindicações acima de US\$10.000 e dá jurisdição exclusiva ao Tribunal de Ações Federais; e o “*Little*” *Tucker Act* (28 USC § 1346), relativo aos créditos inferiores a US\$10.000, que dá competência concorrente ao Tribunal de Ações Federais e aos Tribunais Distritais.

## 2.4 Ato de Demandas Extracontratuais

O Ato de Demandas Extracontratuais (*Tort Claims Act*) autoriza o ajuizamento de ações civis contra os Estados Unidos, perante os Tribunais Federais, nas hipóteses de ressarcimento de tributos ou qualquer outra ação civil não superior a US\$10.000,00.

O *Federal Tort Claims Act*, promulgado em 1946, ampliou a renúncia da imunidade soberana do governo federal. Ele admite a responsabilidade civil dos Estados Unidos nos casos de danos causados por ato negligente ou doloso ou omissão de qualquer funcionário federal, agindo no âmbito de sua função, nas hipóteses em que uma pessoa privada pudesse ser responsabilizada pela demanda<sup>11</sup>.

---

11 “Public employers shall be liable for injury or loss of property, or personal injury or death caused by the negligent or wrongful act or omission of any employee of the government while acting within the scope of his office or employment, under circumstances where the United States, if a private person would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred.” 28 U.S.C. § 1346 (b).

Há três importantes exceções a essa regra, nas quais a Administração Pública americana não pode ser responsabilizada: a chamada doutrina Feres<sup>12</sup>, que confere imunidade nos casos de ferimentos sofridos por militares em serviço; a discricionariedade, que imuniza os Estados Unidos por atos ou omissões de seus empregados que envolvam decisões políticas, ainda que o funcionário tenha agido de forma negligente no desempenho de seu poder discricionário; e a exceção do delito intencional, que impede ações contra o governo americano por assalto e agressão, entre outros delitos intencionais, a menos que sejam cometidos em razão da aplicação da lei federal ou por funcionários de investigação.

Além dessas exceções, os Estados Unidos não podem ser responsabilizados por juro antes do julgamento ou por danos punitivos (28 USC § 2674); ato ou omissão de um funcionário que atue com o devido cuidado na execução de uma lei inválida ou regulamento (28 USC § 2680); reivindicações decorrentes da perda ou da transmissão negligente de cartas ou material postal; reivindicações decorrentes do lançamento ou cobrança de qualquer imposto ou direitos aduaneiros ou a detenção de quaisquer bens, mercadorias ou outros bens por qualquer funcionário da alfândega; reivindicações causadas pelas operações fiscais do Tesouro; regulação do sistema monetário; reivindicações decorrentes de atividades militares; ou reclamações provenientes de um país estrangeiro.

## 2.5 Execução de sentenças não pecuniárias contra os Estados Unidos da América

As sentenças não pecuniárias (*others than money judgments*) são aquelas que impõem ao réu a obrigação de dar coisa diversa de dinheiro, de fazer ou de não fazer, além das sentenças declaratórias e constitutivas.

As sentenças não pecuniárias são executadas mediante meios livremente estabelecidos pelo juiz, que deve fixar as medidas mais adequadas a cada caso. Não há necessidade de autorização legislativa expressa para fixação dessas medidas, pois se entende que esse é um poder inerente à jurisdição.

---

12 *Feres v. United States*, 340 U.S. 135 (1950).

Esses meios podem ser sub-rogatórios, pelos quais o juiz realiza a prestação devida, substituindo-se ao devedor, ou coercitivos, com as quais ameaça o devedor, a fim de induzi-lo a cumprir a prestação devida.

As medidas coercitivas mais comuns no Direito americano são a prisão civil e a multa.

## 2.6 Execução de sentenças pecuniárias contra os Estados Unidos da América

O procedimento para execução de sentenças por quantia certa contra o governo americano é disciplinado pelo *Code of Federal Regulations* (Pt. 256<sup>13</sup>).

Originalmente, no caso de condenações superiores a US\$100.000, o credor deveria, por intermédio do Tribunal Federal de Demandas, enviar os autos originais da sentença ao Secretário do Tesouro, que solicitava ao Congresso a apropriação do pagamento. Após, o Gabinete-Geral de Contabilidade (*Government Accountability Office* – GAO), órgão vinculado ao Congresso, transmitia um certificado de liquidação ao Departamento de Tesouro.

Com o passar do tempo, como a quantidade de condenações em valor superior a US\$100.000 aumentou consideravelmente, o Congresso transferiu a competência para certificar o pagamento do GAO para o *Financial Management Service*, órgão do Departamento de Tesouro, que faz o pagamento diretamente ao credor, por meio de cheque enviado pela via postal.

Para as condenações inferiores a US\$100.000, o procedimento era semelhante, exceto pelo fato de não haver atuação prévia do Departamento do Tesouro. Atualmente, em razão de não haver mais intervenção do Congresso no pagamento, o procedimento é único independentemente do valor da execução.

Em regra, os recursos destinados ao cumprimento de sentenças judiciais contra a Administração são oriundos de um fundo permanente (*Judgment Fund*). Esse fundo foi instituído em 1956, com o escopo de agilizar os pagamentos e reduzir o lançamento de juros contra o governo (nas hipóteses em que essa incidência seja permitida).

---

13 Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2002-title31-vol2/xml/CFR-2002-title31-vol2-part256.xml>>, acesso em 30/7/2013.

O Fundo de Sentenças não está limitado ao ano contábil, e o Congresso não está obrigado a destinar-lhe recursos anualmente ou de forma periódica. Ele está disponível para pagamento de sentenças que não podem ser apropriadas por outra via ou por um fundo já existente<sup>14</sup>. O órgão cuja atuação gerou a condenação não está obrigado a reembolsar o fundo, salvo disposição legal em contrário.

Admite-se a compensação de dívida do exequente com o governo americano por ocasião do pagamento do valor fixado na condenação. No caso *United States vs Cohen*, o Tribunal Federal de Apelação entendeu que o governo tem o direito de utilizar o valor da condenação para extinguir dívidas do contribuinte.

## 2.7 Execução de sentença no *writ of mandamus*

Nos Estados Unidos, o *writ of mandamus* possui a finalidade de compelir um órgão, um oficial ou um funcionário americanos a cumprir uma obrigação legal. A competência originária para sua apreciação é do Tribunal Distrital, e a ação somente é cabível para a prática de ato não discricionário, tratando-se de instrumento processual subsidiário, ou seja, somente é cabível quando outros meios estejam esgotados<sup>15</sup>.

No que se refere à execução de sentenças que concedem a ordem, a legislação americana autoriza o tribunal a suspender, de ofício ou por requerimento da parte, o ato impugnado, ou a adotar as medidas necessárias para assegurar o direito do autor.

Para isso, o tribunal expede uma ordem de execução (*writ of execution*), que deverá ser cumprida no prazo fixado (comumente trinta dias), sob pena de *contempt of court* e consequente ação indenizatória contra a autoridade responsável.

Em se tratando de situação em que haja perigo de dano irreparável, a parte deve apresentar uma *interlocutory injunction*, que deve ser decidida no prazo de cinco dias.

14 Algumas situações em que não cabe o uso do Fundo de Sentenças: sentenças tributárias, sentenças em ações de desapropriação etc.

15 A Suprema Corte americana estabeleceu orientações sobre os mandados de segurança em *Kerr v United States District Court*, 426 EUA 394, 96 S. Ct. 2119, 48 L. Ed. 2d 725 (1976). Nesse precedente, a Suprema Corte entendeu que o *writ* interposto contra decisão judicial somente seria cabível se o tribunal decidisse erroneamente um problema, se a falha para reverter essa decisão tivesse prejudicado irreparavelmente uma parte e se não houvesse outro método para a correção do ato.

No caso de obrigações de fazer, o tribunal pode estabelecer medidas específicas para cumprimento da obrigação (*dispositive order* ou *remedial decree*), igualmente sob pena de *contempt of court*, tanto contra agentes públicos como contra particulares.

Nas ações coletivas (*class actions*), o Tribunal nomeia um ou mais responsáveis pela execução (*receive* ou *master*) – magistrados, advogados ou profissionais de renomada reputação –, para disporem das faculdades e da estrutura necessárias ao cumprimento da sentença.

### 3 Execução contra a Administração Pública na Argentina

#### 3.1 Antecedentes

Tradicionalmente, o Direito argentino conferia efeito meramente declaratório às sentenças condenatória em face do Estado, com fundamento na Lei nº 3.952, de 27 de setembro de 1900, que permitia o ajuizamento de demandas contra o Poder Público, mas obstava a execução da sentença.

Contudo, a Suprema Corte argentina abandonou essa concepção em 1966, no caso *Pietranera Josefa e outros* contra o governo federal, quando a Corte passou a entender que a Lei nº 3.952, de 1900, tinha por objetivo evitar a perturbação da marcha normal da Administração, mas de forma alguma autorizava o descumprimento de decisões judiciais pelo Estado, sob pena de colocá-lo fora do ordenamento jurídico. Entendeu a Corte que era possível uma intervenção judicial na hipótese de desarrazoada demora da Administração para cumprimento da sentença.

Com esse precedente, passou-se a exigir que o Estado fosse intimado para informar o prazo em que o pagamento seria feito, sob pena de, mantendo-se em silêncio ou fixando um prazo excessivo, o juiz estabelecer o prazo de cumprimento da obrigação.

A Lei nº 23.982, de 23 de agosto de 1991, invocando razões de emergência, estabeleceu a consolidação das dívidas do Estado e dilatou o pagamento por dezesseis anos, permitindo ao credor o recebimento em títulos da dívida pública. O citado diploma legal também estabeleceu o procedimento para a

execução pecuniária em face do Estado, que será adiante analisado. Com essa lei, considera-se definitivamente derogada a Lei nº 3.952, de 1900.

### 3.2 Execução forçada por quantia certa

Com a Constituição de 1994, que estabeleceu a ação de amparo em seu art. 43<sup>16</sup>, a doutrina argentina passou a extrair desse dispositivo o fundamento do direito à tutela judicial efetiva e, como consequência, a possibilidade de o juiz exercer plenamente o seu *imperium*, mesmo em face da Administração Pública.

No plano infraconstitucional, a execução de sentença por quantia certa no Direito argentino encontra-se disciplinada no artigo 22 da Lei nº 23.982, de 1991, já referido anteriormente.

O princípio geral estabelecido nessa norma é que o crédito deve ser satisfeito no exercício financeiro seguinte ao ano de seu reconhecimento definitivo, destacando-se que, na Argentina, o ano orçamentário encerra-se em 30 de novembro. Caso não tenha havido inclusão da verba no orçamento até essa data, a Lei Permanente de Orçamento permite a inclusão no ano subsequente, com o que se admite a dilação do prazo por até cerca de dois anos.

A omissão, negligente ou dolosa, da inclusão no orçamento da verba necessária ao cumprimento de sentença judicial pela autoridade pública poderá causar a sua responsabilização funcional, nos termos do art. 42 da Lei nº 24.156, de 26 de outubro de 1992.

Destaque-se que o prazo de espera não se aplica às ações de desapropriação, por força de norma constitucional expressa que determina a indenização prévia (art. 17)<sup>17</sup>.

Uma vez transcorrido o prazo de pagamento, o credor pode requerer a execução forçada da sentença, que poderá incidir sobre bens móveis e imóveis não afetados ao domínio público.

---

16 “Art. 43. *Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.*”

17 “Art. 17. *La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. (...)*”

Já afirmou a Corte Suprema argentina que um bem estará afetado ao domínio público por um feito ou por uma manifestação de vontade do poder público, quando haja sido incorporado a um uso ou proveito comum.<sup>18</sup> A Corte admite a penhora de dinheiro, como se depreende do seguinte julgado: “O dinheiro, em seu caráter de coisa fungível que pode ser substituída por outra da mesma quantidade, não é equiparável aos bens do Estado afetados a um serviço público” (Julgados: 116:80-81; 119:373).

#### **4 Execução contra a Administração Pública no Direito brasileiro**

No Brasil, a execução de sentenças contra a Administração Pública é tratada de forma assistemática. A execução de sentenças que condenam o Estado a uma obrigação de fazer ou não fazer é disciplinada pelo Código de Processo Civil e segue rito idêntico ao aplicado aos particulares.

No que se refere à execução por quantia certa, há necessidade de observância do regime do precatório judicial, cuja disciplina encontra-se no art. 100 da Constituição Federal.

Ricardo Perlingeiro (2005) afirma que o precatório judicial não constitui procedimento de execução, em razão da impossibilidade de expropriação forçada dos bens do Estado para satisfação do direito do credor. Em sua concepção, trata-se de um procedimento administrativo, de natureza voluntária, uma vez que a satisfação do crédito depende de prévia disponibilidade orçamentária.

No mesmo sentido, é o magistério de Humberto Theodoro Júnior (2005), para quem o procedimento “não tem a natureza própria da execução forçada, visto que se faz sem penhora e arrematação, vale dizer, sem expropriação ou transferência forçada de bens”.

Nessa perspectiva, não se pode falar em execução forçada, pois não há substituição da vontade do devedor pela atividade jurisdicional. Fundada nessa mesma constatação, parcela da doutrina prefere afirmar que se trata de execução imprópria (GRECO FILHO, 2000, p. 94), o que não altera a essência do instituto do precatório.

---

<sup>18</sup> Julgados 149: 71/76 e 161: 420/6.

E isso é assim porque a jurisprudência nacional, fundada no dogma da total impenhorabilidade dos bens públicos, não admite expropriação forçada para cumprimento de decisões judiciais.

Não obstante, recentemente, parcela da doutrina vem reconhecendo a possibilidade, em determinadas hipóteses, de constrição judicial de bens públicos. Ricardo Perlingeiro (1999), de forma pioneira, já sustentava a admissibilidade de penhora sobre bens públicos em obra doutrinária.

A jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal nega-se a autorizar a constrição de bens da Administração Pública para o pagamento de seus débitos, salvo na hipótese de preterição da ordem de precedência dos credores. O acórdão a seguir transcrito ilustra esse entendimento:

Reclamação - Ordem de sequestro de verbas públicas - Trânsito em julgado não caracterizado - ofensa ao entendimento firmado na ADI nº 1.662/SP. 1. Natureza administrativa das decisões da presidência dos Tribunais no cumprimento dos precatórios judiciais, caráter que se estende também às decisões colegiadas dos recursos internos contra elas interpostos. Não há que se falar em trânsito em julgado, pois esse pressupõe decisão proferida por órgão do Poder Judiciário no exercício de sua função jurisdicional. 2. O vencimento de prazo legal para pagamento de precatório não é motivo suficiente para dar ensejo ao sequestro de verbas públicas, uma vez que não se equipara à preterição da ordem de precedência. 3. Reclamação procedente, agravos regimentais prejudicados. (Rcl 2425, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 05-04-2013 PUBLIC 08-04-2013).

Não obstante, em casos excepcionais, nos quais o Poder Judiciário se vê diante da necessidade de conferir efetividade a direitos fundamentais de maior envergadura, como o direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a mitigação do regime constitucional do precatório:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I - O acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação processual que visa assegurar o cumprimento das decisões

judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se existente, seria indireta. II - A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal. III - Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes. IV - Agravo regimental improvido. (AI 553712 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/05/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-09 PP-01777 RT v. 98, n. 887, 2009, p. 164-167).

#### 4.1 Novo cenário após a Emenda Constitucional 62/2009

A EC 62/2009 promoveu várias modificações no regime do precatório judicial, alterando o artigo 100 da Constituição e inserindo o art. 97 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Em apertada síntese, a EC 62/2009 instituiu um regime especial para pagamento dos precatórios dos estados e dos municípios, admitindo parcelamento por até quinze anos dos precatórios vencidos (prorrogando, na prática, o parcelamento de dez anos que havia sido estabelecido pela EC 30/2000). A referida emenda determinou, ainda, que a quitação dos débitos da Fazenda Pública se desse por meio de depósitos mensais em conta judicial administrada pelo Tribunal competente, cujos valores seriam calculados sobre percentual incidente sobre a receita corrente líquida desses entes federativos (variável de 1% a 2%).

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, julgou inconstitucional o regime especial de parcelamento previsto no art. 97 do ADCT. A Corte também reputou inválida a possibilidade de compensação de precatórios judiciais com débitos do exequente perante a Fazenda Pública e a instituição do índice de correção das cadernetas de poupança para atualização do valor devido pela Administração.

Entendeu a Suprema Corte que o regime especial de parcelamento, ao prorrogar por quinze anos o cumprimento de sentenças judiciais transitadas em

julgado, subverteria os valores do Estado de Direito, do devido processo legal, do livre e eficaz acesso ao Poder Judiciário e da razoável duração do processo.

Importante ressaltar que a EC 62/2009 introduziu, no texto permanente da Constituição, a possibilidade de sequestro de verba pública em caso de descumprimento do precatório judicial por ausência de previsão orçamentária, como se pode verificar da nova redação do § 6º do artigo 100:

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.

Ocorre que a eficácia dessa norma havia sido suspensa pela própria EC 62/2009, relativamente aos estados e aos municípios que aderissem ao regime especial, nos termos do § 13 do art. 97 do ADCT:

§ 13 Enquanto Estados, Distrito Federal e Municípios devedores estiverem realizando pagamentos de precatórios pelo regime especial, não poderão sofrer sequestro de valores, exceto no caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e o § 2º deste artigo.

Entretanto, como dito, o regime especial previsto no art. 97 do ADCT foi integralmente declarado inconstitucional pelo STF, mesmo o § 13 acima transcrito, o que significa dizer que, a partir dessa decisão (ou do momento que vier a ser estabelecido pela Corte em razão da possibilidade de modulação de seus efeitos), o § 6º do artigo 100 passou a ter eficácia plena, já que a norma que impedia a produção dos seus efeitos foi eliminada do ordenamento jurídico.

Em consequência, atualmente o texto permanente da Constituição possui previsão expressa de sequestro de valores para pagamento aos credores do Poder Público, não apenas nas hipóteses de descumprimento do parcelamento (como já havia sido fixado em suas disposições transitórias), mas em qualquer caso em que não ocorra o cumprimento da sentença por falta de previsão orçamentária.

Pode-se afirmar, portanto, com a decisão proferida nas ADIs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, o ordenamento jurídico brasileiro admite a execução forçada em face da Administração Pública, na hipótese de falta de previsão orçamentária para o pagamento dos precatórios judiciais.

Entendo não haver nenhum vício na norma constitucional em comento, pois a constrição de bem público para a satisfação de título judicial pode ser prevista até mesmo pelo legislador infraconstitucional, como já ocorre nas hipóteses de execução de quantias consideradas de pequeno valor no âmbito federal, nos termos do artigo 17 da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001<sup>19</sup>, cujo parágrafo 2º estabelece a hipótese de sequestro da quantia em caso de não pagamento no prazo de sessenta dias.

## 5 Conclusão

Como exposto neste artigo, em alguns países, como Alemanha, Estados Unidos e Argentina, o princípio da impenhorabilidade dos bens públicos é mitigado, a fim de se permitir a expropriação judicial em caso de não cumprimento voluntário da sentença pela Administração Pública.

Do mesmo modo, no Direito português<sup>20</sup> e no Direito espanhol<sup>21</sup> admite-se a penhora de bens públicos dominiais para a satisfação do direito do credor fixado no título judicial.

De maneira geral, no Direito comparado concede-se um prazo para que a Administração Pública cumpra espontaneamente a sentença condenatória, por meio da inclusão do valor necessário à satisfação do crédito no orçamento público, à semelhança do que ocorre no Brasil.

Contudo, em caso de inércia da Administração, abre-se a possibilidade de execução forçada sobre seus bens, em regra apenas aqueles não afetados a um serviço ou destinação públicos.

A experiência obtida no Direito comparado revela que a simples possibilidade de execução forçada reduz muito os casos de descumprimento de sentenças

---

19 “§ 2º Desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o sequestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão.”

20 Art. 822, b e art. 823, 1 do Código de Processo Civil português.

21 *Vide* Sentença nº 166/1998 do Tribunal Constitucional Espanhol.

pecuniárias pela Administração, o que termina por gerar uma cultura virtuosa de acatamento às decisões judiciais no âmbito da própria Administração, como bem nos revelam os exemplos alemão e norte-americano, já estudados.

Em nosso país, contudo, a falta de previsão de uma sanção adequada à Administração Pública pelo não pagamento de seus débitos<sup>22</sup>, em especial no âmbito dos estados e dos municípios – maiores renitentes em alocar recursos orçamentários para satisfação integral dos débitos judiciais – contribuiu para descrédito do regime do precatório judicial.<sup>23</sup>

Após a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela EC 62/2009, espera-se que um novo cenário se revele no ordenamento brasileiro, eis que a norma prevista no § 13 do artigo 100 ganhou plena eficácia, permitindo o sequestro da quantia na hipótese de não cumprimento voluntário da obrigação de pagar fixada em sentença condenatória transitada em julgado.

Pode-se afirmar que esse cenário já chega, com grande atraso, ao nosso ordenamento, pois é assente no Direito comparado que a possibilidade de execução forçada contra a Fazenda Pública é consequência indissociável do Estado de Direito e do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que, entre nós, está positivado no inciso XXXV do art. 5º da Carta da República.

Registre-se, ainda, que o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao nosso ordenamento jurídico interno, outorga o direito à tutela efetiva em seu artigo 25 bem como o Código Modelo de Processos Administrativos – judicial e extrajudicial – para Ibero-América, que consagra, no *caput* do artigo 36, o direito à tutela jurisdicional efetiva e estabelece expressamente, em seu parágrafo 3º, que “o Estado garantirá o cumprimento das decisões judiciais contra a Administração”.

Isso é assim porque de nada adiantaria assegurar-se o acesso formal do cidadão ao Poder Judiciário, se não lhe fosse garantida, na mesma medida, a tutela judicial efetiva, capaz de proporcionar, no plano material, a proteção de seus direitos fundamentais ante o Poder Público.

22 A única sanção admitida pelo STF para o caso de descumprimento de precatório judicial – a intervenção federal – não vem sendo admitida nas hipóteses concretas levadas à Corte, sob o fundamento de que não haveria configuração de atuação dolosa e deliberada do ente público com finalidade de não pagamento (veja, entre inúmeros outros precedentes, a IF 3601, Tribunal Pleno, julgado em 8/5/2003).

23 No julgamento conjunto das ADIs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, o relator afirmou que não faltaria dinheiro para o adimplemento dos precatórios, mas sim compromisso dos governantes quanto ao cumprimento de decisões judiciais. Observou-se que o pagamento dos precatórios não se contraporía, de forma inconciliável, à prestação de serviços públicos.

## Referências

- ABERASTURY, Pedro. **Execução Judicial de Sentenças contra o Estado**. Tradução Fernanda Moreira Manhães. *In*: PERLINGEIRO, Ricardo (Org.). **Execução contra a Fazenda Pública**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJE, 2003, p. 41-82.
- BLANKE, Hermann-Joseph. **El Patrimonio Financiero como Bien Público Ejecutable em el Derecho Alemán**. *In*: PERLINGEIRO, Ricardo (Org.). **Execução contra a Fazenda Pública**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJE, 2003, p. 433-447.
- CHU, Vivian; YEH, Brian T. **The Judgment Fund: History, Administration, and Common Usage**. CRS Report for Congress. Disponível em <<http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42835.pdf>>. Acesso em 31/7/2013.
- COHEN, Henry; CHU, Vivian. **Federal Tort Claims Act**. CRS Report for Congress. Disponível em: <<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?Location=U2&doc=GetTRDoc.pdf&AD=ADA499631>>. Acesso em 30/7/2013.
- COLE, Charles D. **Imunidade Soberana e Responsabilidade Civil do Governo Federal dos Estados Unidos da América**. Tradução Brynte Svedberg. *In*: PERLINGEIRO, Ricardo (Org.). **Execução contra a Fazenda Pública**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJE, 2003, p. 83-102.
- GRECO, Leonardo. **Execução de Liminar em Sede de Mandado de Segurança**. *In*: **Execução contra a Fazenda Pública**. Ricardo Perlinger Mendes da Silva (Org.). Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJE, 2003, p. 198-226.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 94.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Contempt of Court – Efetividade da Jurisdição Federal e Meios de Coerção no Código de Processo Civil. Prisão Civil – Tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no Direito brasileiro**. *In*: PERLINGEIRO, Ricardo (Org.). **Execução contra a Fazenda Pública**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJE, 2003, p. 311-333.

PELLEGRINI Grinover, Ada; PERLINGEIRO, Ricardo; ARTAVIA BARRANTES, Sergio; CORREA PALACIO, Ruth Stella; CUEVAS, Euripides; FERREIRA DA SILVA, Carlos Manuel; GARCÍA MORELOS, Gumesindo; GUTIÉRREZ SANZ, Maria Rosa; LANDONI SOSA, Angel; MEDAUAR, Odete; ROBLES GARZÓN, Juan Antonio; SIMONS, Adriáns; SOBA BRACESCO, Ignacio; ZAMORANO, Abel Augusto, **Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América** (Model Code of Judicial and Extrajudicial Administrative Procedures for Ibero-America) (2012). Revista Eletrônica de Direito Processual, v. X, Rio de Janeiro, p. 360-383, 2012. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2250818>>.

PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMANN, Karl-Peter; BLANKE, Hermann-Josef. **Código de Jurisdição Administrativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PERLINGEIRO, Ricardo. **A Justiça Administrativa Brasileira Comparada** (Comparative Administrative Justice in Brazil) (July 3, 2012). Revista CEJ, Brasília, Vol. XVI, nº. 57, p. 6-18, 2012. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2196803>>.

\_\_\_\_\_. **Execução contra a Fazenda** (2003). Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003, Vol. 1, p. 507. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2250859>>.

\_\_\_\_\_. **Redefinição de Papéis na Execução de Quantia Certa contra a Fazenda Pública** (2005). Revista CEJ, Brasília, nº 31, p. 68-74, 2005, pág. 425. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2250524>>.

\_\_\_\_\_. **Execução contra a Fazenda Pública** (1999). Rio de Janeiro: Malheiros.

SOMMERMANN, Karl-Peter. **A Execução Forçada por Quantia Certa contra a Fazenda Pública no Direito Alemão**. In: PERLINGEIRO, Ricardo (Org.). **Execução contra a Fazenda Pública**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003, p. 105-119.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de Execução**. 23. ed., rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2005, p. 425.

# The Central Bank's Role in Consumer Protection: a viable model for Brazil\*

Adriana Teixeira de Toledo\*\*

*Introduction. 1 The Role of Central Banks. 2 Models around the World. 2.1 The UK Model. 2.2 The Ireland Model. 2.3 The USA Model. 3 A Viable Model for Brazil. 4 The Main Tools for Achieving Consumer Protection. 4.1 Enforcement. 4.2 Financial Education and Information. 4.3 Ombudsman Schemes and Mediation. 4.4 Research. 4.5 Banking Codes and other Initiatives. 5 Final Remarks.*

## Summary

This article is the result of research carried out at Queen Mary University of London, between January and March 2014, within the Central Bank's Post-Graduation Programme. In the wake of the 2008 crisis, the review of regulatory models, with special emphasis on consumer banking, has become a subject of debate worldwide. In Brazil, the matter has gained in importance since the release of the National Plan for Citizenship and Consumption (PLANDEC). This article provides an analysis of different models for the supervision of conduct, with a focus on the institutional structures adopted in countries such as the UK, Ireland and the United States of America, which have shown that the "Twin Peaks" model is ideal for their economies. It also evaluates the role of central banks in consumer banking. It describes some of the tools available to regulators,

---

\* Queen Mary University of London  
School of Law.

\*\* Deputy General Counsel of Central Bank of Brazil  
Master in Law & Economics  
Expert in Strategic Management

highlighting the measures for compliance (enforcement) and cultural change essential to the success of the work. In the conclusion, the research proposes the adoption of a model that the author believes to be viable for Brazil, that is, that the Central Bank of Brazil should take an active role in making the changes that may enable the country to achieve a solid, efficient, inclusive and sustainable financial system.

### *Resumo*

*Este artigo é resultado da pesquisa junto à Queen Mary University of London, no período de janeiro a março de 2014, no âmbito do Programa de Pós-Graduação do Banco Central do Brasil. Na esteira da crise de 2008, a oportunidade de revisão de modelos regulatórios, com especial ênfase à questão do consumidor bancário, se tornou tema em debate no mundo inteiro. No Brasil, o tema ganhou ênfase após o lançamento do Plano Nacional de Cidadania e Consumo (PLANDEC). O artigo traz uma análise sobre os diferentes modelos de supervisão da conduta, com foco na estruturação das instituições, adotados em alguns países, como Inglaterra, Irlanda e Estados Unidos, revelando o modelo Twin Peaks como ideal. Avalia o papel de bancos centrais na esfera de defesa do consumidor bancário. Descreve algumas das ferramentas à disposição dos órgãos reguladores, com destaque para as medidas de cumprimento (enforcement) e de mudança de cultura, essenciais no êxito do trabalho. Na conclusão, propõe a adoção de um modelo que a autora acredita ser viável para o Brasil, tendo o Banco Central como protagonista das mudanças que poderão elevar o país a um novo patamar na condução de um sistema financeiro sólido, eficiente, inclusivo e sustentável.*

**Palavras-chave:** *Supervisão de conduta. Consumidor bancário. Órgãos reguladores. Estruturação. Modelo Twin Peaks. Papel de bancos centrais. Ferramentas. Enforcement. Códigos de conduta.*

## Introduction

The international crisis that began in 2008 uncovered grave deficiencies in existing models of financial supervision. There has since been a marked increase in the number of countries seeking to enhance the regulation and structural organisation of bodies involved in overseeing the market. The importance given to finding a new approach to protecting financial consumers is a common concern. In this respect, the separation between prudential supervision and the supervision of the conduct of business has become an important concern. Some countries have created new authorities to oversee non-prudential supervision, working in parallel and in co-ordination with the chief authority in prudential supervision. This model is referred to as “Twin Peaks”.

In the United Kingdom, the Financial Conduct Authority (FCA) supervises conduct and protects consumers; in the United States of America, the Consumer Financial Protection Bureau (CFPB) was created to deal with the matter. Similarly, other important economies, such as Australia, Canada and Singapore, have improved services in order to achieve best practice in consumer protection. In Brazil, such issues have been widely discussed not only due to concern regarding the origin of the crisis, but also in view of the expectations of society and the entities that comprise the National System of Consumer Defense through which the state, by means of regulating bodies, deals with complaints and reports that involve banking contracts. In recent years, financial inclusion has brought about an increase in problems regarding financial relations and the number of complaints. According to the National Bureau of Consumer Protection, based on the Portuguese *Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor*, Senacon's statistics show that banks are in third place in the top ten lists of complaints. In 2012, more than 73,000 complaints against banks were recorded.

Furthermore, financial consumers were the subject of a recent International Monetary Fund (IMF) recommendation. In the conclusion of its Report 12/206 entitled “*Brazil: Financial System Stability Assessment*”, published in 2012 as part of the World Bank's Financial Sector Assessment Program (FSAP), the

IMF recommends, in item 45,<sup>1</sup> that Brazil should improve the provision of protection to financial consumers, and suggests the creation of a department to deal exclusively with this issue and which should be made up of qualified personnel. In addition, in March 2013, the Brazilian government launched a programme called the *Plano Nacional do Consumo e Cidadania (Plandec)*.<sup>2</sup> This is a set of measures designed to improve the quality of products and services and encourage improvements in consumer relations. The Central Bank has been invited to participate in Regulating Committee initiatives.

Since then, the Central Bank of Brazil has begun to devote more time to considering new initiatives, such as the creation of a new department for the development of activities related to the consumer. Consequently, the Central Bank's Board of Directors has a new member who will look after institutional relations and citizenship.<sup>3</sup> In the light of these developments, this article intends to enhance knowledge and understanding of this subject in Brazil. There are three main questions to be considered: 1. What is the role of a central bank in the context of consumer protection? 2. Is the Twin Peaks model able to improve supervision? 3. Which tools are the most efficient for achieving consumer protection? This analysis will be based on research carried out on the models adopted in certain other countries, especially in the UK, which represents a model of best practice in consumer protection issues.

## 1 The Role of Central Banks

The overriding objective for any central bank is to ensure the stability of the currency through the implementation of its monetary policy. Over the years, however, with the growth of global economies and the complexity of systems, the role played by the central monetary authority has increased, especially in

---

1 "IMF Country Report No. 12/206. 45. *Financial consumer protection could be improved, including by creating a dedicated, adequately staffed unit. In banking, consumer protection is currently the responsibility of the Ministry of Justice. However, the relevant department is seriously understaffed, and needs to be strengthened and establish ties to the BCB and other members of COREMEC. Also, as a large number of first-time insurance buyers come into the market, further improvements of consumer education and protection will be needed, alongside the strengthening of broker oversight mentioned above.*"

2 National Consumption and Active Citizenship Plan.

3 Diretor de Relacionamento Institucional e Cidadania (Direc), tendo na sua estrutura atual três departamentos: Departamento de Comunicação (Comun), Departamento de Atendimento Institucional (Deati) e Departamento de Educação Financeira (Depef), in [www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br).

relation to its capacity as the financial system regulator, responsible for market surveillance. Nevertheless, in recent times, a trend of outsourcing supervision to a body separate from the central bank has emerged. The main reason is to reduce any potential conflict of interests between activities. If we think about the supervision of conduct as an activity of a central bank, this concern increases. Accordingly, the model currently growing in popularity is one that proposes the separation of prudential supervision from business conduct supervision, and that is the model known as “Twin Peaks”. It is important to say, however, that this model does not necessarily presuppose different authorities for the execution of the two main roles.

The same concern leads to the view that the monitoring of the conduct of business focused on consumer protection should be carried out by an agent other than the central bank, as is the case in the majority of countries. Obviously, the optimal structure will not be the same for all economies. The ideal organisation is intrinsically linked to the degree of complexity of the systems, and the historical, political and legal framework of each country. There is no single, perfect model – one size does not fit all. In reality, there are a number of ways to undertake this role, and this article focuses on the supervision of conduct.

In *The Organisational Structure of Banking Supervision*, Goodhart (2000) presents well-founded reasons for the separation of the two activities, but also recognises that there are advantages in maintaining supervision as one of the responsibilities of the central bank, as macro-prudential policy is increasingly linked with micro-prudential policy, since monetary stability requires the financial stability of the system. In short, they are two sides of the same coin.

In this sense, Lastra (2001) contends that central banks are often better suited than other public agencies to monitor banks' capital, asset quality, liquidity and those elements that comprise the supervision *stricto sensu*. Further, she states, the role of the central bank as ‘lender of last resort’ in a liquidity crisis or in the case of a payments system problem justifies the central bank's involvement in supervision.

Goodhart, however, claims that the main reason for separating the activities is the complexity of systems, noting that multiple intermediaries such as commercial banks, investment banks, or fund managers would require a multitude of supervisors to respond optimally to each, but acknowledges that the benefits would not offset the costs generated. As a result, he suggests

as an alternative the adoption of an institutional structure based not on the specialisation of the market but on the purpose of supervision: prudential supervision and supervision of the conduct of business. As a result, the most appropriate way to organise institutional structures is to focus directly on the objectives of regulation, for the following reasons:

- regulatory agencies are probably at their most effective and efficient when they have clearly defined and precisely delineated objectives and when their mandate is clear;
- accountability is likely to be more effective and transparent when it is clear what regulatory agencies are responsible for;
- a clear internal management focus is more likely to be created when the objectives of the agency are clear and precise;
- there will be times when the objectives of regulation are in conflict and one merit on focusing institutional structure upon regulatory functions is that it requires significant conflicts between different objectives to be resolved at the political level;
- prudential, systemic and conduct of business dimensions to regulation require fundamentally different approaches and cultures and there may be doubt about whether a single regulator would, in practice, be able to encompass them effectively. A counterargument is that, in practice, a single agency would be structured internally for different functional responsibilities but this in itself would add to internal transactions costs.

Despite the fact that with regard to institutional structures comparatively little attention has been paid to defining appropriate objectives for the conduct of regulation and supervision, it is instructive to note that since 1995 the Twin Peaks model has been studied as the model proposing the division of regulatory activity into two. Such a concept argues for a single prudential supervisory agency and a single conduct of business agency. In April 1997, the Wallis Committee of Inquiry in Australia recommended a similar approach. That Committee recommended that a single conduct of business regulator should cover issues such as disclosure requirements, consumer protection, financial advice, and integrity of market conduct.

In *A Regulatory Structure for the New Century*, Michael Taylor (1995) summarises Twin Peaks as follows:

The proposed structure would eliminate regulatory duplication and overlap. It would create regulatory bodies with a clear and precise remit; it would establish mechanisms for resolving conflicts between the objectives of financial services regulation; and it would encourage a regulatory process which is open, transparent and politically accountable.

On the other hand, the most important justification for the concentration of activities in the same authority has to do with information. Information obtained from the micro supervision level is increasingly relevant to decision-making at the macro level. When there are separate bodies for the two activities it becomes difficult to ensure synergy in the fulfilment of their missions. For this reason alone, conservatives recommend that both activities are overseen by the same authority, especially in countries still under development.

Moreover, this is one of the main concerns raised regarding the expectations of the new model adopted in the UK, that is, that prudential supervision comes under the wings of the Bank of England and supervision of conduct is among the responsibilities of the Financial Conduct Authority. This will be discussed in the next section.

After the crisis, institutional regulatory structures have become a topic of public policy debate in some countries, and international experience indicates a wide variety of institutional regulatory formats, which indicates that these are influenced by national characteristics, such as the structure of the financial system. It also suggests that there is no universal ideal model. A key issue is whether the structure has an impact on the overall effectiveness and efficiency of regulation and supervision. It would be dangerous to assume that changing the structure of regulatory institutions is a panacea, but it can certainly help towards guaranteeing a well-governed system. Particularly, I believe that regulatory success is ultimately about having well-trained, well-paid and experienced regulatory staff who are capable of identifying problem institutions and who have the courage and support to act on what is found.

It is therefore necessary to rethink the role that the state, by means of the central banks, should perform in the supervision of the financial system in order to guarantee the maintenance of a solid and efficient system, but one which would also be inclusive and sustainable.

## 2 Models around the World

Since the end of the 1990s, a debate concerning institutional structures has arisen in several countries. In the UK, one of the first major policy initiatives of the Labour government elected in 1997 was to announce plans to reorganise the institutional structure of financial regulation by sweeping away specialist agencies and vesting all regulation into a single agency. Now, twenty years later, the UK is making more changes. In Australia, questions related to the institutional structure of financial regulation were on the agenda of the Wallis Committee, which also recommends major changes. The same is being actively considered in South Africa, where changes were envisaged following a series of official reports and discussion papers. Other countries, including Brazil, are also now discussing the issue.

The debate in each country inevitably reflects country-specific factors and the nature of the current structures. Other reasons why the debate has been broadening include: the evolution of the structure of the financial system and the business of regulated firms; the need to review what has emerged from particular financial failures; the emergence of financial conglomerates; the increasing importance of issues surrounding the conduct of business; financial innovation and the emergence of new financial markets; and, finally, the increasing internationalisation of financial operations.

There are three broad approaches to the structure of regulation: *institutional*, *functional* and *objective related*. The *institutional* approach is directed at financial institutions irrespective of the mix of business undertaken. Different regulation applies to different types of institutions (banks, insurance companies, and so on) and specialist regulatory agencies are responsible for different types of financial institution. This is the model adopted in Brazil. There are different agencies for each kind of institution. *Functional* regulation focuses on the business undertaken by institutions irrespective of which institutions are involved. The third approach is to focus regulation on the *objectives* being sought, with institutional structure following as a consequence.

A review of international experience indicates a variety of structures for financial regulation. Some countries have reduced the number of regulatory agencies and in some cases created a single mega-agency, as is the case in the

UK. Others have opted for multiple agencies and in some cases have increased the number.

## 2.1 The UK Model

The financial crisis has led to substantial changes in the way the UK financial services industry is regulated, with potentially significant consequences for its consumers. The most significant change is the current coalition government's plan to put in place a new financial regulation regime by creating the Financial Conduct Authority (FCA) as a separate agency. The government adopted the Twin Peaks model, deciding to disband the Financial Services Authority (FSA) and to divide its responsibilities between the Prudential Regulation Authority (PRA), as a subsidiary company of the Bank of England, and the FCA.

The strategic objective of the FCA is to ensure that financial markets function well. To this effect, it is responsible for consumer protection, market integrity and competition. Despite the distinction of statutory mandates, the objectives of the PRA and the FCA are not exclusive to the regulatory agency they are attached to. The FCA will also be expected, therefore, to contribute to financial stability, and will be required to act as the prudential regulator of non-PRA firms given that one of its operational objectives – with regards to market integrity – is explicitly defined as 'soundness, stability and resilience'. While the PRA is identified as the prudential regulator, it will also be responsible for the protection of policy holders – a group of consumers which exceptionally falls under the PRA's remit.

There were several reasons for dividing the powers of the FSA after the crisis. This does not mean that the FSA was an unmitigated disaster, however. Several commentators and academics have recognised that the FSA played its role well and that its results were creditable. Assessments have confirmed this. In 4–5 December 2003, at a conference entitled "Aligning Financial Supervisory Structures with Country Needs", Howard Davies, Director of the London School of Economics and former Chairman of the FCA, stated that:

...the new regime, technically speaking, does work ... Successive surveys have shown that financial firms like integrated regulation. The most significant survey was carried out by an independent think tank, the Centre for the Study of Financial Innovation, in July 2003. A series of questions were put to 300 international firms located in Frankfurt, London, New York and Paris. In the summary of their conclusions, the authors noted “the high regard in which the FSA is held” and say they were “impressed with the FSA’s standing in the eyes of parishioners” and that “the FSA’s clearly doing something right”; it also appears to be right in putting regulatory competence ahead of a light regulatory touch.

On the other hand, some consumer groups do not like the fact that an integrated regulator internalises decisions about the balance between consumer protection and financial stability. Some authors feel that this is because the goals of consumer protection were not achieved. According to Professor Eva Lomnicka,<sup>4</sup> the failure was due to a lack of focus: *when an institution has several goals to accomplish, it potentially loses between various assignments.*

The Bank of England’s chief legal adviser, Mr. Graham Nicholson, stated<sup>5</sup> that the FSA came under heavy criticism for two main reasons:

Its architecture: because the approach effectively gave the securities regulator – the FSA was actually the re-badged Securities and Investments Board (SIB) – operating under a statute designed principally to deal with securities regulation, very broad responsibilities for other aspects of the financial system. And its climate, because the FSA was operating in a political and market environment favoring “light touch” regulation with statutory objectives that emphasised innovation and the desirability of maintaining the competitive position of the UK. These factors tended to de-emphasise the attention paid to the safety and soundness of financial institutions in favour of more emphasis on conduct of business and financial markets regulation.

---

4 Personal communication (10 February 2014). Eva Lomnicka has been a professor at King’s College London School of Law since 1975. She was an expert on the UK’s delegation to UNCITRAL’s Convention on Receivables Financing (Vienna and New York, 1997–2001) and sat on the DTT’s Consumer Credit Steering Group reviewing consumer credit law, which led to the Consumer Credit Bill of 2006. She is also a practising barrister (at 4 New Square Chambers) with an advisory practice in consumer credit and financial regulation.

5 Speech on the class, 17 January 2014: The role and responsibilities of the Bank of England under the post-crisis regulatory framework, in The Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary, University of London

In fact, separate mandates for the PRA and FCA for prudential and conduct regulation will allow both regulators to apply more focus to their respective areas, and this has received wide acceptance. The PRA is responsible for the prudential regulation of banks, building societies, credit unions, insurers and major investment firms. As prudential regulator, the PRA promotes the safety and soundness of these firms, seeking to minimise the adverse effects they can have on the stability of the UK financial system. The FCA is responsible for ensuring that the relevant markets function well, and for regulation of the conduct of all financial services firms. It is also responsible for the prudential regulation of those financial services firms not supervised by the PRA. Indeed, no one can dispute the advantages of specialised regulatory agencies as long as extra care is taken to ensure that the erection of institutional boundaries does not pose a threat to the coherent implementation of their distinctive agendas.

Which powers and responsibilities are assigned to each authority is an important determining factor in the success of the new model. Additionally, each authority must have awareness of the necessity of working in co-operation. The key principle underlying this co-operation will be that each authority should focus on the key risks to its own objectives, while being aware of the concerns of the other. The successful implementation of both programmes depends to a large extent on the ability of the new regulators to attend to matters of their expertise while at the same time being mindful of how the entire system fits and works together. In this light, a Memorandum of Understanding (MOU) regarding the co-ordination between the FCA and the PRA was drawn up.

Expectations for the new structure are high, especially for the FCA and the introduction of consumer protection as one of its operational objectives. This is why the FCA changed its approach to one that is more interventionist, intrusive and proactive, a move which involved some changes in its philosophy and its approach to supervision. The idea of principles-based regulation has been replaced by outcomes-focused regulation. Although the principles have been left intact, the approach towards their application is slightly different. Outcomes-focused regulation is centred on active intervention, and on judging future decisions of firms based on their business model and other modes of analysis. It is arguably a better way to protect consumers.

Regarding this changing approach to supervision, the specialists believe it could be good for consumer protection. Hector Sants (2009) states<sup>6</sup> that:

The intensive supervision involves greater attention to consumer outcomes, as well as more intrusive inspections and mitigation of the risks inherent in firms' business models. It also involves a greater willingness to take a tougher stance with firms and to take enforcement action against them where appropriate.

Such intensive and interventionist supervision is beneficial to consumers because it puts their interests high on the regulatory agenda.

## 2.2 The Ireland Model

In Ireland, the Central Bank was restructured on 1 May 2003 to incorporate all of the regulatory activities and consumer protection functions for the financial services sector in Ireland. The Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2003 led to the establishment of the new financial services regulator, the Irish Financial Services Regulatory Authority, which is a separate but constituent part of the Central Bank. It is referred to by its acronym 'IFSRA' or as the 'Financial Authority' or 'Regulatory Authority'. It discharges many functions of the Central Bank and is subject to control by the board of the Central Bank.

The IFSRA comprises a chairman and nine members. Its divisions include: a prudential division dealing with financial institutions and funds authorisation, banking supervision, insurance supervision, investment services providers' supervision and markets supervision; a consumer division dealing with consumer protection codes and consumer information; a register of credit unions division; and a legal and enforcement division. The IFSRA is responsible for the regulation of all financial services firms in Ireland. It also has a role in the protection of the consumers of those firms' services. Its main aims are to help consumers make informed decisions about their financial affairs in a safe and fair market, and to foster sound, growing and solvent financial institutions

---

<sup>6</sup> [http://www.fsa.gov.uk/pages/Library/Communication/Speeches/2009/1109\\_hs.shtml](http://www.fsa.gov.uk/pages/Library/Communication/Speeches/2009/1109_hs.shtml)

which give consumers confidence that their deposits and investments are secure. According the 2012 Annual Report, besides the 10 members of the Board, the current staff numbers 622. There are 13,000 firms and entities that come under the IFSRA's direct supervision. Moreover, the IFSRA contributes to the work of the Central Bank in discharging its responsibility in relation to the maintenance of the overall financial stability of the state.

The Central Bank is tasked with the statutory objective of ensuring the proper and effective regulation of financial service providers and the markets within which they operate. Compliance with key prudential requirements is paramount in ensuring the financial soundness of regulated financial service providers. Breaches of these requirements are viewed as unacceptable as they constitute a significant threat to the customers and creditors of regulated financial service providers and the markets in which they operate.

The IFSRA has a key responsibility in increasing consumer confidence regarding the safety of their deposits and investments and the likelihood that their claims can be met. This overarching aim in consumer protection is underpinned in the 5Cs framework: *Confidence, Compliance, Challenge, Culture* and *Consumers*. In this regard, the IFSRA is also responsible for the development of codes of conduct and other requirements applicable to regulated entities authorised by or registered with the financial regulator. This drives the Bank's consumer protection work to ensure that it continues to prioritise the interests of consumers of financial services. In order to achieve this, work is focused on setting standards for firms and monitoring and enforcing those standards.

The IFSRA is also engaged in public consultations on another consumer protection matters, namely Minimum Competency Requirements. The Requirements, published on 25 July 2006, introduced a competency framework designed to establish minimum standards for regulated entities. Firms are required to ensure that individuals who provide advice or sell retail financial products or who undertake certain specified activities on their behalf acquire the competencies set out in the Requirements. In addition, individuals are required to undertake a continual Programme of Continuing Professional Development.

Finally, the Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2004 created a statutory financial services ombudsman for consumers. Consultative consumer and industry panels have also been appointed where matters of

policy and practice can be discussed. In addition, this legislation created new enforcement powers for the IFSRA, including fining and public censure powers.

### 2.3 The USA Model

One of the most controversial elements of banking reform in the United States of America was the Dodd-Frank Act of 2010 and the creation of the Consumer Financial Protection Bureau (CFPB). The new agency was created with wide powers regarding supervision and the imposition of procedures, and is a stand-alone entity housed in the Federal Reserve apparatus but without any subordination to it. The US president appoints its chairman and its decisions are final, except for the possibility of appeal by other regulatory institutions to the Systemic Stability Council, created by the same law.

The CFPB was created with the purpose of bringing together the responsibilities of a number of other regulators, including the Federal Reserve (FED), the Federal Trade Commission (FTC), the Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) and even the US Department of Housing and Urban Development (HUD), which had differentiated forms, and some responsibility for consumer financial protection. The bureau is subject to financial audit by the US Government Accountability Office (GAO) and is accountable to the Senate Banking Committee and the House Committee of financial services, twice a year.

The bureau was established within the Federal Reserve but operates in complete independence; the Fed may not interfere in matters assigned to it, give an order to any of its employees, make changes to its roles and responsibilities. The bureau has six departments:



An advisory board, created by the same Act, assists the bureau by keeping it informed of emerging market trends. The members of the Advisory Board are appointed by the director of the CFPB and include at least six members recommended by presidents of regional central banks. The CFPB was created to ensure that the products and services that US citizens use frequently, including credit cards, mortgages and loans, are being provided. This function includes helping consumers understand the terms of their contracts with financial institutions, and that they are issued with clear and simple guidelines. Until the creation of the CFPB, different federal agencies were responsible for various aspects of consumer financial protection in the USA. None of them, however, had tools effective enough for defining rules or supervising the entire market. The CFPB is now the only authority for consumer regulation, and has consolidated the existing authorities, formerly scattered throughout the federal government, under a single command.

The bureau now supervises the big banks and credit unions whose activities have never before been regulated. This means that for the first time the USA is able to regulate the activities of independent lenders, private mortgage lenders, debt collectors and private student loan companies. The United States Congress therefore created the CFPB to protect all types of consumers, through the addition of and compliance to laws on financial market consumption throughout the country. The principal activities of the bureau are to:

- create standards and supervise the activities of the institutions;
- restrict deceptive practices or abuses;
- receive and handle consumer complaints;
- promote financial education;
- study consumer financial behaviour;
- monitor the financial markets in terms of new risks to consumers;
- enforce laws preventing discrimination and unequal treatment of consumers.

As it turns out, the reform of Wall Street gave the CFPB a wide range of tools for promoting fair, transparent and competitive markets and only four years after its foundation it seems to be achieving its goals.

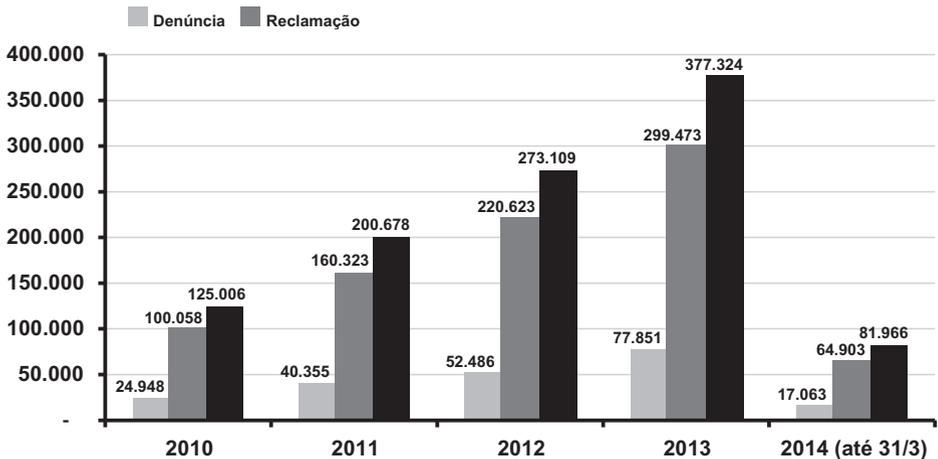
### 3 A Viable Model for Brazil

As seen throughout the study, there is no single model for organising the structure of regulatory bodies and the supervision of the financial system. Each country must identify its needs for change according to the dynamics of its own national system, while taking into account the historical, political and legal framework within governments. Brazil, besides being, according to the IMF, a developing country, has a thriving and complex economy, especially when considering the participation of various institutions and the variety of instruments and products created under the financial system. The Brazilian banking sector is one of the most complexes in Latin America. According to the Central Bank's annual report on the banking industry (December 2013), there were 1,995 authorised institutions of 17 different types, ranging from commercial and universal banks to co-operatives and credit union to micro entrepreneurs and societies. The number of clients holding deposit accounts is almost 100 million, and savings deposits around 110 million. The number of customers with active credit operations is nearly 53 million, of which individuals represent about 51 million. Across the country, an average of 15,720 credit or debit transactions are carried out every minute.

Over the last decade, Brazil has experienced the phenomenon of increased social mobility, based on greater formalisation of the labour market and falling unemployment, the expansion of income transfer programmes and an improving credit process. This context of social mobility and income growth favours greater integration of families in the consumer market. There is thus a remarkable growth problem involving relationships, contractual or otherwise, in the financial market. It is causing a steady increase in the number of complaints to consumer protection agencies and also in the demands on the judiciary.

According to a survey conducted by the Department of Judicial Research of the National Council of Justice (CNJ), banks are in second place in the top one hundred litigants in the Brazilian justice system. Cases involving financial institutions represented 10.88% of all new cases registered in 2011, and 38% of the total outstanding shares of judgment throughout the country. On the other

hand, according to statistics issued by Senacon<sup>7</sup>, the financial services are at the top of the list of complaints with 231,824 records in 2012. As shown in the chart below, Central Bank data for the same year, 2012, shows dramatic growth to 273,109 complaints. It also shows that the number is steadily rising. Last year, the number of complaints grew almost 30% in relation to the year before.



Source: Departamento de Atendimento ao Cidadão do Banco Central do Brasil (DEATI)

Besides the physical inability to meet all these demands within a reasonable time, the rules enacted in this market are singular and highly complex. These rules are difficult to interpret and apply for agents operating in all areas of consumer protection agencies, mainly Procons, which are in charge of all types of consumer claiming demands in Brazil, as well the judiciary. This can lead to a worse situation in which the claimant has to wait longer for a just resolution. From this perspective, there is no doubt that for consumer banking it represents a necessary and effective change in the Brazilian system.

In this respect, it seemed at first that the creation of a new and autonomous public entity with power equal to that of the Central Bank would be the best solution. Adopting the Twin Peaks model, according to which a new agency could be responsible for supervising the conduct of all market players, would

<sup>7</sup> [www.portal.mj.gov.br/Sindec/Indicadorespublicos](http://www.portal.mj.gov.br/Sindec/Indicadorespublicos)

mean including investors and insurance policy holders in the protection of consumer banking. This model could reduce any potential risk of a conflict between consumer protection and the other activities of the Central Bank.

However, reflecting on the characteristics of Brazil, the government's policy of issuing binding and legal barriers across the respectability already consolidated in the Central Bank, leads to the conclusion that the best way forward, at least in the short term, will be to assign this task to the existing authority, the Brazilian Central Bank (BCB). It would be possible until a legal and constitutional reform aimed at creating a new agency with responsibility for monitoring the conduct of banks and other institutions, but this would be a long-term project. According to the experience of other countries, changing the structure of supervision is a long and difficult process. Brazil cannot wait indefinitely. In addition, a super-agency responsible for various sectors of the market would concentrate too much power in one body, which could further hinder the approval of reform in Congress. Beside that, the choice of a single agency for the banking sector would require effort and costs that could outweigh the desired benefits.

Furthermore, Brazil and the Central Bank are going through a time conducive to this change. In the words of Isaac Sidney (the General Counsel of the Central Bank) during a presentation about conduct supervision held in late 2013:

In an internal perspective, the regulation-time stability in the country, after the conquest of economic and financial stability, paved the way for new social demands in relation to the National Financial System (SFN) were accepted by the legal system, contemplating interests related to combating crime, consumer protection, reducing inequality and antitrust. From the external perspective, learning the 2008 crisis threw lights, in the form of the twin peaks model, the importance of ensuring not only the solvency itself, but also the fidelity of the financial system to the normative and regulatory schemes, through adequate supervision of conduct.

The recent setting up of the Conduct Department from the Portuguese *Departamento de Conduta (Decon)*,<sup>8</sup> whose duties are yet to be consolidated, is the

---

<sup>8</sup> The Conduct Department was set up in December 2012 with only 120 employees to cover the whole country, in charge of 16 different subjects, ranging from preventing money laundering and the funding of terrorism, to correspondent banking, banking fees and the ombudsman scheme.

first step towards the inclusion of consumer protection in the strategic objectives of the Central Bank. It seems there is no legal reason preventing this from taking place. There are two competencies listed for the Brazilian Central Bank in Act 4595, including the regulation and supervision of financial institutions, which are sufficient to enable the implementation of a policy regarding not only the stability of the system but also effective consumer protection. It represents the embodiment of the constitutional commitment (art. 192 of the Constitution) regarding the structuring of the National Finance System (SFN) to promoting “the balanced development of the country and [serving] the interests of the whole population.” This is in compliance with the principle of consumer protection provided in various passages of the Brazilian Constitution.

Much has been said about the fact that the Central Bank of Brazil would not have legal authority to act according to a defence and consumer protection mandate. Such ideas gained momentum when the Federal Supreme Court (STF) gave the judgment of the trial ADIn 2591. A lawsuit was filed by the National Confederation of the Financial System, which made a formal declaration of unconstitutionality and material expression “including banking, financial, credit and insurance” contained in art.3, § 2º of Law 8078, the Código de Defesa do Consumidor (CDC). Contrary to the plaintiff, the final decision in 2001 held that the Code applies to banking relationships. In the same decision, the court also ordered the revocation of standards previously edited by the Central Bank (Resolution No. 2878, 2001), which sought to establish itself as the “Bank Client Code” (*Código do Cliente Bancário*). The basis for this determination is that the rule was “plainly illegal” because it contains “matter that exceeds the operation of financial institutions,” as the National Monetary Council (CMN) has no power over consumer matters.

Realistically, the National Monetary Council and the Central Bank have no legal power to regulate consumer relations directly. But re-reading the votes of the trial at the Federal Supreme Court set out in the cited case and the long and controversial debates that preceded this, it is quite clear that ministers faced great difficulties when defining the concept of banking services, which was essential in building the decision-making limits. They have not managed to find a consensus. Furthermore, this understanding was from July 2006, more than seven years ago and before the 2008 crisis. After all these seismic events and

further development of the market, it can be reasonably assumed that a retrial of the case would lead to a different decision.

Notwithstanding, one cannot forget that regulatory power to discipline the financial market ultimately sits within the CMN and the BCB. Therefore, since that does not conflict with the rules in force on the subject, especially the *Código de Defesa do Consumidor*, the BCB can – and should – issue rules demanding correct conduct among institutions. Otherwise, the authority could not adequately fulfil its role in this field. Indeed, it is already happening. A set of rules has been issued in order to ensure reliable and suitable conduct of financial institutions, including: Resolution 3694/2009, which addresses risks in contracting operations and service delivery; Resolution 3849/2010 on the establishment of an ombudsman for financial institutions; Resolution 3919/2010, which deals with the collection of bank fees; and Resolutions 4196/2013 and 4197/2013, which establish measures for attaining transparency in the recruitment of loans and package services.

Moreover, recently, the federal government launched a state policy for consumer protection named *Plano Nacional de Consumo e Cidadania (PLANDEC)*. This is a set of measures aimed at ensuring a higher quality of products and services, and encouraging improvements in consumer relations in the country, to which the Central Bank is committed. It represents the conformation of standards of the supervision of conduct in the context of an expansion of the duties and powers of the BCB.

Finally, Brazilian society generally seeks greater effectiveness of consumer rights, especially those regarding banking matters. The Central Bank, as the competent disciplinary autarchy of the market, in all its capacity and experienced staff as well as the recognition of its excellence, could have an increasingly active role in this arena. And this role is framed within the goal of promoting stability in, and the improvement of, the financial system. Therefore, in legal terms, it does not seem necessary to alter the legislative base in order for the Central Bank, through its powers to normalise and supervise the financial market, to discipline them and also ensure consumer rights. The recent changes in the organisational structure of the Central Bank make this scenario favourable, perhaps leaving room for some minor adjustments to avoid any potential conflict of interests with other duties with respect to supervision and to ensure a better synergy of the actions

developed by different areas. In this sense, it would be important to transfer the new Department of Conduct to the area of the Director of Citizen Relationships, due to the alignment of its current and future activities with the Department of Citizen Attention Service and the Department of Financial Education.

Therefore, the responsibility for the handling, and outcome, of questions involving relations between bank consumers and financial institutions must come under the Central Bank. However, the many forms of intervention in dealing with the subject and mainly the provision of competence given to the other bodies (*Senacon*, at the Federal level, and *Procon* at the State level) to handle these demands administratively – where any lack of knowledge about banking would be significant – will require a clear and well-designed framework in order to extend this competence to the financial authority. Such a change would represent a significant step forward for Brazilian society but is currently lacking in terms of planning and other arrangements. It should therefore, for now, be left for a second phase.

#### **4 The Main Tools for Achieving Consumer Protection**

This study has shown that more important than reorganising the structure of the regulatory system in accordance with a country's main characteristics, is giving the competent authority the right tools for exercising and fulfilling its role in providing effective support for the consumer. It is not enough to impose structural reform within the established organisation if the regulating agency has not been equipped with the correct tools for exercising its remit. These tools change from country to country in order to guarantee the appropriate level of performance by the regulating agency. Some tools are more efficient than others, and depend on the intensity of their application and the culture within each country. However, they all form an important set of measures directed to protect the consumer: enforcement, financial education, information, an Ombudsman scheme, mediation, research, and banking codes. These measures will be looked at in detail in the following sections.

## 4.1 Enforcement

The British agency, the FCA, has an extensive range of powers for achieving its goals, including disciplinary, criminal and civil powers for taking action against regulated and non-regulated firms and individuals who are failing or have failed to meet the standards required. Below are some of the measures that the FCA can activate under the Financial Services and Markets Act 2000:

- a) withdraw a firm's authorisation;
- b) prohibit an individual from operating in financial services;
- c) prevent an individual from undertaking specific regulated activities;
- d) suspend a firm for up to 12 months from undertaking specific regulated activities;
- e) suspend an individual for up to two years from undertaking specific controlled functions;
- f) censure firms and individuals through public statements;
- g) impose financial penalties;
- h) seek injunctions;
- i) apply to the court to freeze assets;
- j) seek restitution orders;
- k) prosecute firms and individuals who undertake regulated activities without authorisation.

The adoption of any of these measures is generally a rigorous process, in order to ensure the observance and legitimacy of its application. The FCA does not normally comment on whether it is investigating an issue. However, the agency may publish, if appropriate, information about certain Warning Notices. They also publish when issuing a Decision Notice or a Final Notice.

In Ireland, there is a continuing enforcement focus on certain areas across almost all banking sectors, most notably prudential requirements and systems and controls. As well as being consistently highlighted as enforcement priority areas, a large proportion of the settlements reached by the Central Bank concern breaches of requirements in these areas.

Enforcement by the financial regulator in Ireland can be civil or criminal. In general, enforcement can happen by way of a complaint being made or by way of the regulator investigating matters on its own initiative. The complaints to the Financial Services Ombudsman have to be solved giving reasons for any

findings. Such findings can be concise. In cases of making adjudication under the Central Bank Act, there is a right of appeal to the High Court in the event of there being dissatisfaction with the decision of the Ombudsman, who is required to stipulate what part of the Act and what legal basis constitutes his findings.

A notable feature of financial services regulation in Ireland is the possibility of overseeing the relevant institutions through inspection by authorised officers appointed by either the governor of the Central Bank or the chief executive of the financial regulator. A number of provisions in various banking Acts provide for regulation of the industry by appointing persons to inspect and investigate the business of financial institutions. They can be either a member of staff of the Central Bank or the financial regulator or another suitably qualified person.

Authorised officers apply the provisions of the Acts within which their powers are expressed. They may, at any reasonable time, on production of evidence of the person's authorisation, enter business premises for the purpose of carrying out such an investigation. The authorised officer can: a) inspect the premises; b) request any person on the premises who apparently has control of, or access to, documents or material relating to the business of the body concerned to produce the documents or material for inspection; c) inspect documents and material so produced, or found in the course of inspecting the premises, and, in the case of documents, take copies of them or of any parts of them; and d) request any person who appears to the authorised person to have access to information relating to the documents or material, or to the business of the body, to provide that information or to answer questions with respect to the documents or material or that business.

The IFSRA is unique in Ireland in that it may impose administrative sanctions under civil law. The document 'Outline of the Administrative Sanctions Procedure' outlines guidelines on administrative sanction procedures, which can be followed on the website. In information released about Enforcement Priorities in 2014,<sup>9</sup> the Central Bank of Ireland stated that during 2013 they entered into 16 enforcement settlements with regulated entities, with fines totalling €6,348,215 being imposed. In 2014, the Central Bank aims to build upon the work carried out in these priority areas.

---

9 [http://www.centralbank.ie/ Home > Press Area > Press Releases](http://www.centralbank.ie/Home > Press Area > Press Releases).

However, in some cases no further action will be appropriate if the matter giving rise for concern is minor and where immediate remedial action has been taken and full cooperation has been provided. In such cases, the financial regulator may issue a supervisory warning where there are reasonable grounds to suspect that a breach of statutory or regulatory requirements has occurred. Supervisory warnings may be issued where full co-operation is received and the problem was rectified immediately and other considerations supporting enforcement do not apply. Where a supervisory warning is taken into account by the financial regulator in determining whether enforcement action should take place, the period of the warning shall be taken into account. Supervisory warnings will not be considered when deciding whether a breach has occurred or deciding the level of sanctions to apply.

If it is determined that there are reasonable grounds to suspect that a prescribed contravention is being or has been committed, the case may be referred to an inquiry held pursuant to the Administrative Sanctions Procedure and, if appropriate, sanctions may be imposed. The purpose is to determine whether a prescribed contravention is being or has been committed and to determine the appropriate sanctions to apply.

The financial regulator has the power to caution or to reprimand. It can also direct to refund or withhold all or part of an amount of money charged or paid, or to be charged or paid, for the provision of a financial service. It can impose a monetary penalty or it can issue a direction disqualifying the person concerned from being a manager within a regulated financial services provider. Furthermore, it can issue directions to cease the contravention if it is found that the contravention is continuing. The financial regulator also has powers of criminal enforcement. It will be given discretion for prosecuting summary offences, which are heard by a judge without a jury in the District Court. In more serious cases, indictable offences are heard by a judge and jury in a Circuit Criminal Court. In some circumstances, the regulator may impose a sanction via the Administrative Sanctions Procedure, in addition to bringing a criminal prosecution itself or if a prosecution is brought by another body or agency.

With respect to regulating and putting into practice the tools of enforcement, these tools must be constantly monitored so that they do not lose their effectiveness. The key to the success of all agencies in achieving consumer

protection relies on continuous, rigorous and systematic re-evaluation of its programmes. The regulators must collect data on the effects of their ongoing regulatory efforts, and conduct and evaluate pilot programmes for new products and markets or new efforts and practices in existing fields.

## 4.2 Financial Education and Information

Along with enforcement, it is important to empower consumers to protect themselves. Financial education is no substitute for consumer protection regulation, but the two are complementary and should be combined in a reform programme of financial consumer protection. It is essential to help consumers understand and use relevant information. Many consumers are not sufficiently financially literate to assess financial products and are likely to make misguided decisions.

In the USA, it seems there has been a great deal of success in this respect. The BCFP has become well known for its “Know before You Owe” initiative, which aims to help people understand the consequences of any debt they may take on. It is a campaign which could have its greatest impact in the long term. Financial literacy requires a sustained long-term effort. Clear guidelines are also needed on the types of information and personnel resources that should be provided by financial service providers, the government, and consumer organisations. Industry associations within the financial system, such as banking associations, often take a keen interest in providing financial education and training for consumers. This should be encouraged as part of a national strategy for improving financial education. Consideration should also be given to ways of strengthening consumer organisations and ensuring that they have a long-term and stable funding source that will allow them to play a vital role in protecting and educating financial consumers.

A well-educated consumer should be able to understand consumer disclosures, the risks and rewards, and the legal rights and obligations that are involved. In short, a financially-literate consumer should be able to make informed decisions about financial products and services. Financial education for consumers should focus on the appropriate use of financial products and services. Particularly complex financial products and services, such as long-term

residential mortgages with adjustable rates of interest, require more in-depth understanding than simple products such as bank savings accounts. Financial education programmes should be adjusted accordingly.

In a World Bank consultative draft published in 2011, 'Good Practices for Financial Consumer Protection' concluded that: "General programs of financial education should teach households how to prepare family budgets and how to plan to meet their financial needs and goals. However, despite the importance of these skills in establishing and maintaining financial well-being, general financial education programs should not be part of targeted financial consumer protection initiatives." The research also points to the need for surveys of financial literacy and consumer spending habits as essential background for designing financial programmes. Psychological biases may influence consumers to make choices that are neither rational nor optimal. These biases include mistaken beliefs. Consumers may, for example, assume that interest rate charges or penalties will not apply to them or that they may be over-optimistic about their financial futures and, thus, unable to forecast their future financial status accurately. Consumers also fall victim to projection bias, that is, the prediction of personal preferences into the future.

In Brazil, many actions have been carried out in the last few years. The National Strategy for Financial Education from the Portuguese *Estratégia Nacional de Educação Financeira* (ENEF) was instituted in 2010 by Decree 7.397 and its main objectives are: to promote and foster the culture of financial education; to broaden citizens' understanding in making choices related to their own funds; and to contribute to the efficiency and solidity of financial markets in terms of capital, insurance, welfare and capitalisation. In order to define the actions of the ENEF, the National Committee of Financial Education (CONEF) was formed from among representatives of the Central Bank, the Securities and Exchange Commission (CVM), the National Complementary Welfare Superintendence (PREVIC), the Superintendence of Private Insurance (SUSEP), the Ministry of the Treasury, the Ministry of Education, the Ministry of Social Security, the Ministry of Justice, and representatives from civil society.

Besides being part of CONEF, the Central Bank takes its own actions. The developing programme is aimed at Brazilian society as a whole, focusing on clients and product users and financial services. While promoting financial education

within an integrated programme, the Central Bank seeks to engage both cognitive and behavioural dimensions. In the cognitive arena the Central Bank's Program of Financial Education aims to provide knowledge about the currency, to increase public access to the resources of the SFN, and to publicise the role of the Central Bank. In the behavioural dimension, the goals are to encourage the opening of savings accounts, to increase the responsible use of credit, and to promote behavioural changes based on sound personal financial practice.

Further, the Central Bank has made available several publications in order to help the public understand topics of interest. In partnership with the Ministry of Justice, they published seven editions of a Finance and Consumption newsletter,<sup>10</sup> which explained, among other things, how the consortium works and the purpose of the Credit Information System (SCR). In 2013, the BCB also launched the Excellent Education Guide to Financial Service Provision,<sup>11</sup> the objective of which is to introduce to financial institutions practices that contribute to consumers' financial education. The first module discussed credit supply and outlined the stages of publicity, employment and after-sales; another chapter was dedicated to the use of credit cards.

As a result, it should be acknowledged that Brazil is moving forward in this area, fulfilling ambitious goals and carrying out effective education projects. But all of this will only bring real results in the long term and market dynamics demand the constant reassessment of strategies in order to maintain the quality of the programmes. An eye must be kept, therefore, on what is happening around the world.

Finally, it is important to note that financial education is not just about blaming the financial industry or shifting all the responsibility onto the companies. It is about making sure that people have all the information they need in order to make better financial decisions and in this way guarantee that they are able to have a good understanding of what they are likely to face.

---

10 See [www.bcb.gov.br/?CONSUMOFIN](http://www.bcb.gov.br/?CONSUMOFIN)

11 See [www.bc.gov.br/pre/pef/port/guia\\_de\\_excelencia\\_internet.pdf](http://www.bc.gov.br/pre/pef/port/guia_de_excelencia_internet.pdf)

### 4.3 Ombudsman Schemes and Mediation

The establishment of the office of Ombudsman in England and Ireland in the 1980s was, for some people, a result of promoting the emergence of alternative means of conflict resolution. For others it reflected the need for private powers to exercise some measure of responsibility, classic design that already exists in the framework of public services. The key element is that in both countries the Ombudsman schemes have become a central part of the consumer protection process in relation to financial services.

In the UK, the Banking Ombudsman Scheme was originally established in 1986 and was conceived as an alternative to litigation. The Financial Services and Markets Act 2000 created a consolidated statutory dispute resolution scheme – the Financial Ombudsman Service (FOS) – incorporating eight independent ombudsmen and complaint-handling schemes, including the Insurance Ombudsman Bureau, the Personal Investment Authority, the Securities and Futures Authority Complaints Bureau, the Banking Ombudsman, and the Building Societies Ombudsman. In Ireland, the FOS was set out in the Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2004. Its principal function is to deal with complaints by mediation and, where necessary, by investigation and adjudication. In both countries, the FOS is entitled to perform its functions and exercise its powers free from interference by any other person and, when dealing with a particular complaint, is required to act in an informal manner and according to equity, good conscience and the substantial merits of the complaint without regard to technicality or legal form.

The FOS in the UK is administered by a corporate body as the ‘scheme operator’, the Financial Ombudsman Service Limited. It is a public body set up by parliament to carry out statutory functions on a non-commercial, not-for-profit basis. The casework of the FOS is dealt with in three sections: front-line enquiries and initial complaints (customer contact division); adjudicators who settle complaints informally (casework operations); and ombudsmen making formal decisions (a large panel of ombudsmen led by three lead ombudsmen for insurance and investments, banking, loans, consumer credit and mortgages, and legal policy, under two principal ombudsmen and the chief executive and chief ombudsman of the FOS).

The approach taken by the FOS will depend on the nature of the complaint, but generally the FOS will attempt to settle the complaint informally through mediation or conciliation. If such conciliation or mediation is not possible, based on the relevant documents, an adjudicator's view on how the case should be resolved is given in writing to both sides. Where one side is unhappy with the adjudicator's view, they can ask for a review and final decision by an ombudsman. Where the ombudsman's decision is accepted by the complainant, it is binding on both parties, but if not, neither party is bound by the decision; the complainant is then free to initiate court proceedings. In determining what is fair and reasonable, the ombudsman will have regard for the relevant laws and regulations, regulators' rules, guidance and standards, codes of practice, and what the ombudsman considers to be good industry practice at the time.

In the UK, the mediation process involves a neutral mediator helping parties to negotiate a settlement. The mediator will not offer an evaluation of each party's cases, but will purely assist the negotiation. If the parties consent, mediation may take place at any stage of the enforcement process. However, mediation is unlikely to be appropriate in cases where bringing a criminal prosecution is being contemplated, or which require urgent action by the FCA.

In Singapore, the Financial Industry Disputes Resolution Centre (FIDReC) was set up as an independent company on 31 August 2005. It reflects a hybrid system of adjudication which functions similarly to the arbitration model in that decisions are made by recognised private industry and legal professionals, but it also bears some similarity to the ombudsman model in that decisions are rendered without prejudice to the claimant. The system itself reflects the importance placed on principles of fairness, impartiality and efficiency. FIDReC's jurisdiction extends over all disputes brought by individuals and sole proprietors against financial institutions which are members of FIDReC, except disputes over commercial decisions (including pricing and other policies, for example, interest rates and fees), cases under investigation by any law enforcement agency, and cases which have been subject to a court hearing.

Dispute resolution is handled on three levels within FIDReC. First, Counselling Services carries out a preliminary review, and gives the complainant time to consider whether to proceed to the lodging of a formal complaint against a financial institution. Secondly, case managers, who are employees of FIDReC,

are assigned to assist in the mediation of disputes. Where appropriate, mediation conferences are arranged to allow parties to communicate face to face. Case managers have no jurisdiction to make monetary awards, and can only seek to reach a settlement that parties to the dispute agree to. And thirdly, adjudicators are experts appointed by the FIDReC board of directors and will, as required, decide disputes in favour of either the consumer or the financial institution where a case manager has been unable to resolve the dispute through mediation. Among FIDReC's adjudicators are retired judges, senior counsels, lawyers and retired industry professionals.

FIDReC members – the financial institutions – are required to enter into a subscription agreement under which they are bound by the Terms of Reference, by which they agree not to take legal action against FIDReC, and to honour the payment of subscriptions, levies and fees. Members of FIDReC can be expelled for failing to comply with the Terms of Reference. The territorial scope of jurisdiction of FIDReC extends to complaints about the activities of a financial institution or its representative carrying on business in Singapore. All types of dispute with a member financial institution may be brought before, and dealt with by, FIDReC. Complaints must be made at the earliest opportunity upon showing that an attempt has been made to resolve the matter by the financial institution's internal dispute resolution unit. Cases may be dismissed by a case manager with the approval of FIDReC's chief executive officer if the dispute is frivolous or vexatious, has been previously considered and excluded under FIDReC's predecessor schemes, or if there are other compelling reasons why it is inappropriate for the dispute to be dealt with by FIDReC.

In Brazil, under Resolution N. 3849, 2010, the National Monetary Council, from the Portuguese *Conselho Monetário Nacional* (CMN), provides for the institution of an ombudsman by financial institutions and other institutions authorised to operate by the Central Bank. In addition to requiring the ombudsman's installation in order to ensure the effectiveness of its functioning, the agents must have capacity-building, by means of certification exam of the staff in the area in order to work the ombudsman's offices and maintenance of control system of the history of attendances.

The above-mentioned normative presents rules that are compatible with those that have been applied in other countries, but measures which allow the regulator

to achieve full compliance from supervised institutions are still needed. In other words, there is still room for improvement. It would be a major breakthrough if the regulations for institutions encouraged them to adopt alternative means of dispute resolution, such as mediation and arbitration. It is also important to guarantee the performance of the ombudsman as a driver of improvements in the processes of work. For this, it is necessary to achieve a compromise between the directors of the institutions and the results presented by the ombudsman. It could be possible to establish a process of periodical reporting to managers and internal committees and also a central system to control the quality of improvements implemented in a given period.

In both the UK and Singapore, the ombudsman scheme is efficient and generally effective. For the year 2009–2010, the FOS handled 925,095 cases and resolved 166,321 of them, resulting in compensation for consumers in 50 per cent of the cases. Over the same period, FIDReC dealt with 2,555 cases and a total of 2,263 cases were resolved by mediation or adjudication.<sup>12</sup> This is evidence of the effectiveness of ombudsmen in preventing high percentages of meritless claims going forward. The scheme also avoids litigation costs where there is a basis for voluntary settlement and it has greatly contributed to the enhancement of consumer and industry confidence. It could be the same in Brazil.

#### 4.4 Research

It is important to highlight that for every action aimed at effective consumer protection, the current issues faced by users should be taken into account. Due to market dynamics, changes in the products and services provided do affect those issues. This leads to the necessity of making frequent assessments and studies on the subject. An effective way of collecting data for this analysis is to carry out market research and consumer research.

Research is frequently used by the Financial Conduct Authority. The FCA has just set out its Business Plan 2014/2015, in which there is mention of the use of research for better fulfilment of its mission:

---

<sup>12</sup> Consumer Financial Dispute Resolution in a Comparative Context. Principles, Systems and Practice, Chapters 2 and 6. Shahla F. Ali. Cambridge: Cambridge University Press. (Date required)

*Consumer research helps us to understand what consumers want and expect, the role that credit plays for them in different general circumstances at different points in their lives, and how it can either help them or lead them into difficulty. Similarly, firm research gives us better understanding of what firms are doing, their business models, the dynamics of competition, how the markets are evolving and why.*

By understanding market failures and consumer expectation, the regulator will be able to achieve more suitable and efficient standards.

Research is also used to assess the impact of the measures adopted. The FCA is going to undertake a post-implementation review of the Retail Distribution Review (RDR), carrying out research throughout 2014/15 using regulatory data, publicly available data, and specially commissioned industry and consumer research to assess the effects of the RDR against its objectives following the first 12 months after the rules were implemented.

The Consultative Group to Assist the Poor (CGAP) has experimented with the application of three different tools for consumer research: a) consumer group discussions; b) in-depth consumer interviews; and c) quantitative surveys, which can be used alone or alongside other methods. These tools can be more or less effective, depending on the particular consumer protection needs or interests in a country, as well as the information sought. The experience of the CGAP suggests that research has helped the regulating authorities make use of the resources in a more rational way, according to what it is more important for the protection to the consumer. The group believes that listening to low-income consumers directly is essential for gaining a complete perspective of what is currently happening in the marketplace, and where the greatest resources and effort should be invested in order to improve outcomes for low-income, less experienced, and more vulnerable users of financial services. By listening to the consumers themselves, these priority issues can be better identified, vetted, and analysed by policy makers for follow-up action.

Research addresses issues of interest to regulators in a practical way so that it can be used to quickly build evidence in areas they are particularly concerned about. It helps to identify and understand market mechanisms and business and consumer behaviours that may be driving consumer outcomes.

## 4.5 Banking Codes and other Initiatives

Deficiencies in the financial market are often a symptom of a failure in the regulatory system. This is true worldwide, as evidenced by the 2008 financial crisis. For each scandal or crisis, governments come up with more and more rules and regulations without considering that the failures could be a result of cultural disobedience. This highlights a limitation of the laws and the norms for the optimal discipline of the financial market. The agents usually apply the rules by the environment influence in which they live. It is not always necessary to affirm that these agents apply their moral and ethical qualities to the interpretation and application of the norms they have to obey. Such a perception reveals that something more needs to be done in order to discipline the agents of this market.

Regarding this matter, Martin Wheatley (2013), Chief Executive of the FCA, in his speech at the ICI Global Trading Market Structure Conference, stated that:

The traditional regulatory mechanism for dealing with cultural weakness has always been to enhance the rules. To close loopholes in the law as and when they appear. To require more disclosure or compliance with specific processes. The problem with this approach is twofold. First: it is 'static'. So it is closing stable doors after horses have bolted. Second we know it can encourage the behaviour it seeks to stamp out. ...In other words, growing the rulebook did not prevent cultural weakness.

Europe is brimming with initiatives, such as the creation of behaviour codes, which are applied alongside the laws, resulting in a change in ethics within institutions, with the creation of codes for agent performance in the market. The aim is to strengthen and transform the corporate culture infusing ethical values that will influence the development of activities and thereafter protect consumers.

In some cases, the codes are developed by the institutions themselves by way of self-regulation, which has long been an important part of the regulatory landscape in the UK. The principal example of the use of self-regulation to protect the consumer is that of the Banking Code. The Banking Code was created as a result of recommendations made by the Committee on the Review of Banking Services Law (the Jack Committee), which was established to examine the statute and common law relating to the provision of banking services within the UK

to personal and business customers. One of its more specific functions was to recommend the introduction of codes of good practice on such matters as model contract terms, information for customers, and new banking procedures.

Furthermore, the financial services industry around the world has produced numerous 'codes of conduct', 'codes of ethics' and 'principles of best practice' which purport to articulate various cultural and commercial norms. Prominent examples include the Chartered Financial Analyst (CFA) Institute's *Code of Ethics and Standards of Professional Conduct*,<sup>13</sup> the Chartered Institute for Securities and Investment's *Code of Conduct*,<sup>14</sup> and the Alternative Investment Management Association's *Guide to Sound Practices*.<sup>15</sup> The Central Bank of Ireland's revised Consumer Protection Code came into operation on 1 January 2012. The new version replaces the original code published in 2006 and in so doing strengthens provisions contained in the original code and introduces a number of requirements intended to provide further protection to consumers when dealing with regulated financial service providers.

The use of codes has advantages over legislation. Cartwright (2004) refers to some of them in his book 'Banks, Consumers and Regulation'. He states:

First, codes reduce many of the costs associated with legislation, in particular those associated with rule-making and parliamentary time. Addressing detailed legislation at specific industries is frequently impractical. Secondly, codes are far more flexible than legislation and can be changed in the light of new judicial or statutory developments, or in the light of changes in business practice.

In this sense, one of the ways in which the FCA is seeking to achieve its consumer protection objectives is the Treating Customers Fairly (TCF) initiative, which was established by its predecessor the FSA. TCF is an on-going project that involves developing a common view of the rights and responsibilities of both consumers and businesses. It mandates senior management to work out for themselves what practices guarantee fair treatment for their clients and it is premised on the idea of enforced 'self-regulation', here understood in its broadest

---

13 <http://www.cfainstitute.org/ethics/codes/ethics/Pages/index.aspx> (last visited 14 April 2014).

14 <http://www.cisi.org/bookmark/genericform.aspx?form=29848780&URL=ethics#> (last visited 14 April 2014).

15 <http://www.aima.org/en/education/aima-guides.cfm> (last visited 14 April 2014).

possible sense as any arrangement whereby the conduct of an activity is under the control of a person actively engaged in the activity.

The TCF initiative implies a growing emphasis on the capacity of each individual firm for self-regulation in areas such as best practice in relation to the internal management of risks pertaining to the fair treatment of customers, and the monitoring and review of processes with respect to the firm's evaluation of its own performance. TCF involves, in fact, a cultural change for firms and their staff. The TCF initiative identifies six outcomes<sup>16</sup> which the FCA expects financial services companies to achieve on behalf of their retail clients:

- **Outcome 1:** Consumers can be confident that they are dealing with firms where the fair treatment of customers is central to the corporate culture;
- **Outcome 2:** Products and services marketed and sold in the retail market are designed to meet the needs of identified consumer groups and are targeted accordingly;
- **Outcome 3:** Consumers are provided with clear information and are kept appropriately informed before, during and after the point of sale;
- **Outcome 4:** Where consumers receive advice, the advice is suitable and takes account of their circumstances;
- **Outcome 5:** Consumers are provided with products that perform as firms have led them to expect, and the associated service is of an acceptable standard and as they have been led to expect;
- **Outcome 6:** Consumers do not face unreasonable post-sale barriers imposed by firms to change product, switch provider, submit a claim or make a complaint.

In short, the initiative aims to ensure that consumer information is simple and understandable, and that firms operating in the retail sector are well managed, adequately capitalised and capable of treating customers fairly.

The outcomes listed above are stated in one of the FSA's communication papers regarding TCF. They are not part of the FCA Handbook. Indeed, it is not simply one more set of rules. In place of a tailor-made rulebook, the conduct authority has opted for a regime that places emphasis on interpretive practice and its regulatory capacity to inform, shape, guide and monitor the endeavour of each regulated firm in order to develop best managerial practice and ultimately

---

<sup>16</sup> <http://www.fca.org.uk/firms/being-regulated/meeting-your-obligations/fair-treatment-of-customers> (last visited on 4 April 2014).

deliver the envisaged TCF outcomes. And the experience with the TCF initiative drives home the importance of leadership and commitment on the part of senior management as a necessary precondition to any shift towards a more ethical culture within financial services firms.

The Brazilian Federation of Banks (Febraban) searched all existing instruments and launched, in 2009, its own Code of Banking. It is a system of auto-regulation inspired by the principles of ethics, legality, transparency and respect for the consumer by means of the adoption of procedures of self-discipline to be applied by the signatory institutions. The Code is structured in ten chapters and discloses all the products and services offered in the market. Moreover, it contains rules of obligatory observance according to the Code of Defence of the Consumer. One of these concerns is a praiseworthy initiative with the objective of guiding the performance of the agents and which will have a significant impact on the creation of a new culture and on limiting abuse of the consumer. Nonetheless, it is still necessary to establish a more rigid set of punishments, and institutions must be encouraged not simply to have their own interests in mind.

There is no evidence that these various codes will provide the complete solution to problems that consumers face in dealing with financial markets. There is also no guarantee that institutions will obey the codes or that greater attention to ethics will reduce the number of problems for the consumer. But the fact is that of all the measures that regulators are seeking to implement, these codes are those with the greatest potential to transform the culture of the corporations and change the way agents work in a market which is, most of the time, characterised by relations of undeniable disequilibrium. It is essential, therefore, that at least some attempt is made.

## 5 Final Remarks

Crises always provide opportunities for policymakers and confirm that it is necessary to (according to the jargon) ‘think outside the box’ in order to make more effective regulations. During the crisis of 2008, it was felt that consumers should play a more active role in the financial market, and that institutions should adapt their behaviour in order to allow that to happen so that the market

can develop in a healthy and secure way. There also arose the idea that authorities should devote more resources to monitoring the conduct-of-business of financial institutions, suggesting the implementation of the “Twin Peaks” model as an ideal means of achieving this. This was because distinguishing between prudential regulation and conduct regulation, whether in different bodies or not, reduces unnecessary competition for resources. Moreover, it makes better use of the technical expertise of the staff involved in each activity.

As research developed, however, the conclusions were twofold: First, notwithstanding the effects of globalisation, the adoption of the aforementioned model is not a solution to be adopted worldwide as that the efficiency of any format will depend on variables such as local government politics, culture, and the historical and judicial framework of each country. Secondly, adopting the organisational structure of the Twin Peaks model with the specialised conduct-of-business supervision of the agents is not of itself enough to effect real changes in the market. It is necessary to ensure that effective tools (especially measures for enforcement and for the development of financial education programmes) are made available to the authority responsible for conduct-of-business supervision in order that it may achieve its goals. The good news is that a number of these measures are already being tested around the world.

Considering these variables, the conclusion is that the newly implemented reforms in Brazil have been successful: there is now a board in the Central Bank dealing with the public, and also a body dealing exclusively with conduct-of-business supervision, in line with a moderate Twin Peaks model. As stated above, these actions alone are not enough: there must be an adequate set of tools with a common goal. But the Central Bank is evolving in this respect and will also be able to benefit from some of the ideas that have been put forward in this study and that are already in progress in other countries.

Unlike in the UK and the USA, in Brazil there is no possibility, at least for now, of creating a new agency with the specific task of checking the conduct of financial agents, or of giving specialised treatment to relations with consumers. The Central Bank can and should take this cause upon itself, thus taking on a more pro-active form of management directed at protecting banking consumers, at least in terms of market discipline. The monetary authority, without forgetting its current assignment of assuring a solid and efficient financial system, should

discipline the market, clearly highlighting the importance of establishing relationships with clients, and assuring the necessary balance in contractual relations imposed by the legal system which we are all subject to. It is therefore important for the BCB to provide strategic goals for maintaining a solid and efficient financial system and also an inclusive and sustainable scheme.

As a second step, once this goal has been established and the institution is well structured, with the necessary financial and human resources in place, and as long as the judicial system grants legal competence to the legitimising authority, the BCB should take direct charge of conflict resolution between financial institutions and their clients. Such a measure would be a step forward in consumer protection as taking advantage of its experience in regulating and controlling these relations would bring about more speedy and effective solutions. In addition, it would reduce the number of consumer complaints and thus help services in other areas, and it would also reduce the number of legal actions against banks. These changes should obviously be introduced in a planned and gradual manner as the authority will need to adapt its structures and train its staff for its new function without prejudicing its other work. There should be a partnership between several public organs that have a role in the protection of banking customers, especially *Senacon* and *Procon*, so that there is a transfer of functions and information, without any gap.

During the transition period, which depends, as stated before, on planning and legal provision, it is recommended that the regulating authority improves its structures and procedures in terms of working with the supervision of conduct of business. In this respect, it seems relevant to evaluate the adoption of certain measures that can be taken immediately by the Central Bank. In terms of its organisational structure, it would be efficient to link the team responsible for conduct-of-business supervision – the Department of Conduct – to the same authority that deals, in any kind of way, with the objective of consumer protection as well as the Department of Financial Education and the Department of Attendance to the Public, pursuing greater synergy between the actions developed. As for the work processes, it is of extreme urgency that the Central Bank makes a set of tools available to the teams responsible for making sure institutions comply with best practice in the financial system. Among the measures contemplated in this study, I would recommend the prioritisation of

research to evaluate what has already been happening and the development of codes of conduct for the market agents.

By adopting, and succeeding with, the suggested measures, the Central Bank will raise Brazil to the level achieved by other countries that have already adopted, as state policy, an effective consumer protection regime, and have become a driving force of the whole financial market. This will put the country alongside those which have adopted the principle of a solid, efficient, inclusive and sustainable financial system.

## 7 References

- Ackarya, Viral V. et al. 2011. Regulating Wall Street: the Dodd-Frank Act and the new architecture of global finance. John Wiley & Sons, Inc.
- Akimbami, F. 2011. Financial services and consumer protection after the crisis. International Journal of Bank Marketing. Vol. 29, No. 2, pp. 134–147. Emerald Group Publishing Limited.
- Awrey, Dan et al. 2012. Between Law and Markets: Is There a Role for Culture and Ethics in Financial Regulation? LSE Law, Society and Economy Working Papers 14/2012, London School of Economics and Political Science. Law Department.
- Barbosa, Fernanda Nunes. 2008. Informação: direito e dever nas relações de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Bazley, Stuart et al. 2007. Financial Services Authority Regulation and Risk-based Compliance. Tottel Publishing Ltd.
- BIS. 2008. Customer suitability in the retail sale of financial products and services. The Joint Forum. Bank of International Settlements: Basel. April.
- Carmichael, Jeffrey et al. 2004. Aligning Financial Supervisory Structures with Country Needs. World Bank Institute: Washington, D.C.

Cartwright, Peter et al. 1999. Consumer Protection in Financial Services. International Banking, Finance and Economic Law Series. Volume 9. Kluwer Law International.

Cartwright, Peter. 2004. Banks, Consumers and Regulation. Oxford and Portland Oregon.

CGAP. 2011. Global Standard-Setting Bodies and Financial Inclusion for the Poor: Toward Proportionate Standards and Guidance. CGAP: Washington, D.C., September.

Connery, Niahmh et al. 2009. Regulatory Law in Ireland. Dublin: Tottel Publishing Ltd.

Deloitte. 2012. Changing the domestic supervisory architecture in Europe. Scaling the peaks. Deloitte for EMEA Center for Regulatory Strategy. London, March 2012.

Duke, Elizabeth A. 2009. The Systemic Importance of Consumer Protection, Elizabeth A Duke, Member of the Board of Governors of the US Federal Reserve System at the 2009 Community Development Policy Summit, Cleveland Ohio, 10 June 2009.

ECB. 2010. “Recent Developments in Supervisory Structures in the EU member States (2007-10)”. European Central Bank, Outubro, 2010.

Ferreira, Gabriel Jorge. 2005. A Estrutura Normativa de Supervisão do Sistema Financeiro Nacional. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais nº 28, Ano 8, abril-junho de 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais.

Ferran, Eilis. The Break-up of the Financial Services Authority. Oxford Journal of Legal Studies. Published Advance Accessed 10 April 2011.

IMF. 2012. Brazil: Financial System Stability Assessment. Country Report No. 12/206, Financial Sector Assessment Program.

Georgosouli, A. 2011. The FSA’s ‘Treating Customers Fairly’ (TCF) Initiative: What is So Good About It and Why It May Not Work. Journal of Law and Society, Volume 38, Number 3, ISSN: 0263-323X, pp. 405–27.

\_\_\_\_\_. 2012. The FSA-PRA coordination scheme and the challenge of policy coherence. Oxford University Press.

Goodhart, C. et al. 1998. Financial regulation: why, how, and where now? Routledge.

Goodhart, C. 2000. The Organisational Structure of Banking Supervision. Occasional Paper. Financial Stability Institute. Bank for International Settlements.

HM Treasury. 2010. “A new approach to financial regulation: judgment, focus and stability”. Presented to Parliament by Command of Her Majesty. HM Treasury, July 2010.

Lastra, Rosa Maria. Banco Central e Regulamentação Bancária. Tradução e comentários Dan M. Kraft. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

OECD. 2011. “G-20 High-level Principles on Financial Consumer Protection”. Organization for Economic Co-Operation and Development: Paris, October.

Ogus, Anthony. 2010. Better Regulation – Better Enforcement. Vol. 6: Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law.

Taylor, Michael. 1995. A Regulatory Structure for the New Century. Centre for the Study of Financial Innovation. Toood, P. Textbook on Trusts.

## **Parecer Jurídico 98/2014-BCB/PGBC**

Parecer que analisa a questão jurídica acerca da aplicabilidade às instituições do conglomerado financeiro do § 1º do art. 111 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que sucedeu o parágrafo único do art. 81 do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940.

**Márcio Rafael Silva Laeber**  
Assessor Jurídico

**Eliane Coelho Mendonça**  
Procuradora-Chefe

Parecer Jurídico 98/2014-BCB/PGBC  
Proc. 0601332256

Brasília, 31 de março de 2014.

*Ementa: Consultoria em Organização do Sistema Financeiro. Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf). (...). Efeitos da revogação da Lei nº 5.710, de 7 de outubro de 1971, pelo art. 324 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Revogação total do art. 25 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Vazio normativo acerca do tipo de sociedade empresária a ser adotado pelas instituições financeiras. Competência do Conselho Monetário Nacional, prevista no inciso VIII do art. 4º da Lei nº 4.595, de 1964, para impor a obrigatoriedade de as instituições financeiras serem constituídas sob a modalidade de sociedades anônimas. Aplicabilidade às instituições financeiras privadas constituídas sob a forma de sociedade anônima dos arts. 15, § 2º, 20 e 111 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Possibilidade de conferir direito a voto à ação preferencial na hipótese de não pagamento de dividendos por três exercícios sociais consecutivos. Obrigatoriedade da outorga prévia do Banco Central do Brasil para o exercício de controle societário, inclusive pelo acionista preferencialista com direito a voto, preconizada na alínea g do inciso X do art. 10 da Lei nº 4.595, de 1964, e pelos arts. 13 a 18 do Regulamento Anexo I à Resolução nº 4.122, de 2 de agosto de 2012.*

Senhora Procuradora-Chefe,

## ASSUNTO

Trata-se de processo instaurado em virtude de questionamento formulado pelo (...) (fls. 1 e 2), acerca da aplicabilidade às instituições do conglomerado

financeiro do § 1º do art. 111 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976<sup>1</sup>, que sucedeu o parágrafo único do art. 81 do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940<sup>2</sup>.

2. Segundo os consulentes, os estatutos das instituições que compõem o conglomerado foram alterados em 1977 para, dentre outros objetivos, afastar a aplicação do já referido § 1º do art. 111, em observância ao disposto no § 1º do art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964<sup>3</sup>, incluído pelo art. 1º da Lei nº 5.710, de 7 de outubro de 1971<sup>4</sup>.

---

1 Que possui a seguinte redação:

*“Art. 111. O estatuto poderá deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto, ou conferi-lo com restrições, observado o disposto no artigo 109.*

*§ 1º As ações preferenciais sem direito de voto adquirirão o exercício desse direito se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a 3 (três) exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que fizerem jus, direito que conservarão até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso.*

*§ 2º Na mesma hipótese e sob a mesma condição do § 1º, as ações preferenciais com direito de voto restrito terão suspensas as limitações ao exercício desse direito.*

*§ 3º O estatuto poderá estipular que o disposto nos §§ 1º e 2º vigorará a partir do término da implantação do empreendimento inicial da companhia.”*

2 Que possuía a seguinte redação:

*“Art. 81. Os estatutos poderão deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações comuns, inclusive o de voto, ou conferi-los com restrições, observado o disposto no art. 78.*

*Parágrafo único. As ações preferenciais adquirirão o direito de voto, de que não gozarem em virtude dos estatutos, quando, pelo prazo neles fixado, que não será superior a três anos, deixarem de ser pagos os respectivos dividendos fixos, direito que conservarão até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso.”*

3 Redação original do dispositivo:

*“Art 25. As instituições financeiras privadas, exceto as cooperativas de crédito, constituir-se-ão unicamente sob a forma de sociedade anônima, com a totalidade de seu capital representado por ações nominativas.”*

4 Que possuía a seguinte redação:

*“Art 1º O artigo 25 da Lei número 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:*

*Art. 25. As instituições financeiras privadas, exceto as cooperativas de crédito, constituir-se-ão unicamente sob a forma de sociedade anônima, devendo a totalidade de seu capital com direito a voto ser representada por ações nominativas.*

*§ 1º Observadas as normas fixadas pelo Conselho Monetário Nacional as instituições a que se refere este artigo poderão emitir até o limite de 50% de seu capital social em ações preferenciais, nas formas nominativas, e ao portador, sem direito a voto, às quais não se aplicará o disposto no parágrafo único do art. 81 do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940.*

*§ 2º A emissão de ações preferenciais ao portador, que poderá ser feita em virtude de aumento de capital, conversão de ações ordinárias ou de ações preferenciais nominativas, ficará sujeita a alterações prévias dos estatutos das sociedades, a fim de que sejam neles incluídas as declarações sobre:*

*I - as vantagens, preferenciais e restrições atribuídas a cada classe de ações preferenciais, de acordo com o Decreto-lei número 2.627 de 26 de setembro de 1940;*

*II - as formas e prazos em que poderá ser autorizada a conversão das ações, vedada a conversão das ações preferenciais em outro tipo de ações com direito a voto.*

*§ 3º Os títulos e cautelas representativas das ações preferenciais, emitidos nos termos dos parágrafos anteriores, deverão conter expressamente as restrições ali especificadas.”*

3. Em virtude da revogação da Lei nº 5.710, de 1971, pelo art. 324 da Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986<sup>5</sup>, os consulentes indagam sobre a aplicabilidade do art. 111 da Lei nº 6.404, de 1976.

4. À consulta fez-se acompanhar o parecer do escritório Sturzenegger Advogados (fls. 3 a 17, com cópias às fls. 18 a 31 e 66 a 79), em que se concluiu:

*“42. Por todas as razões aduzidas, entende-se que a revogação expressa da Lei nº 5.710/71 pela Lei nº 7.565/86 não operou a revogação do texto introduzido pela primeira no art. 25 da Lei nº 4.595/64. Isso significa que tal artigo encontra-se em pleno vigor, com a redação dada pela Lei nº 5.710/71.*

*43. De qualquer maneira, admitindo que se pudesse entender ter havido a revogação do § 1º do art. 25 como decorrência da revogação da Lei nº 5.710/71, caso acionistas detentores de ações preferenciais viessem a adquirir, na forma do § 1º do art. 111 da Lei 6.404/76, o controle acionário de instituição financeira, a transferência desse controle e, em decorrência, o exercício do direito de voto como controladores, ficariam condicionados à prévia autorização da transferência pelo Bacen, por imposição do art. 10, inciso X, da Lei nº 4.595/64.” (fl. 17).*

5. O então Departamento de Normas do Sistema Financeiro (Denor), atualmente denominado Departamento de Regulação do Sistema Financeiro, encaminhou os autos à Procuradoria-Geral para análise e manifestação (fl. 55).

6. Foi emitida, na sequência, a Nota Jurídica PGBC-5103, de 29 de setembro de 2006<sup>6</sup> (fls. 56 a 59), em que se concluiu:

*“12. Nesse sentido, o entendimento que prevalece no âmbito da Procuradoria-Geral é o de que o art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, encontra-se revogado, diante da disposição do § 3º do art. 2º do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), que veda a repristinação, não mais existindo, no corpo da Lei 4.595/64.*

---

5 Que possui a seguinte redação:

*“Art. 324. Ficam revogados o Decreto-Lei nº 32, de 18 de novembro de 1966, o Decreto-Lei nº 234, de 28 de fevereiro de 1967, a Lei nº 5.448, de 4 de junho de 1968, a Lei nº 5.710, de 7 de outubro de 1971, a Lei nº 6.298, de 15 de dezembro de 1975, a Lei nº 6.350, de 7 de julho de 1976, a Lei nº 6.833, de 30 de setembro de 1980, a Lei nº 6.997, de 7 de junho de 1982, e demais disposições em contrário.” (G.N.)*

6 De minha lavra, com despacho da Coordenadora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira.

13. *Consequentemente, a regra contida no revogado § 1º do art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, que estabelecia que às ações preferenciais emitidas por instituições financeiras não se aplicaria o disposto no parágrafo único do art. 81 do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 (regime atualmente disciplinado pelo § 1º do art. 111 da Lei nº 6.404, de 1976, com algumas alterações), inexistente atualmente no ordenamento jurídico.”*

7. Os consultentes, por meio da correspondência datada de 12 de dezembro de 2006 (fl. 60), indagaram, em razão de demanda de acionista minoritário, sobre a oportunidade em se dirigir consulta sobre o assunto da presente demanda à Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

8. Em outra correspondência, datada de 20 de junho de 2007 (fl. 62), os demandantes informaram o recebimento de ofício da CVM, por meio do qual foi solicitada, em razão de correspondência enviada ao órgão por acionista preferencialista, manifestação acerca da matéria tratada nos presentes autos. Em resposta, os demandantes teriam informado à CVM que somente se manifestariam após pronunciamento do Banco Central sobre o assunto.

9. O Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf), por meio da Cota Deorf/Conif-2007/07461 (fl. 81), apresentou minuta de Comunicação (fls. 82 a 84), a ser dirigida à Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil.

10. Na minuta em referência o então Diretor de Normas, Alexandre Antônio Tombini, adota o entendimento firmado pela Procuradoria-Geral acerca da completa revogação do art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, que resulta na ausência de obrigação de as instituições financeiras serem constituídas sob a forma de sociedade por ações e na aplicação às instituições constituídas sob tal modalidade do § 1º do art. 111 da Lei nº 6.404, de 1976, que confere direito de voto aos seus acionistas preferencialistas na hipótese de não pagamento de dividendos, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a três exercícios consecutivos.

11. Em razão disso, suscita-se, na minuta de Comunicação, dúvida sobre a possibilidade de assunção do controle acionário de instituição financeira por acionista preferencialista que viesse a exercer, em razão do disposto no § 1º do

art. 111 da Lei nº 6.404, de 1976, direito de voto, tendo em conta o conceito de acionista controlador presente no art. 116 do diploma legal em referência<sup>7</sup>.

12. Nesse contexto, na minuta de Comunicação sugere-se o envio dos autos à Procuradoria-Geral para a emissão de manifestação jurídica tendente a *propor eventuais medidas com vistas a pacificar dúvidas sobre as regras aplicáveis à estrutura societária das instituições financeiras*, esclarecer a questão constante no parágrafo anterior e interpretar os seguintes dispositivos:

*“I – art. 10, inciso X, alínea ‘g’ da Lei nº 4.595, de 1964, relativamente à necessidade de autorização deste Banco Central às instituições financeiras para que possam transferir o seu controle acionário, na hipótese de incidência do art. 111, § 1º, da Lei 6.404, de 1976; e*

*II – art. 4º, inciso VIII, da mesma Lei, relativamente à competência do Conselho Monetário Nacional para expedir normas sobre a constituição de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, divergentes daquelas previstas na Lei 6.404, de 1976.”*

13. Por fim, o Deorf encaminhou os autos à Procuradoria-Geral, solicitando nova manifestação jurídica sobre a matéria, em razão dos seguintes argumentos:

*“Considerando o tempo decorrido sem que tenha havido uma resposta oficial nem encaminhamento da matéria; considerando que a questão é polêmica e que havia divergência na própria PGBC, tanto que consta posicionamento anterior (Parecer DEJUR-449/95, de 21 de novembro de 1995) em sentido contrário; considerando que o último parecer da PGBC que analisou a questão data de 2006 e fez referência ao último posicionamento em vigor (Parecer DEJUR-174/96, de 4 de julho de 1996); considerando os argumentos apresentados em parecer subscrito pelo Dr. Luiz Carlos Sturzenegger, ex-Procurador-Geral desta Autarquia, contrário ao posicionamento jurídico*

---

7 Que possui a seguinte redação:

*“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:*

*a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.*

*Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”*

*vigente na PGBC; considerando a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no caso BESC (acórdão encontra-se transcrito no Pt 0701380025, que cuida do mesmo assunto), que, embora seja pela aplicabilidade do § 1º do art. 111 da Lei das S/A, não teria feito qualquer menção à revogação do art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964; considerando que a revogação expressa foi da Lei nº 5.710, de 1971, que deu nova redação ao art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, não tendo havido revogação expressa do dispositivo da lei que recebeu a nova redação; considerando que se buscarmos o referido art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, seja no site do Planalto, seja no site do próprio Banco Central, seja nos Códigos da Editora Saraiva, seja no da Editora Revista dos Tribunais, encontraremos o art. 25 intacto e na íntegra, com a redação dada pela Lei nº 5.710, de 1971, sem qualquer referência à sua revogação nem à Lei nº 7.565, de 1986, que tratou basicamente do Código Brasileiro de Aeronáutica, sugiro preliminarmente o encaminhamento do assunto à PGBC, para reexame da matéria e confirmação sobre o posicionamento jurídico atual, com eventual revisão do Parecer DEJUR-174/96, de 1996.”*

14. Esse é o relatório. Passo a opinar.

## APRECIACÃO

### Do parecer do escritório Sturzenegger Advogados

15. Preliminarmente, cabe realizar uma breve síntese acerca dos argumentos apresentados no parecer do escritório Sturzenegger Advogados.

16. Defendeu-se no referido documento que a possibilidade de acionistas detentores de ações preferenciais assumirem, em caráter transitório, o controle de instituições financeiras não se coadunaria com as regras de supervisão bancária e com os princípios que norteiam as normas do Sistema Financeiro Nacional (busca da higidez do sistema, proteção da estabilidade das entidades financeiras, proteção da poupança popular, entre outros), que impõem a prévia verificação pelo Banco Central do Brasil do preenchimento das condições estabelecidas pela legislação em vigor para o exercício do poder de controle nas aludidas instituições.

17. Advogou-se, também, no parecer em referência que a revogação da Lei nº 5.710, de 1971, promovida de forma expressa pela Lei nº 7.565, 1986, não pode gerar, de maneira reflexa, alteração em dispositivos de leis modificados por aquela norma. Segundo a tese sustentada, a Lei nº 5.710, de 1971, seria norma de caráter temporário, tendo como único desiderato a incorporação de disposição normativa ao texto de outra lei, exaurindo a partir de então a sua eficácia jurídico-normativa.

18. Nesse contexto, a revogação expressa da lei modificadora não alcançaria as alterações por ela produzidas, sendo necessária, para tanto, a revogação da própria lei modificada. Segundo o parecer em comento, entender de forma diversa significaria aceitar a manutenção da vigência da norma de caráter temporário mesmo após ter alcançado o fim a que se destina.

19. Nesse compasso, concluiu-se no parecer do escritório Sturzenegger Advogados, que a revogação da Lei nº 5.710, de 1971, pela Lei nº 7.565, de 1986, não alcançaria a modificação promovida pela primeira no texto do art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964. E ainda que alcançasse, a transferência de controle e, em decorrência, o exercício do direito de voto na condição de controladores, ficariam condicionados, por força do art. 10, X, da Lei nº 4.595, de 1964, à prévia autorização do Banco Central do Brasil.

### **Dos precedentes da Procuradoria-Geral do Banco Central.**

20. A primeira manifestação a tratar do tema no âmbito da Procuradoria-Geral foi o Parecer PGBC-449, de 21 de novembro de 1995<sup>8</sup>, em que se ressaltou:

*“(...) considerando a falta de pertinência da instituição do Código Brasileiro de Aeronáutica com a forma de constituição do capital social das entidades financeiras, é desarrazoado pretender-se que a revogação expressa da Lei nº 5.710, de 07 de outubro de 1971, tenha alcance fora do âmbito do direito de aeronáutica, sem que ao menos a epígrafe da Lei nº 7565, de 19 de dezembro de 1986, aluda a outras providências.*

*Em assim sendo, (...), firmamo-nos no sentido de que permanece em vigor o art. 25 da Lei nº 4.595/64, nos termos da redação que lhe deu a Lei nº 5.710/71, salvo quanto às alterações que lhe advieram em razão da Lei nº 8.021/90.”*

8 Da lavra do Procurador Antônio Fernando S. dos S. Machado, com despacho do Procurador-Chefe Manoel José Ferreira Nunes.

21. Posteriormente foi emitido o Parecer PGBC-174, de 4 de julho de 1996<sup>9</sup>, em que se sedimentou o seguinte entendimento:

“4. Voltando ao tema essencial, sou levado, *data vênia*, a discordar do Parecer DEJUR-449/95, expressando meu entendimento de que o art. 25 da Lei 4.595 foi, efetivamente, revogado. Certamente foi um erro do legislador, que pretendia, tão-somente, na Lei 7.565/86, revogar apenas o art. 7º da Lei 5.710 (este, relembre-se, alterando o antigo Código Brasileiro do Ar). Essa intenção, contudo, não foi adequadamente traduzida no texto legal, revogando-se, expressamente, *in totum*, a Lei 5.710.

5. Com isso, em não havendo, nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil, *repristinação*, ou seja, a restauração da lei revogada pela perda de vigência da lei revogadora, ‘salvo disposição em contrário’, é de se concluir que o mencionado art. 25 não mais existe, no corpo da Lei 4.595/64.

6. Assim sendo, estão as instituições financeiras, hoje, sujeitas ao disposto no art. 15, § 2º, da Lei 6.404/76, que permite a emissão de ações preferenciais, sem direito a voto, até o limite de 2/3 do total das ações emitidas, combinado com o art. 20, da mesma lei, com a redação que lhe deu o art. 4º da Lei 8.021/90 (obriga que o total do capital das sociedades anônimas seja formado por ações nominativas).

(...)

10. Além disso, penso ser necessário um posicionamento da Superior Administração quanto à conveniência e oportunidade de, alternativamente, manter-se o estágio atual (ausência de determinação legal específica quanto ao capital das instituições financeiras, com aplicação dos dispositivos gerais da lei societária) ou retornar-se ao estágio anterior, mediante alteração legislativa que reponha em vigor o art. 25 da Lei 4.595, com a redação dada pela Lei 5.710 (observado, porém, o disposto no art. 4º da Lei 8.021/90).”

22. No despacho que aprovou a manifestação em referência, o então Procurador-Geral José Coelho Ferreira ressaltou:

*Ao DENOR, com cópia para o Sr. Presidente, enfatizando que, em prevalecendo as normas da Lei 6.404/76, o não pagamento de dividendos por certo tempo, acarretará a atribuição do direito de voto às ações preferenciais (Lei 6.404,*

---

<sup>9</sup> Da lavra do Subprocurador-Geral, Carlos Alberto Hagstrom, com despacho do Procurador-Geral, José Coelho Ferreira.

*art. 111, § 1º). Tal fato pode ser inconveniente, em relação às instituições financeiras, na medida em que possibilita alterações no controle societário.”*

23. Por fim, foi expedida a já mencionada Nota Jurídica PGBC-5103, de 2006, por meio da qual, ratificando o entendimento firmado no Parecer PGBC-174, de 1996, concluiu-se que o art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, e a redação que a ele foi conferida pelo art. 1º da Lei nº 5.710, de 1971, encontram-se revogados, não mais existindo norma que afaste a aplicação do § 1º do art. 111 da Lei 6.404, de 1976, às instituições financeiras.

### **Do entendimento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.**

24. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por meio do Parecer PGFN/CAS/nº 1616, de 21 de agosto de 2013<sup>10</sup> (anexo à presente manifestação), concluiu, na linha dos precedentes da Procuradoria-Geral do Banco Central, encontrarem-se revogadas as disposições normativas conferidas pelo art. 1º da Lei nº 5.710, de 1971, ao art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, *ad litteram*:

*“17. Preliminarmente, cabe-nos enfrentar o art. 25 da Lei nº 4.595, de 13 de dezembro de 1964, que dispõe sobre o Sistema Financeiro Nacional, dispositivo este que teve sua redação alterada pela Lei nº 5.710, de 7 de outubro de 1971, acrescentando-lhe o §2º e respectivo inciso II, vedando expressamente a conversão de ações preferenciais em ações com direito a voto, fazendo-o nos seguintes termos:*

*(...)*

*18. Ocorre que, em 19 de dezembro de 1986, foi editada a Lei nº 7.565, que, dispondo sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, expressamente revogou (sic) em seu art. 324, a Lei n. 5.710, de 1971, o que implicou, por consequência, a revogação do art. 25 da Lei n. 4.595, de 1964, deixando, referido dispositivo legal de existir no mundo do direito, de vez que o nosso ordenamento jurídico não vislumbra a possibilidade da repristinação, a não ser que a lei revogadora expressamente o declare, o que não é a hipótese.*

*19. É de se ressaltar que o próprio Banco Central do Brasil, autarquia que tem por atribuição legal o exercício da fiscalização das instituições financeiras*

10 Da lavra do procurador Gustavo Scatolino Silva, com despachos do Coordenador-Geral Júlio César Gonçalves Corrêa e da Procuradora-Geral Adjunta Liana do Rêgo Motta Veloso.

*(inciso VIII do art. 10 da Lei n. 4.595, de 1964), esposou entendimento, no parecer DEJUR – 174/96, no sentido de não mais existir o art. 25 no corpo da retromencionada Lei n. 4.595, de 1964.*

20. *Neste sentido, não há impedimento por parte da Lei n. 4.595, de 1964, de que sejam as ações preferenciais do BNB convertidas em ações ordinárias.”*

## Da continuidade das leis.

25. O princípio da continuidade das leis, previsto no *caput* do art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)<sup>11</sup>, consiste na manutenção da vigência da lei até que venha a ser revogada. Essa é a regra do direito brasileiro, assentado na supremacia da lei escrita, cujas normas devem disciplinar indefinida e continuamente as relações jurídicas nelas previstas.

26. Em alguns casos especiais, a lei pode ser temporária, cessando sua vigência por causas intrínsecas, como é o caso do advento dos fins para a qual foi criada.

27. Destaca-se na doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald o seguinte excerto<sup>12</sup>:

*“Excetuados os casos especiais, com expressa previsão normativa, a lei tem caráter permanente, vigendo até que outra venha a lhe revogar, expressa ou tacitamente. É o princípio da continuidade (Lei Introdutória, art. 2º), pelo qual, criada para disciplinar indefinida e continuamente as relações jurídicas que nela se enquadrem, a lei somente terá o seu término com a revogação, salvo as hipóteses de leis elaboradas com o termo estabelecido previamente (no próprio texto legal) ou para atender circunstâncias específicas, quando cessada a causa que deu ensejo à sua criação.”*

28. Carlos Roberto Gonçalves<sup>13</sup> enumera o advento do termo fixado, o implemento da condição resolutiva e a consecução dos fins da norma como causas intrínsecas que determinam a perda da validade das leis de vigência temporária, ressaltando, em relação à última:

---

11 Que possui a seguinte redação:

*“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.”*

12 FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, págs. 99 e 100.

13 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro* (parte geral). 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1, pág. 41.

*“(...). Cessa a vigência da lei destinada a um determinado fim quando este se realiza. Assim, por exemplo, a que concedeu indenização a familiares de pessoas envolvidas na Revolução de 1964 perdeu a sua eficácia no momento em que as indenizações foram pagas.”*

29. A natureza temporária tem por escopo atender necessidades estatais transitórias (circunstâncias excepcionais), que constitua a finalidade única da norma. Cumprido o desiderato, a norma tem sua eficácia automaticamente cessada.

### **Da cessação da eficácia de normas permanentes.**

30. A revogação é o fenômeno jurídico por meio do qual se retira a eficácia de normas de caráter permanente. Nesse sentido, não há outra forma de por termo à sua eficácia senão por meio de sua revogação, promovida por meio de dispositivo veiculado em instrumento normativo de mesma hierarquia.

31. A revogação pode ser total ou parcial, e pode ocorrer de forma expressa ou tácita (§ 1º do art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942<sup>14</sup>). A revogação total, denominada de ab-rogação, atinge a lei como um todo (supressão integral da norma anterior). A revogação parcial, denominada de derrogação, atinge somente uma parte da norma. A revogação expressa ocorre quando a nova lei, de forma clara e inequívoca, declara a revogação da lei, de todos ou de alguns de seus dispositivos. A revogação tácita ocorre quando, sem que haja declaração expressa, as disposições da nova lei mostrarem-se incompatíveis com as da legislação anterior ou regularem inteiramente a matéria nela tratada.

32. Acerca do fenômeno jurídico da revogação, ressalta Maria Helena Diniz<sup>15</sup>:

*“Revogar é tornar sem efeito uma norma, retirando sua obrigatoriedade. Revogação é um termo genérico, que indica a ideia de cessação da existência da norma obrigatória. Assim sendo, ter-se-á permanência da lei quando, uma vez promulgada e publicada, começa a obrigar indefinidamente até que outra a revogue. A lei nova começa a vigorar a partir do dia em que a lei revogada vier a perder sua força. Em outros termos, a data da cessação*

14 Que possui a seguinte redação:

*“§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”*

15 DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994, pág. 64.

*da eficácia de uma lei não é a da promulgação ou publicação da lei que a revoga, mas a em que a lei revocatória se tornar obrigatória. Enquanto não começar a obrigatoriedade da lei nova, a anterior continuará a ter eficácia, a não ser que se determine sua suspensão. Com a entrada em vigor da nova norma, a lei revogada não mais poderá pertencer ao ordenamento jurídico, perdendo sua vigência, mas a revogação poderá não eliminar sua eficácia, pois poderá suceder que seus efeitos permaneçam.”*

### **Da natureza da Lei nº 5.710, de 1971.**

33. Propugnam os demandantes que a norma inserta no art. 1º da Lei nº 5.710, de 1971, por ter como propósito único modificar a redação do art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, teria natureza temporária, e com isso teria exaurido sua eficácia jurídico-normativa ao entrar em vigor e alterar a norma vigente. Nesse sentido, todas as normas que veiculem modificações no texto de outras normas seriam de caráter temporário, pois realizado tal desiderato não mais restaria outra função à norma modificadora.

34. Entretanto, tal conclusão não se coaduna com o conteúdo normativo da própria Lei nº 5.710, de 1971, haja vista que, a par de dar nova redação ao art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, também altera outras normas do ordenamento jurídico, sem conferir nova redação a dispositivos legais existentes. É o caso do seu art. 2º, que atribui ao Conselho Monetário Nacional (CMN) o poder de aplicar as disposições dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, introduzidas pelo art. 1º daquela lei, às instituições financeiras públicas de economia mista. Tal dispositivo, que, em caráter permanente, veio conferir poder ao CMN, não foi incorporado a qualquer outra lei.

35. Nesse contexto, não se mostra juridicamente possível extrair natureza distinta de duas normas que possuem o mesmo objetivo, qual seja, alterar outra norma preexistente.

36. As normas insertas na Lei nº 5.710, de 1971, e especialmente o seu art. 1º, não possuem natureza temporária, mas sim caráter de permanência, pois, além de veicular a revogação de normas para as quais deu nova redação, também trouxe outras previsões normativas que não modificaram a redação de textos legais (*vide* arts. 2º, 3º e 6º, parágrafo único). Nesse sentido, a Lei nº 5.710, de 1971, é o suporte jurídico a ser invocado tanto para as novas redações de texto

nela veiculadas (nesse caso juntamente com a lei modificada) quanto para as alterações normativas não incorporadas a outras leis.

37. Ademais, no que diz respeito à doutrina civilista, a alegação de que as leis que modifiquem a redação de outras leis teriam natureza temporária, também não é verdadeira, pois se trata, na verdade, de técnica legislativa adotada para as revogações mediante substituição de dispositivo alterado.

38. Como visto, enquanto na revogação expressa há clara e inequívoca menção à revogação da lei, na revogação tácita não há declaração da revogação da norma, mas sim a incompatibilidade com a norma anterior. Nesse sentido, a revogação tácita pode ser realizada de duas formas: pela disciplina da matéria em nova lei ou, igualmente, pela disciplina da matéria na lei anterior, mediante substituição do dispositivo que se pretende alterar.

39. Em ambas as hipóteses a norma antiga é substituída pela nova disciplina da matéria. A adoção de uma ou outra modalidade não difere em essência e nos efeitos, constituindo mera opção da técnica legislativa a ser adotada.

40. Tal escolha possui atualmente baliza legal, qual seja, o art. 12 da Lei Complementar nº 95, de 1998<sup>16-17</sup>, que, ao tratar das hipóteses de revogação, determina que a nova disciplina da matéria, na hipótese de alteração pontual da norma, seja levada a efeito mediante substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado.

41. Em que pese à época da edição da Lei nº 5.710, de 1971, não existir tal disposição legal acerca da técnica legislativa a respeito da revogação parcial por modificação de texto, foi essa a forma adotada pela referida lei para alterar o art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, sem que se possa argumentar que, a depender de tal escolha, a norma teria vigência temporária ou permanente.

42. É que se a alteração normativa tivesse sido promovida mediante disciplina da matéria na Lei nº 5.710, de 1971, sem que se tivesse dado nova

16 Que possui a seguinte ementa:

*"Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona."*

17 O dispositivo em referência possui a seguinte redação:

*"Art. 12. A alteração da lei será feita:*

*I - mediante reprodução integral em novo texto, quando se tratar de alteração considerável;*

*II - mediante revogação parcial;*

*III - nos demais casos, por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras:*

*(...)" (G.N.)*

redação ao art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, jamais se hesitaria em afirmar a natureza permanente da Lei nº 5.710, de 1971.

43. Dessa forma, a natureza da norma não é conferida pela mera escolha da técnica legislativa utilizada para veicular determinada regra jurídica, mas sim em virtude da natureza da própria regra jurídica nela veiculada.

44. Nesse contexto, não se podendo atribuir natureza à norma em razão da técnica legislativa adotada para a sua veiculação e, pretendendo alterar de forma permanente o conteúdo jurídico, entre outros, do art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, não há de se falar em caráter transitório da Lei nº 5.710, de 1971, ou de qualquer dos seus dispositivos.

45. Conforme já asseverado, possuindo natureza perene, haja vista não pretender alterar transitoriamente uma determinada situação fática (circunstância) excepcional, a Lei nº 5.710, de 1971, constitui suporte jurídico das disposições nela veiculadas, inclusive das que conferem nova redação a dispositivos legais preexistentes.

46. Em razão disso, as alterações normativas levadas a efeito na Lei nº 5.710, de 1971, tem reflexos revogatórios nas disposições por ela alteradas.

#### Dos efeitos da edição da Lei nº 5.710, de 1971, e da Lei nº 7.535, de 1986.

47. A Lei nº 4.595, de 1964, possui, indubitavelmente, natureza permanente. A cessação da eficácia de suas normas somente pode ocorrer, conforme ressaltado pela doutrina, mediante revogação de seus dispositivos. Esse fenômeno ocorreu com a redação original do art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, que se manteve vigente até a entrada em vigor do art. 1º da Lei nº 5.710, de 1971.

48. A cessação da eficácia da redação original do art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, não se deu de forma expressa, haja vista que a Lei nº 5.710, de 1971, não declarou taxativamente a revogação do referido dispositivo, mediante adoção de cláusula de revogação (*vide* art. 9º da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998<sup>18</sup>).

49. De outra forma, preferiu-se na Lei nº 5.710, de 1971, regular a matéria antes prevista no referido dispositivo da Lei nº 4.595, de 1964, dando a ele nova

---

18 Que possui a seguinte redação:

*“Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.”*

redação, substituindo parcialmente o texto antes existente (esta modalidade de revogação encontra-se preconizada atualmente no art. 12 da Lei Complementar nº 95, de 1998).

50. Com isso, revogada a redação original, o art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, passou a ter seu suporte jurídico não mais na lei em que foi originalmente inserido, mas sim no art. 1º da Lei nº 5.710, de 1971, que lhe conferiu nova redação, revogando a anterior.

51. Nesse sentido, a nova redação conferida ao art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, manteve-se vigente enquanto não cessada a permanência de seu suporte jurídico, qual seja, o art. 1º da Lei nº 5.710, de 1971.

52. Não se tratando de norma temporária, mas sim de norma de natureza permanente, a Lei nº 5.710, de 1971, somente veio a perder a eficácia, em razão da revogação expressa e total (ab-rogação), decorrente da norma do art. 324 da Lei nº 7.535, de 1986.

53. Feitas essas considerações, pode-se concluir que, não há mais de se falar em vigência do art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, que teve sua eficácia cessada quando da revogação de seu suporte jurídico, qual seja, o art. 1º da Lei nº 5.710, de 1971. Da mesma forma, encontram-se revogadas as demais disposições da Lei nº 5.710, de 1971, que também tiveram a eficácia cessada com a revogação expressa promovida pelo art. 324 da Lei nº 7.535, de 1986, inclusive aquelas que tratavam especificamente da matéria de regência do Banco Central do Brasil.

### **Da previsão do tipo societário para a constituição e funcionamento de instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.**

54. O art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, tanto em sua redação original quanto na redação conferida pelo art. 1º da Lei nº 5.710, de 1971, determinava que as instituições financeiras privadas, exceto as cooperativas de crédito, fossem constituídas sob a forma de sociedade anônima.

55. A revogação desse dispositivo pelo art. 324 da Lei nº 7.565, de 1986, resultou em um vazio normativo acerca do tipo societário aplicável às instituições financeiras privadas, o que poderia autorizar a adoção de tipo societário diverso das sociedades anônimas.

56. O tratamento da matéria, que antes era previsto em lei, insere-se na competência conferida ao CMN, pelo inciso VIII do art. 4º da Lei nº 4.595, de 1964<sup>19</sup>, para disciplinar a constituição e o funcionamento das instituições financeiras.

57. O CMN, como autoridade reguladora, pode, na tutela protetiva do Sistema Financeiro Nacional, restringir o exercício da atividade econômica, impondo a forma a que os agentes econômicos devem se revestir para atuar nesse sistema.

58. Havendo fundamento para restringir a constituição de instituições financeiras privadas exclusivamente sob a forma de sociedade anônima, e não havendo vedação de tal exigência em outras normas do ordenamento jurídico, entendo que o inciso VIII do art. 4º da Lei nº 4.595, de 1964, apresenta-se como adequado suporte jurídico para que o CMN discipline a matéria.

### **Do quantitativo das ações preferenciais, da forma de sua emissão e da aquisição do direito a voto.**

59. O art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, com a redação conferida pelo art. 1º da Lei nº 5.710, de 1971, determinava às instituições financeiras privadas que as ações com direito a voto fossem emitidas sob a forma nominativa (*caput*), bem como autorizava a emissão de ações preferenciais, sem direito de voto, na forma nominativa ou ao portador, no percentual máximo de 50% (cinquenta por cento) do capital social.

60. Com a revogação dessa norma pelo art. 324 da Lei nº 7.565, de 1986, e não havendo outra previsão normativa na legislação de regência do Sistema Financeiro Nacional, as instituições financeiras privadas constituídas sob a forma de sociedade anônima passaram a ser disciplinadas, na matéria, pelas disposições da Lei nº 6.404, de 1976.

61. O art. 15, § 2º, da Lei nº 6.404, de 1976, em sua redação original, dispunha que o número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas à

---

19 Que possui a seguinte redação:

*“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;”*

restrição no exercício desse direito, não poderia ultrapassar 2/3 (dois terços) do total das ações emitidas.

62. Sobre o assunto, destaca a doutrina de Simone Lahorgue Nunes<sup>20</sup>, datada de 1999:

*“Em 19 de dezembro de 1986, a Lei 7.565, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, em seu art. 324, revogou, dentre outras, a Lei nº 5.710, de 7.10.1971, que em seu § 1º estabelecia o limite máximo de 50% do capital social das instituições financeiras para ser emitido em ações preferenciais. Como podemos verificar hoje – ou melhor, desde 19 de dezembro de 1986 – a norma vigente para todas as sociedades anônimas, inclusive as instituições financeiras, é a que limita a emissão de ações preferenciais a 2/3 do seu capital social, (...)”*

63. Entretanto, o art. 15, § 2º, da Lei nº 6.404, de 1976, foi alterado pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001<sup>21</sup>, passando tal limite mínimo a ser de 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas, igualando-se ao percentual antes previsto pelo art. 1º da Lei nº 5.710, de 1971, especialmente para as instituições financeiras privadas.

64. Ressalte-se que, conforme destacado no item 16 da minuta de Comunicação constante às fls. 82 a 84, todas as instituições financeiras apresentam estrutura acionária constituída por igual número de ações ordinárias e preferenciais, não havendo instituição autorizada que tenha se valido da norma do inciso III do § 1º do art. 8º da Lei nº 10.303, de 2001<sup>22</sup>, para o fim de manter o número de ações preferenciais em 2/3 (dois terços) do total das ações emitidas.

20 NUNES, Simone Lahorgue. *Emissão de ações preferenciais por instituições financeiras – limite de 50% do capital social*. In Revista de Direito Mercantil, nº 116, ano XXXVII, out-dez/1999, págs. 162 a 166.

21 Que possui a seguinte ementa:

*“Altera e acrescenta dispositivos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.”*

22 Que possui a seguinte redação:

*“Art. 8º A alteração de direitos conferidos às ações existentes em decorrência de adequação a esta Lei não confere o direito de recesso de que trata o art. 137 da Lei nº 6.404, de 1976, se efetivada até o término do ano de 2002.*

*§ 1º A proporção prevista no § 2º do art. 15 da Lei nº 6.404, de 1976, será aplicada de acordo com o seguinte critério:*

*I - imediatamente às companhias novas;*

*II - às companhias fechadas existentes, no momento em que decidirem abrir o seu capital; e*

*III - as companhias abertas existentes poderão manter proporção de até dois terços de ações preferenciais, em relação ao total de ações emitidas, inclusive em relação a novas emissões de ações.” (G.n.)*

65. Por sua vez, o art. 20 da Lei nº 6.404, de 1976, determinava, em sua redação original, que as ações poderiam ser nominativas, endossáveis ou ao portador. Essa norma veio a ser modificada pelo art. 4º da Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990<sup>23</sup>, que determinou que as ações somente pudessem ser emitidas sob a forma nominativa.

66. Dessa forma, desde o ano de 1990, todas as ações das instituições financeiras privadas, constituídas sob a forma de sociedade anônima, devem ser emitidas sob a forma nominativa, e desde o ano de 2001, o número de ações preferenciais de tais sociedades não pode ultrapassar o limite máximo de 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas.

67. Da mesma forma, a revogação da Lei nº 5.710, de 1971, tornou obrigatória para as instituições financeiras privadas constituídas sob a forma de sociedade anônima a observância do disposto no § 1º do art. 111 da Lei nº 6.404, de 1976, que confere direito de voto às ações preferenciais desprovidas de tal direito na hipótese não pagamento de dividendos fixos ou mínimos, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a 3 (três) exercícios consecutivos. Nesse caso, o acionista preferencial assume provisoriamente a condição de acionista ordinário, adquirindo o direito de voto, até que os dividendos inadimplidos sejam quitados.

68. Preocupação externada pelos demandantes é a aquisição do controle acionário por parte dos preferencialistas sem que o Banco Central do Brasil avalie a presença das condições necessárias para tanto, especialmente a competência técnica e a integridade dos novos controladores.

69. Todavia, como destacado na conclusão do parecer do escritório Sturzenegger Advogados, o exercício do poder controle encontra-se condicionado à prévia aprovação, pelo Banco Central do Brasil, da transferência do controle acionário. Tal outorga prévia encontra-se preconizada na alínea g do inciso X do art. 10 da Lei nº 4.595, de 1964, na forma disciplinada pelos arts. 13 a 18 do Regulamento Anexo I à Resolução nº 4.122, de 2 de agosto de 2012<sup>24</sup>.

---

23 Que possui a seguinte ementa:

*“Dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, e dá outras providências.”*

24 Que possui a seguinte ementa:

*“Estabelece requisitos e procedimentos para constituição, autorização para funcionamento, cancelamento de autorização, alterações de controle, reorganizações societárias e condições para o exercício de cargos em órgãos estatutários ou contratuais das instituições que especifica.”*

70. Ressalte-se que a referida alínea g foi inserida no inciso X do art. 10 da Lei nº 4.595, de 1964, pelo art. 16 do Decreto-lei nº 2.321, editado em 25 de fevereiro de 1987<sup>25</sup>, ou seja, menos de três meses após a edição da Lei nº 7.565, de 1986, que revogou o disposto no art. 1º da Lei nº 5.710, de 1971.

71. Nesse contexto, caso a assunção do direito de voto venha a representar, mesmo que precariamente e em razão de disposição legal, a transferência a acionista preferencialista do poder de controle da companhia, tal fato jurídico há de ser trazido a esta Autarquia para o recebimento da outorga estatal, sem a qual o exercício do poder de controle não poderá ser levado a efeito.

72. Ademais, a detenção de direitos correspondentes à participação qualificada [igual ou superior a 15% (quinze por cento)] no capital da instituição financeira também deve ser submetida ao Banco Central do Brasil, em observância ao art. 16 do Regulamento Anexo I à Resolução nº 4.122, de 2012.

73. Dessa forma, a revogação da norma contida no art. 1º da Lei nº 5.710, de 1971, pelo art. 324 da Lei nº 7.565, de 1986, atraiu a aplicação dos arts. 15, § 2º, 20 e 111, todos da Lei nº 6.404, de 1976, às instituições financeiras privadas constituídas sob a forma de sociedade anônima.

## CONCLUSÃO

74. Feitas essas considerações, pode-se concluir que:

a) a Lei nº 5.710, de 1971, é norma de natureza permanente, e por meio de seu art. 1º, revogou a redação original do art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, de forma tácita, adotando, para tanto, a técnica legislativa de substituição do texto alterado;

b) o art. 1º da Lei nº 5.710, de 1971, passou a ser o suporte jurídico da nova redação por ele conferida ao art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964;

---

25 Que possui a seguinte ementa:

*“Instituí, em defesa das finanças públicas, regime de administração especial temporária, nas instituições financeiras privadas e públicas não federais, e dá outras providências.”*

c) a cessação da eficácia da Lei nº 5.710, de 1971, decorrente da revogação expressa e total (ab-rogação) promovida pelo art. 324 da Lei nº 7.565, de 1986, retirou do mundo jurídico todas as normas encetadas naquela lei;

d) a redação conferida pelo art. 1º da Lei nº 5.710, de 1971, bem como o próprio art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, encontram-se, nesse contexto, revogados;

e) a revogação do art. 25 da Lei nº 4.595, de 1964, resultou em um vazio normativo acerca do tipo societário aplicável às instituições financeiras privadas;

f) havendo fundamento para restringir a constituição de instituições financeiras privadas exclusivamente sob a forma de sociedade anônima, o inciso VIII do art. 4º da Lei nº 4.595, de 1964, apresenta-se como adequado suporte jurídico para que o CMN discipline a matéria;

g) as instituições financeiras privadas constituídas sob a forma de sociedade anônima passaram a ser disciplinadas pelas disposições dos arts. 15, § 2º, 20 e 111, da Lei nº 6.404, de 1976;

h) caso a assunção do direito de voto, em observância ao disposto no § 1º do art. 111 da Lei nº 6.404, de 1976, venha a representar, mesmo que precariamente, a transferência a acionista preferencialista do poder de controle da companhia, o exercício de tal poder não poderá ser levado a efeito sem a prévia outorga estatal, preconizada na alínea g do inciso X do art. 10 da Lei nº 4.595, de 1964, e disciplinada pelos arts. 13 a 18 do Regulamento Anexo I à Resolução nº 4.122, de 2012; e

i) a detenção de direitos correspondentes à participação qualificada [igual ou superior a 15% (quinze por cento)] no capital da instituição financeira também deve ser submetida ao Banco Central do Brasil, em observância ao art. 16 do Regulamento Anexo I à Resolução nº 4.122, de 2012.

À consideração de Vossa Senhoria.

*Márcio Rafael Silva Laeber*

*Assessor Jurídico*

*Coordenação-Geral de Consultoria em Organização do Sistema Financeiro (COORF)*

De acordo.

Ao Deorf.

*Eliane Coelho Mendonça*

*Procuradora-Chefe*

*Coordenação-Geral de Consultoria em Organização do Sistema Financeiro (COORF)*

## **Petição 6.082/2013-BCB/PGBC**

Petição requerendo a admissão do Banco Central do Brasil como *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.022/RO, proposta para obter a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar rondoniense nº 717, de 24 de julho de 2013, que alterou a Lei Complementar nº 701, de 5 de março de 2013. Os normativos referidos dispõem sobre o processamento de consignações em folha de pagamentos dos servidores públicos ativos, inativos, pensionistas e empregados públicos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo do Estado de Rondônia.

**Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho**  
Subprocurador-Geral

**Isaac Sidney Menezes Ferreira**  
Procurador-Geral

**Mariana Casati Nogueira da Gama**  
Procuradora

**Flavio José Roman**  
Procurador-Chefe

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 5.022/RO  
REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DE RONDÔNIA  
REQUERIDO: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE RONDÔNIA

BANCO CENTRAL DO BRASIL, autarquia federal criada pela Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, sediada no endereço indicado no rodapé, por seus procuradores abaixo assinados (art. 17, I, da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, c/c art. 4º, I, da Lei n.º 9.650, de 27 de maio de 1998), vem à presença de Vossa Excelência, nos autos da ação direta de inconstitucional (ADI) referenciada na epígrafe, respeitosamente, com esteio no que dispõe o art. 7º, § 2º, da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, requerer seu ingresso no feito, na qualidade de *AMICUS CURIAE*, pedindo a juntada do presente

MEMORIAL,

com o fim de explicitar razões de fato e de direito que evidenciam a plena inconstitucionalidade da Lei Complementar rondoniense n.º 717, de 24 de junho de 2013 que alterou a redação do § 2º e inseriu o § 3º ao artigo 8º da Lei Complementar n.º 701, de 5 de março de 2013.

## I. OBJETO DA PRESENTE ADI E CARACTERIZAÇÃO DO PROBLEMA

2. A presente ação direta foi proposta para obter a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar rondoniense nº 717, de 24 de julho de 2013<sup>1</sup>, que alterou a Lei Complementar nº 701, de 5 de março de 2013. Os normativos referidos dispõem sobre o processamento de consignações em folha de pagamentos dos servidores públicos ativos, inativos, pensionistas e empregados públicos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo do Estado de Rondônia.

3. É a seguinte a redação da lei complementar impugnada:

*“Artigo 1º. O parágrafo 2º do artigo 8º da lei complementar n. 701, de 5 de março de 2013, passa a vigorar com a seguinte redação:*

*‘Artigo*

*8º.....*  
*.....*

*Parágrafo 2º. O pedido de cancelamento formulado pelo servidor, deverá ser acompanhado de comprovação de anuência da entidade consignatária quando for objeto de empréstimo pessoal e financiamentos, salvo quando a entidade consignatária estiver sob regime de liquidação extrajudicial, caso em que a anuência é dispensada e o cancelamento cogente.*

*Artigo 2º. Fica acrescido o parágrafo 3º ao artigo 8º da lei complementar n. 701, de 5 de março de 2013, com a seguinte redação:*

*‘Parágrafo 3º. O disposto no artigo anterior do presente artigo, aplica-se a todos os servidores públicos civis e militares do Estado de Rondônia.’*

*(destacou-se)*

4. O artigo 8º da Lei Complementar nº 701, de 2013, por sua vez, elenca as hipóteses em que a consignação facultativa<sup>2</sup> pode ser cancelada, transcrevendo-se, abaixo, a sua redação originária:

*“Art. 8º. A consignação facultativa pode ser cancelada:*

*I – por força de lei;*

---

1 Publicada à fl. 2242 do Diário Oficial do Estado de Rondônia nº 2242, de 26.6.2013.

2 A Lei Complementar rondoniense nº 701, de 2013, em seu artigo 2º, inciso V, define a consignação facultativa como o “desconto incidente sobre remuneração, subsídio, provento ou pensão do consignado, mediante autorização prévia e formal escrita do interessado;”

- II – por ordem judicial;
- III – por vício insanável no processo de consignação;
- IV – por motivo de justificado interesse público;
- V – a pedido formal do consignatário;
- VI – por conveniência e oportunidade, a juízo da Administração; e
- VII – a pedido formal do consignado.

§ 1º. *Independentemente de contrato ou convênio entre o consignatário e o consignado, o pedido de cancelamento de consignação por parte do consignado deve ser atendido imediatamente, com cessação do desconto na folha de pagamento do mês em que foi formalizado o pleito, ou na do mês imediatamente seguinte, caso já tenha sido processada.*

§ 2º. *O pedido de cancelamento da consignação facultativa, cujo objeto for empréstimo pessoal ou cartão de crédito consignado, deverá ser instruído com a comprovação da anuência da entidade consignatária.”*

(destacou-se)

5. A norma impugnada interferiu nas relações privadas entabuladas entre servidores públicos civis e militares do Estado de Rondônia que tenham contraído crédito junto a uma instituição financeira agora submetida a regime de liquidação extrajudicial.

6. Dispondo sobre obrigações e contratos, a norma atacada representa a ingerência estatal na autonomia da vontade daqueles que celebraram contratos de crédito ao inserir em ato jurídico perfeito cláusula puramente potestativa, vedada pelo artigo 122 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, deixando ao arbítrio do tomador do crédito a desconstituição da garantia oferecida à instituição financeira, representada por sua renda futura, bem como a forma de pagamento da dívida, consubstanciada no desconto mensal incidente sobre remuneração, subsídio, provento ou pensão do tomador<sup>3</sup>.

7. Ocorre que a Constituição da República, em seu artigo 22, atribui à União a competência privativa para legislar sobre “*direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho*” (inciso I) e “*política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores*” (inciso VII).

3 Código Civil: “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.” (destaque inexistente no original).

8. A Lei nº 4.595, de 1964, por sua vez, estipula o dever do Banco Central “*exercer o controle do crédito sob todas as suas formas*” (artigo 9º, VI, da Lei nº 4.595, de 1964).

9. A simples leitura da legislação impugnada já demonstra ser necessária a intervenção desta Autarquia na ADI em referência, ante a relevância da matéria nela discutida, qual seja o impacto que as normas questionadas terão sobre o Sistema Financeiro Nacional, afetando o mister legal atribuído ao Banco Central de “*exercer o controle do crédito sob todas as suas formas*” (artigo 9º, VI, da Lei nº 4.595, de 1964).

10. Ademais, na forma prevista no art. 1º da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, cumpre ao Banco Central do Brasil decretar e efetuar a Liquidação Extrajudicial a que estão sujeitas as instituições financeiras privadas e as públicas não federais. Nesse procedimento especial, esta Autarquia equipara-se ao juiz da falência, conforme disposto no art. 34 da mesma lei.

11. Para mensurar o impacto que a norma atacada exercerá diretamente na carteira de crédito de instituições financeiras em regime de liquidação extrajudicial – em curso no Estado de Rondônia, cumpre apresentar as informações coletadas pelo Departamento de Liquidações Extrajudiciais desta Autarquia (Deliq) que consolidou os valores de empréstimos<sup>4</sup> consignados concedidos a servidores de órgãos ou entidades de administração direta, autárquica ou fundacional vinculados ao Estado e Municípios de Rondônia:

---

4 Em que pese constar da tabela outros órgãos consignantes que não aqueles vinculados à Administração direta, indireta ou fundacional do Estado de Rondônia, optou-se também por apresentar tais valores em razão de eventual adoção da medida ora combatida por outros entes federativos, alastrando os seus efeitos por todo o Sistema Financeiro Nacional. Nesse sentido, o Deliq relata que o Ministério da Aeronáutica não tem repassado aos bancos Prosper e Morada os valores devidos por seus servidores.

Instituição em Liquidação Extrajudicial	Órgão	Nº de contratos	Valores em R\$		
			Vencido	A Vencer	Total
Banco Rural	Governo de Rondônia	102	211.465,73	1.831,99	213.297,72
	<b>Total</b>	<b>102</b>	<b>211.465,73</b>	<b>1.831,99</b>	<b>213.297,72</b>
Banco Morada	Pref. de São Miguel Guaporé-RO	-	111.505,42	-	469.922,64
	Pref. de Pimenta Bueno- RO	-	183.452,91	-	183.452,91
	Pref. de Parecis-RO	-	11.044,91	-	11.044,91
	Pref. de Nova Mamoré-RO	-	33.239,82	-	33.239,82
	Pref. de Machadinho Do Oeste-RO	-	28.211,09	-	28.211,09
	Pref. de Jarú-RO	-	12.572,82	-	12.572,82
	Pref. de Espigão D'Oeste-RO	-	4.481,37	-	4.481,37
	Pref. de Cujubim-RO	-	47.891,55	-	47.891,55
	Pref. de Costa Marques-RO	-	34.840,42	-	34.840,42
	Câmara de Nova Mamoré-RO	-	2.682,33	-	2.682,33
	<b>Total</b>			<b>469.922,64</b>	
Banco Cruzeiro do Sul	GOV RO	14.243	17.537.712,21	71.234.304,74	88.772.016,95
	JUST FED RO	32	17.187,34	3.748.690,63	3.765.877,97
	MIN PUB RO	645	3.207.129,59	15.678.682,55	18.885.812,14
	TRT 14ª REGIAO	579	5.714.470,07	52.195.297,95	57.909.768,02
	TRE RO	29	34.572,93	1.937.386,13	1.971.959,06
	TRIB CTAS RO	494	603.216,22	18.758.777,98	19.361.994,20
	PREF VILHENA	304	257.981,59	2.088.742,77	2.346.724,36
	ASSEMB LEG RO	557	4.229.521,72	21.864.835,03	26.094.356,75
	MIN PUB RO - PAE	61	1.908.758,07	7.067.856,43	8.976.614,50
	MIN PUB RO - ATS	21	575.704,68	215.565,63	791.270,31
	<b>Total</b>	<b>16.965</b>	<b>34.086.254,42</b>	<b>194.790.139,84</b>	<b>228.876.394,26</b>

12. Em termos numéricos, para o Banco Morada esses créditos representam 0,24% da carteira total a receber e para o Banco Rural 0,0358% da carteira de crédito consignado.

13. No caso do Banco Cruzeiro do Sul S.A. – em liquidação extrajudicial, a medida legislativa impugnada poderá acarretar o cancelamento de haveres correspondentes a 5% (cinco por cento) da carteira de crédito da instituição financeira, referentes a 16.965 (dezesesseis mil, novecentos e sessenta e cinco) contratos celebrados, cujos créditos deverão ser recuperados pelo liquidante da instituição financeira.

## II. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA

14. O crédito consignado facultativo<sup>5</sup> é a modalidade de mútuo garantido pela renda futura do tomador que autoriza, de forma prévia, expressa e irrevogável, a amortização mensal do pagamento mediante a retenção, por seu empregador, de parte de seus vencimentos diretamente na folha de pagamento ou benefício previdenciário, com o fito de obter crédito a taxas de juros mais baixas e prazos mais longos.

15. Merecendo amparo legislativo desde 1925<sup>6</sup>, somente na história econômica recente verificou-se a expansão dessa modalidade de crédito após 2004, com o advento da Medida Provisória nº 130, de 17 de setembro de 2003, posteriormente convertida da Lei nº 10.820, de 17 de dezembro do mesmo ano<sup>7</sup>.

---

5 Para o que interessa à presente ação, o Decreto nº 6.386, de 29 de fevereiro de 2008, ao regulamentar o parágrafo único do artigo 45 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, assim define a consignação facultativa: “Art. 2º *Considera-se, para fins deste Decreto:* [...] V - *consignação facultativa: desconto incidente sobre a remuneração, subsídio ou provento, mediante autorização prévia e formal do interessado, na forma deste Decreto* [...] Art. 4º São consignações facultativas, na seguinte ordem de prioridade: [...] VIII - *prestação referente a empréstimo concedido por cooperativas de crédito constituídas, na forma da lei, com a finalidade de prestar serviços financeiros a seus cooperados; (Redação dada pelo Decreto nº 6.574, de 2008).* IX - *prestação referente a empréstimo ou financiamento concedidos por entidades bancárias, caixas econômicas ou entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação; (Redação dada pelo Decreto nº 6.967, de 2009).*”

6 A matéria não é nova. Verifica-se que a consignação em pagamento mereceu amparo legislativo já em 1925, como regulamentado pelo Decreto nº 17.146, de 16 de dezembro, cujo artigo 1º, *caput*, permitiu “*aos funcionários públicos federais, civis ou militares, activos ou inactivos, aos operarios, mensalistas e diaristas a serviço da União, requerer consignação, em folha de vencimentos, da importância necessária ao pagamento de compromissos assumidos com associações e caixas beneficentes, constituídas pelas proprias classes a que pertençam, ou com estabelecimentos de credito devidamente autorizados, observadas as disposições deste regulamento.*” Mais tarde, em 1931 a matéria foi regulamentada pelo Decreto nº 20.225, de 18 de Julho de 1931. Sobreveio, em 1932, o Decreto nº 21.576, de 27 de junho, que pouco alterou a matéria. Posteriormente, em 1950, foi editada a Lei nº 1.046, de 2 de janeiro, 1950, que ampliou a consignação aos funcionários públicos federais, limitando o teto dos juros em 12% ao ano e a 30% da consignação sobre o vencimento total.

7 GIGLIUCCI, Paulo Henrique Cova. *Crédito consignado a aposentados e pensionistas do INSS: evolução e fatores de sua expansão*. São Paulo, 2011. Dissertação apresentada ao Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de Mestre em Ciências, pp. 13/14.

16. Lei nº 10.820, de 2003, permitiu aos trabalhadores da iniciativa privada *“autorizar, de forma irrevogável e irretratável, o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos”* (artigo 1º).

17. Posteriormente, seu artigo 6º foi alterado para que os aposentados e pensionistas do Regime Geral de Previdência Social autorizassem o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, a proceder aos mesmos descontos referidos no citado artigo 1º, bem como autorizar, de forma irrevogável e irretratável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS<sup>8</sup>.

18. Para os servidores públicos federais, a possibilidade de consignação está prevista no parágrafo único do artigo 45 da Lei nº 8.112, de 1990, regulamentado pelo Decreto nº 6.386, de 2008.

19. O intento político de fomentar a economia e, com isso, diminuir a taxa de juros e, por consequência, disseminar o crédito para pessoas físicas ficou expresso na exposição de motivos da Medida Provisória nº 130, de 2003, convertida na Lei nº 10.820, de 2003, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento:

*“2. Trata-se, Senhor Presidente, de medida destinada a permitir que os empregados autorizem o desconto em folha de pagamentos de prestações de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil, aumentando seu acesso ao crédito, presumivelmente a juros mais baixos que os atualmente disponíveis.*

*3. Conforme é do conhecimento de Vossa Excelência, um dos principais componentes do elevado custo dos empréstimos e financiamentos disponíveis aos cidadãos está relacionado ao risco potencial de inadimplência por parte dos tomadores. Tais riscos são estimados pelas instituições financeiras com base em modelos estatísticos próprios,*

---

<sup>8</sup> A matéria encontra-se regulamentada pela Instrução Normativa INSS/PRES Nº 28, de 16 de maio de 2008, publicada no DOU de 19 de maio de 2008.

*e repassados às taxas de juros exigidas nas diversas formas de crédito oferecidas à clientela.*

*4. Neste sentido, a possibilidade de consignação das prestações em folha de pagamento, em caráter irrevogável e irrevogável, por parte do empregado, virtualmente elimina o risco de inadimplência nessas operações, permitindo a substancial redução deste componente na composição das taxas de juros cobradas.*

*5. De outra parte, a segurança proporcionada por este tipo de operação deverá garantir um grande interesse na sua realização por parte das instituições financeiras, induzindo forte competição entre estas, e melhorando as condições oferecidas aos tomadores.” (Destacou-se).*

20. Ponto comum a todos os diplomas normativos citados, desde o mais remoto, é a impossibilidade de cancelamento, sem a anuência do credor, do desconto em folha de pagamento do tomador para amortizar o crédito obtido.

21. Isso porque, o desconto em folha de pagamento é não só modalidade de garantia, representada pela renda futura do tomador, como também o próprio meio eleito pelas partes para amortizar mensalmente o mútuo tomado, já que o desconto é irrevogável e automático, incumbindo à entidade consignante promovê-lo todos os meses.

22. Constitui, assim, a *ratio* pela qual a instituição financeira celebrou o negócio jurídico, caracterizando-se, a consignação em folha como *causa pressuposta*, nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo, do contrato entabulado entre credor e tomador<sup>9</sup>.

23. A legalidade da cláusula que prevê a consignação em folha de pagamento já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, estando bem fundamentada no voto condutor proferido no Recurso Especial nº 728.563/RS, especialmente na passagem a seguir transcrita:

*“Na verdade, a consignação em folha é da própria essência do contrato celebrado. É a ele inerente, porque não representa, apenas, uma mera forma de pagamento, mas a garantia do credor de que haverá o automático*

---

<sup>9</sup> O autor explicar que “é preciso não confundir a causa pressuposta com a causa que as vezes se chama de causa *efficiens*, isto é, o próprio fato jurídico, que dá origem à obrigação (causa *obligationis*). Este último parece ter sido o sentido mais comum da palavra ‘causa’ no direito romano (cf. Foignet e Dupont, *Le droit romain*, cit., p. 32). A causa pressuposta, porém, não é o fato jurídico que dá origem à obrigação; ela é mesmo causa do negócio (em contrário: *Capitant*, *De la cause*, cit., p. 26).” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed., 7ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147.

*adimplemento obrigacional por parte do tomador do mútuo, permitindo a concessão de empréstimo com menor margem de risco, o que, concretamente, também favorece o financiado, seja por dispensar outras garantias, como aval, seja por proporcionar, exatamente pela mesma segurança da avença, uma redução substancial na taxa de juros e prazos mais longos, tornando significativamente menos oneroso o financiamento.*

[...]

*O que me parece não ter cabimento é alguém obter um financiamento a taxas mais favorecidas, justamente porque optou por uma modalidade de consignação em folha de pagamento, o que ainda o dispensou de apresentação de garantia suplementar e ainda obtendo prazo mais elástico, com redução de cada parcela, e, em seguida, sob alegação de expropriação abusiva, excluir a cláusula, o que denota, inclusive, o nítido propósito de inadimplir a obrigação, porquanto se assim não for, então qual a razão para alijar a consignação?*

*Tenho, portanto, que se cuida de hipótese inteiramente distinta da penhora de renda.*

*A par de não identificar, na legislação processual, vedação à consignação, o que, em meu entendimento, empresta validade a todos os contratos que contenham tal cláusula, presentemente há, inclusive, expressa regulamentação a respeito, trazida pela Lei n. 10.820, de 17.12.2003, dirigida ao desconto em folha de empregados regidos pela CLT, e o Decreto n. 4.691, de 20.01.2004, regulamentando o art. 45 da Lei n. 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público), de modo que as futuras avenças a tais condições e limites deverão se amoldar.”<sup>10</sup>*

24. Foi justamente esse elemento inderrogável do negócio jurídico que permitiu o acesso ao crédito a camadas da população até então dele alijadas, como os aposentados e aqueles que não possuíam garantias suficientes para assegurar o pagamento de dívida contraída junto a instituições financeiras. Regra geral, segundo Gigliucci:

*“empréstimos destinados a pessoas físicas contam com um risco significativo de inadimplência. Isto ocorre porque, no Brasil, as garantias institucionais para os credores são insuficientes (entre outros fatores a pouca eficiência da cobrança judicial no Brasil e a inexistência de cadastros positivos que disponibilizem informações sobre comportamento financeiro*

<sup>10</sup> REsp 728563/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 125, os destaques não são do original.

*do tomador entre os agentes financeiros), e os valores contratados em geral são baixos (o que inviabiliza uma análise detalhada do devedor e outras soluções empregadas para pessoas jurídicas).<sup>11</sup>*

25. Com a consignação facultativa houve a consequente transferência do risco de crédito<sup>12</sup> do tomador para a entidade pagadora, seja ela a Administração Pública ou empresa privada, consoante o regime jurídico que os vincula ao tomador, diminuindo os custos da concessão do crédito em razão da diminuição do risco de inadimplência e dos próprios custos operacionais<sup>13</sup>.

26. E foi o desconto em folha o responsável pela consecução dos já citados efeitos desejados pela Medida Provisória nº 130, posteriormente convertida na Lei nº 10.820, ambas de 2003, como demonstra estudo da Universidade de São Paulo:

*“O desenho institucional afeta a qualidade das garantias nas operações de crédito. Qualidade, nesse caso, significa facilidade e baixo custo de execução em caso de inadimplência. Melhores garantias reduzem os problemas decorrentes de seleção adversa e de risco moral, resultando em maior eficiência na concessão de crédito e menores taxas de juros, tanto pela menor perda em caso de inadimplência, quanto pelo seu menor risco de ocorrência. Um exemplo é o crédito consignado, que cumpre papel similar ao crédito pessoal para o financiamento do consumo. A diferença ocorre na maior segurança do pagamento das dívidas, deduzido diretamente dos salários pelas empresas ou da aposentadoria pelo INSS. O menor risco de inadimplência se traduz em menor custo das operações de crédito e, em um mercado competitivo, em menores taxas de juros. A introdução do consignado, portanto, significou ganho de produtividade na atividade de conceder crédito, com queda do custo para a concessão de financiamentos e menores taxa de juros para os clientes, o que significa um aumento da riqueza dos tomadores de crédito. Funchal, Coelho e Mello*

---

11 Gigliucci, *op. cit.*, p. 5, os destaques não são do original.

12 Risco de crédito é o “risco de que a contraparte na transação não honre sua obrigação nos termos e condições do contrato. O risco de crédito está presente nas chamadas operações de crédito, como empréstimos e financiamentos, em qualquer outra modalidade representada por instrumentos financeiros que estejam no ativo da instituição, seja nas contas patrimoniais, seja nas de compensação.” Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/GlossarioLista.asp?idioma=P&idpai=GLOSSARIO>

13 Gigliucci, *op. cit.*, p. 6. O artigo 6º, caput e parágrafo único, do Decreto nº 6.386, de 2008, trazem a necessidade de ressarcimento dos custos incorridos pela Administração com os descontos em folha nos seguintes termos: “Art. 6º O processamento das consignações facultativas de que trata o art. 4º dependerá do ressarcimento dos custos administrativos de cadastramento, manutenção e utilização do sistema de pactuação contratual entre consignatários e consignados. Parágrafo único. Caberá à Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão disciplinar a forma de cobrança e recolhimento, os prazos e os valores dos custos de que trata o caput e definir os casos de eventuais isenções em razão da natureza das consignações.”

*(2012) estimam, em uma análise controlada, que a lei resultou diretamente em queda de 7,7 pontos percentuais da taxa de juros real anual e um aumento no volume de crédito mensal de mais de 150%.*

*Existem efeitos adicionais da melhor qualidade do crédito consignado. Segundo Madeira, Rangel e Rodrigues (2010), o crédito consignado aumenta em 1,1 ponto percentual a escolha de o tomador se tornar empreendedor, o que significa um aumento de 20% dessa escolha. Esse efeito é maior no caso dos indivíduos que estão trabalhando, 25%. Além disso, a probabilidade de contratação de mais de um trabalhador aumenta perto de 45%.”<sup>14</sup>*

27. O crédito consignado constitui, assim, importante instrumento de fomento à economia, não se limitando à disseminação do próprio crédito ou ao incremento da atividade financeira. Em última instância acarreta no aumento da própria renda dos tomadores, não só em razão da economia obtida pela oferta de taxas mais baixas, mas também pelo incremento das atividades produtivas nacionais eis que, o crédito, ainda segundo Pessoa, em verdade,

*“é parte importante da tecnologia para a realização de atividades produtivas. Recursos captados das famílias e empresas poupadoras são direcionados ao consumo e às necessidades das empresas. A melhor eficiência nesse direcionamento permite a melhor utilização desses recursos, ampliam o volume de crédito e significam menores custos para o setor privado. A melhora do crédito sobre a produtividade assemelha-se aos efeitos da melhora da infraestrutura de logística.”<sup>15</sup>*

28. Resta evidente que o efeito pernicioso da medida legislativa impugnada não se restringe aos lindes do Estado de Rondônia e às instituições submetidas à liquidação extrajudicial. Ao contrário. Desborda para a economia nacional como um todo, não só em razão do impacto que causará na oferta e no custo do crédito,

14 PESSOA, Samuel de Abreu. *Uma história sobre dois países (por enquanto)*. Textos para discussão. Série Economia. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo. Disponível em: [http://www.fearp.usp.br/pesquisa/imagens/Anexos/Publicacoes/Textos\\_discussao/REC/2013/TD-E05-2013.pdf](http://www.fearp.usp.br/pesquisa/imagens/Anexos/Publicacoes/Textos_discussao/REC/2013/TD-E05-2013.pdf). Complementando tais informações, Gagliucci, ao analisar a evolução do crédito consignado expõe que no período analisado “de 37 meses (Set/04 a Set/07), a expansão do mercado de crédito foi de 343% em número de devedores e de 202% em valores (base mercado de crédito em Jun/04). Neste mesmo período, a modalidade de crédito consignado teve crescimento ajustado de 408% em número de devedores e 241% em valores. Os fatores de expansão do crédito consignado em número de devedores foram de 84% devido a crescimento de mercado e 16% devido a substituição de outros créditos, e em valores foram de 84% e 16% respectivamente. Adicionalmente a substituição líquida direta em relação ao crédito convencional foi de 67% em número de devedores e de 41% em valores.” (op. cit., p. 47).

15 Op. cit., p. 6

mas também por contaminar a carteira de crédito de instituições financeiras saudáveis em razão da negociação, no mercado secundário, dos contratos nos quais o Estado de Rondônia figura como consignante. É dizer, as instituições em liquidação extrajudicial, muitas vezes, já não são mais as “verdadeiras” credoras dos valores consignados, eis que podem ter negociado a carteira de crédito com outras instituições financeiras.

29. Nesse sentido, novamente segundo Gigliucci, o desconto em folha além de transferir o risco de crédito para a entidade consignante,

*“é muito importante, porque além de diminuir custos de concessão, permite a negociação dos créditos no mercado secundário (que antes não era possível porque a avaliação individual do tomador dificilmente poderia ser adequadamente verificada pelo potencial comprador dos créditos, que ainda poderia discordar dos parâmetros de avaliação), e a consequente possibilidade de oferta de crédito por instituições financeiras que não teriam funding para manter as operações até o vencimento.”<sup>16</sup>*

30. Assim, se, num primeiro momento, a medida impugnada afeta diretamente as instituições financeiras submetidas a regime de liquidação extrajudicial, eis que além de privadas de suas garantias constituídas sobre recebimentos futuros dos tomadores do crédito, deverão adotar as medidas executivas necessárias para recuperar seus créditos, num segundo instante, com a negociação dos direitos creditórios oriundos dos contratos de crédito consignado no mercado secundário, os efeitos gerados com a edição da Lei Complementar nº 717, de 2013, se espriam por todo o Sistema Financeiro Nacional, contagiando inclusive instituições financeiras saudáveis que tenham adquirido tais créditos no mercado secundário, ameaçando a estabilidade sistêmica.

31. A norma impugnada também influi e eleva diretamente o chamado risco legal, ou seja, aumenta a incapacidade do sistema legal vigente em assegurar a correta aplicação da lei e o efetivo cumprimento dos negócios jurídicos entabulados. Como efeito, há quebra de confiança dos agentes que operam no Sistema Financeiro Nacional e o consequente aumento da taxa de juros em razão das incertezas criadas no ambiente jurídico nacional.

---

<sup>16</sup> *Op. cit.*, p. 6. Os destaques não são do original.

32. A relação entre o aumento do risco legal e a elevação da taxa de juros é antiga, já tendo sido tratada por Adam Smith, no clássico *A riqueza das Nações*, que em 1776 já descrevia que

*“Uma deficiência na lei pode às vezes aumentar consideravelmente a taxa de juros acima daquilo que seria exigido pela condição do país, no tocante à riqueza ou pobreza. Quando a lei não obriga o cumprimento dos contratos, ela coloca os tomadores de empréstimos no mesmo pé e situação em que se encontram, em países mais bem organizados, os que foram à bancarrota ou as pessoas de crédito duvidoso. A incerteza de recuperar o dinheiro emprestado faz com que o prestador de dinheiro pratique o mesmo grau de usura que geralmente se espera de quem foi à bancarrota”.*<sup>17</sup>

33. Tal como já previsto em 1776, a atuação do legislador rondoniense fará com que a comunidade financeira equipare os bons pagadores aos maus pagadores, reduzindo o volume de investimentos, elevando as taxas de juros e, conseqüentemente, aumentando o famigerado *spread* bancário, impactando, ao final, na capacidade de desenvolvimento e crescimento nacional.

34. O aumento do *spread* bancário será justificado não só em razão da degradação das garantias, mas também diante do aumento do risco de inadimplência, somado à elevação do custo operacional que se inicialmente bastante baixo, haja vista que as amortizações eram feitas pelos próprios entes consignantes, para reaver o valor que lhes é devido, as instituições financeiras terão que incorrer em custos de litígios para a execução das dívidas.

35. *Assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda* – eis a missão institucional do Banco Central do Brasil, que consiste em adequar a expansão da moeda e do crédito e as taxas de juros praticadas de acordo com as necessidades do crescimento econômico e da estabilidade dos preços. A medida impugnada, assim, colide com todos os esforços empreendidos por esta Autarquia, na qualidade de executora da política monetária nacional.

36. Assim, imprescindível a intervenção da Autoridade Monetária no feito para perseguir a sua missão institucional, de forma a garantir a estabilidade do Sistema Financeiro Nacional.

---

17 SMITH, Adam. *A riqueza das nações – investigação sobre a natureza e as suas causas*. vol. I, Série Os Economistas. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p. 143. Os destaques não são do original.

37. Registre-se, ademais, que se não houver a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada por esta Suprema Corte, nada impedirá que o Legislador estadual, no futuro, permita o cancelamento da consignação em folha de pagamento dos demais contratos de crédito consignado de forma unilateral pelo tomador.

38. Também não deve ser negligenciada a possibilidade danosa de repetição da mesma medida legislativa combatida por outros entes federativos em ordem a gerar um perverso efeito multiplicador.

### III. DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

39. A Constituição da República, em seu artigo 22, I, dispõe:

*“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:  
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;  
(...)  
VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;”*

40. A norma constitucional teve a finalidade de criar uma legislação nacional, homogênea, para as atividades que administram recursos públicos, especificamente as atividades de crédito, câmbio e seguros, delas excluindo qualquer interferência dos legisladores municipais e estaduais.

41. Dessa forma, a intervenção do Poder Legislativo estadual nos contratos de crédito consignado estaria restrita à celebração de convênios para possibilitar aos seus servidores a contratar essa modalidade de crédito, dispondo sobre a forma de gestão e operacionalização das consignações compulsórias e facultativas.

42. Não pode o legislador estadual onerar, de forma injusta e descabida, as instituições financeiras em liquidação extrajudicial privando-as de garantias que constituíram a própria causa para a celebração do negócio jurídico de crédito.

43. Ademais, ao arrepio dos institutos consolidados no ordenamento jurídico, o legislador rondoniense, ao interferir nas relações contratuais estabelecidas entre particulares, especificamente nas garantias constituídas e

na forma de pagamento da dívida contraída, ignora a orientação constitucional prevista no citado artigo 22, I e VII da Constituição da República.

44. Esta Corte Suprema em diversas ocasiões já reconheceu a competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil e, especificamente, sobre obrigações e contratos, mesma natureza da norma impugnada, não competindo tal mister ao legislador estadual. Nesse sentido, se manifestou o Ministro Francisco Rezek, então relator da ADI nº 1.007-MC, que questionava lei do Estado de Pernambuco que fixou prazo para pagamento de mensalidades escolares naquela unidade federativa:

*“[a] Constituição é clara ao estabelecer como competência privativa da União legislar sobre direito civil (artigo 22-I). Assim, lei estadual, ao tratar de tema relacionado com direito das obrigações - contratos -, e ao interferir abertamente nestes, no mínimo cuidou de matéria cuja competência legislativa é exclusiva da União”.*

45. O mesmo entendimento já foi reconhecido por este Supremo Tribunal, dentre outros, nas ADI/MC 1007/PE, Rel. Min. Eros Grau, j. 31.08.2005, ADI 1.646, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02.08.2006, ADI/MC 1931, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 21.08.2003, e ADI 3710/GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09.02.2007.

46. De mais a mais, nenhuma lei estadual poderá se imiscuir no controle do crédito, pois, ao fim e a cabo, é esse o efeito final da lei estadual: implicará alterações da política monetária, cuja operacionalização é atribuída ao Conselho Monetário Nacional e sua execução ao Banco Central, na forma prevista na Lei nº 4.595, de 1964.

47. Revela-se, assim, a absoluta incompatibilidade entre o disposto na lei complementar rondoniense e na Constituição da República, em seu artigo 22, *caput*, e incisos I e VII.

48. Nem se argumente que as normas impugnadas seriam válidas por terem sido introduzidas no ordenamento por meio de Lei Complementar, em suposta consonância ao artigo 192, *caput*, da Constituição republicana. Ora, a lei a que se reporta o referido dispositivo constitucional é lei nacional e não lei estadual. Há, pois, vício no seu nascedouro, não importando a forma como se deu sua introdução no ordenamento.

#### IV. DO ATO JURÍDICO PERFEITO

49. Do diploma legal impugnado também emergem efeitos que afetam substancialmente relações jurídicas já iniciadas e disciplinadas pelas normas federais vigentes violando, assim, atos jurídicos perfeitos e acabados, insuscetíveis de serem alcançados ou afetados por legislação posteriormente promulgada, conforme preceito inscrito na Constituição da República, artigo 5º, inciso XXXVI.

50. É assente a proteção dispensada pela Suprema Corte a matéria, valendo, por todos, citar a seguinte decisão na qual o Tribunal, não obstante reconheça a plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, veda-lhes aplicação retroativa, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito. É dizer, ainda que a norma tenha um nítido propósito de beneficiar aquele que firma contrato com instituição financeira, não se permite a aplicação às avenças já firmadas, *verbis*:

*“IV. Código de Defesa do Consumidor: contrato firmado entre instituição financeira e seus clientes referente à caderneta de poupança: não obstante as normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor alcancem as instituições financeiras (cf. ADIn 2.591, 7.6.2006, Pleno, Eros Grau), não é possível a sua aplicação retroativa, sob pena de violação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Precedente (RE 205.999, 16.11.99, Moreira, RTJ 173/263).”<sup>18</sup>*

51. Inconteste, portanto, que a submissão dos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei Complementar rondoniense nº 717, de 24 de junho de 2013, aos seus termos importa em contrariedade aos princípios que despontam do artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República.

---

18 STF, RE nº 395384 ED, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2007, DJe-042 publicado em 22/06/2007 p. 38

## V. AUMENTO DA MARGEM CONSIGNÁVEL E SUPERENDIVIDAMENTO

52. Se as instituições financeiras, em observância ao princípio da boa-fé objetiva, devem condicionar a concessão do crédito a prévia análise da capacidade de endividamento do tomador, conferindo-lhe o crédito apenas naquilo que for compatível com sua capacidade econômica, há que se destacar que o cancelamento cogente do desconto em folha de pagamento, embora não implique o cancelamento do negócio jurídico entabulado, permitirá o aumento da margem consignável do tomador já endividado, oportunizando que este contraia novos mútuos, diminuindo a sua capacidade de pagamento e comprometendo sua subsistência.

53. A preservação da dignidade do devedor levou o Superior Tribunal de Justiça, após ponderar entre a natureza alimentar do salário (ou subsídio, soldo, pensão, etc.) e o princípio da razoabilidade, a limitar os descontos referentes à soma mensal das prestações referentes às consignações facultativas ou voluntárias a 30% (trinta por cento) da remuneração do trabalhador. Com isso, *“impõe-se a preservação de parte suficiente dos vencimentos do trabalhador, capaz de suprir as suas necessidades e de sua família, referentes à alimentação, habitação, vestuário, higiene, transporte etc.”*<sup>19</sup>

54. Na mesma perspectiva, dispõe o inciso I do § 2º do artigo 2º da Lei nº 10.820, de 2003, e o artigo 11 do Decreto nº 6.386, de 2008, regulamento do artigo 45 da Lei nº 8.112, de 1990, que dispõem que a soma mensal das prestações destinadas a abater os empréstimos realizados (consignação facultativa) não deve ultrapassar 30% (trinta por cento) dos vencimentos do trabalhador.

55. Assim, também como forma de evitar a possibilidade de superendividamento e o comprometimento do “mínimo existencial”<sup>20</sup> necessário à existência digna dos servidores públicos do Estado de Rondônia,

---

19 STJ, REsp 1186965/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 03/02/2011. Transcrição extraída do Voto do Ministro Relator.

20 “A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.” STF, ARE 639337 AgR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe-177 publicado em 15/09/2011.

impõe-se o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Complementar rondoniense nº 717, de 2013, por ofensa aos artigos 1º, III, e 3º, III, todas da Constituição da República.

## VI. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – LEI RESTRITIVA DE DIREITOS

56. Se não bastassem todos os argumentos acima deduzidos, a norma impugnada atenta contra a razoabilidade (ou proporcionalidade) causando danos irreparáveis ao Sistema Financeiro Nacional e, quaisquer que tenham sido os propósitos do legislador estadual ao editar a legislação em ataque, tais normas não se sustentam quando analisadas sob o prisma da proporcionalidade, na visão germânica, ou da razoabilidade, na visão dos anglo-saxões.

57. O devido processo legal substancial como forma de limitação às leis restritivas de direitos já está consolidado no Supremo Tribunal Federal valendo registrar, a propósito, o pronunciamento do Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da Suspensão de Segurança nº 1.320, j. 6.4.1999:

*“Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ‘Curso de Direito Administrativo’, p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, ‘Curso de Direito Administrativo’, p. 46, item n. 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) – como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.*

*Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa – adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do due process of law (RAQUEL DENIZE STUMM, ‘Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro’, p.*

159/170, 1995, *Livraria do Advogado Editora*; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, 'Direitos Humanos Fundamentais', p. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; PAULO BONAVIDES, 'Curso de Direito Constitucional', p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros; GILMAR FERREIRA MENDES, 'Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos', p. 38/54, 1990, Saraiva).

*Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo e regulamentar.*

*Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.*

*A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco - especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos - passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que pressupõem 'não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (...) e a necessidade de sua utilização (...)', de tal modo que 'Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (...)' (GILMAR FERREIRA MENDES, 'A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal', in *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 23/94, p. 475).*

*Cumprе enfatizar, neste ponto, que a cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição, e que traduz um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público (procedural due process of law), mas, sobretudo, em sua dimensão material (substantive due process of law), que atua como decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.*

*A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou de regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.*

*Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades normativas do Estado, que este não dispõe de competência para atuar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.*

*Daí a advertência de CAIO TÁCITO (RDP 100/11-12), que, ao relembrar a lição pioneira de SANTI ROMANO, destaca que a figura do desvio de poder legislativo impõe o reconhecimento de que, mesmo nas hipóteses de seu discricionário exercício, a atividade normativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia com o interesse público.*

*A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADIn 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).” (Destacou-se).*

58. Na norma ora impugnada há evidente descompasso entre o meio utilizado, a edição de ato normativo e seu resultado que acarreta a violação do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e os indesejáveis reflexos na política de crédito mantida pela Autoridade Monetária, além dos irreparáveis prejuízos estruturação e organização dos serviços oferecidos pelo Sistema Financeiro, que terminarão por atingir a própria economia do país.

59. Ao fim e ao cabo, a lei impugnada trará prejuízos aos próprios destinatários da norma, os servidores públicos do Estado de Rondônia, que poderão tomar crédito além do limite considerável aceitável para a manutenção da vida digna, a taxas mais caras e prazos mais curtos.

60. A afronta à legislação federal sobre o tema também depõe contra a razoabilidade da norma impugnada, não sendo razoável permitir que a norma estadual quebre a homogeneidade de todo o sistema de crédito consignado pátrio, que vem sido paulatinamente construído pelo legislador federal.

61. Ao fim, evidente, na hipótese, que a medida é desarrazoada. Com efeito, a razoabilidade dos atos estatais exige uma relação de pertinência entre meio

empregado e o fim que se pretende alcançar com a edição da norma. Todavia, ao pretender fazer incidir a regra de possibilidade de extinção das garantias apenas sobre as instituições financeiras em regime de liquidação extrajudicial a lei revela-se caprichosa e não justificável, a determinar que seja-lhe decretada a inconstitucionalidade. É dizer o critério de diferenciação – instituição sob regime de liquidação extrajudicial – não se relaciona, sob nenhuma perspectiva – com a consequência de direito imputada pela norma – possibilidade de eliminar a garantia ofertada por meio da consignação em folha de pagamento, razão pela qual a lei fere, sob essa perspectiva, também o princípio isonômico, preconizado pela Constituição da República no art. 5º, *caput*.<sup>21</sup>

## VII. DOS PEDIDOS

### VII-A. PEDIDO DE LIMINAR

62. O Requerente formula pedido para a concessão de liminar que suspenda os efeitos da Lei Complementar estadual impugnada. Com efeito, no caso, em face de todo o exposto, o requisito do bom direito revela-se evidente, pois que a lei é inconstitucional formal e materialmente – invade competência da União, ofende o ato jurídico perfeito, além de se mostrar contrária aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade.

63. O requisito de perigo na concessão da tutela somente ao final da lide também se mostra evidente, pois instituições financeiras já em situação econômica debilitada – em regime de liquidação extrajudicial – serão diretamente afetadas, restando sem garantia milhares de operações, como demonstram os dados levantados pelo Departamento de Liquidações Extrajudiciais do Banco Central. Ademais, como já consignado, os direitos creditícios podem ter sido negociados

---

21 San Tiago Dantas já afirmava que as leis excepcionadoras de regra geral, isto é, leis especiais, devem se pautar por uma igualdade proporcional, vale dizer, a lei deve se justificar como “*um reajuste proporcional de situações desiguais*”. SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. Igualdade perante a lei e *due process of law*. *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004 [1953], p. 43. O argumento parece-nos bastante semelhante ao critério desenvolvido por Celso Antônio Bandeira de Mello em obra monográfica sobre o princípio da igualdade: o fator de *discrimen* adotado pela derrogação deve guardar relação de pertinência lógica com a desequiparação procedida. Ou seja, deve-se apurar se há justificativa racional para atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade formada. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, 8ª tiragem, 2000, p. 37 a 38 e 47.

no mercado secundário em ordem a evidenciar a capacidade da norma prejudicar outras instituições saudáveis. Dessa forma, a norma revela capacidade para, com prejuízo à segurança jurídica, elevar os riscos de uma crise sistêmica.

64. Na hipótese dos autos, é certo que existe decreto do Governador do Estado de Rondônia que determinou a não aplicação da norma inconstitucional. Todavia, há pelo menos duas fortes razões para que seja concedida a liminar mesmo em tais circunstâncias: (i) o decreto não é capaz, por si só, de coibir a aplicação da lei no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário no Estado de Rondônia; e (ii) há clara possibilidade de um efeito multiplicador de litígios contra o Estado de Rondônia, movidos individualmente ou coletivamente, pelos servidores que se considerem prejudicados pela não aplicação da norma inconstitucional.

65. Eis as razões pelas quais, o Banco Central, na qualidade de *amicus curiae* – caso assim admitido por Vossa Excelência – requer, desde já, seja concedida a liminar pleiteada pelo autor desta ADI, nos termos preconizados no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.868, de 1999.

#### VII-B. PEDIDO – ADMISSÃO DA INTERVENÇÃO E PROCEDÊNCIA DA AÇÃO

66. Ao fim, requer o Banco Central do Brasil seja admitida a sua intervenção nos autos da ADI nº 5.022, na qualidade de *amicus curiae*, na forma do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 1999, em ordem a permitir também a sustentação oral dos argumentos em plenário quando do julgamento da ação, bem como a juntada aos autos deste memorial.

67. Admitida a intervenção desta Autarquia, requer seja ao final julgada totalmente procedente a ação direta proposta para decretar com efeitos retroativos e eficácia vinculante e *erga omnes* a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 717, de 2013, na forma prevista no art. 102, 2º, da Constituição da República.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 4 de setembro de 2013.

*Erasto Villa-Verde Filho*

*Subprocurador-Geral – OAB/DF 9.393*

*Isaac Sidney Menezes Ferreira*

*Procurador-Geral – OAB/DF 14.533*

*Mariana Casati Nogueira da Gama*

*Procuradora – OAB/ES 9.394 OAB/BA 32.419*

*Flavio José Roman*

*Procurador-Chefe – OAB/DF 15.934*

**“DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE”**

**(Ordem de Serviço n.º 4.474, de 1º de julho de 2009, da PGBCB/CC2PG)**

## **Parecer Jurídico 38/2014-BCB/PGBC**

Parecer que analisa questões relativas à revisão e consolidação da regulamentação relativa às aplicações de investidor não residente no Brasil, nos mercados financeiro e de capitais nacionais, disciplinada pela Resolução nº 2.689, de 26 de janeiro de 2000. A mencionada reformulação normativa tem como um dos escopos a ampliação do conceito de *Depositary Receipts* (DRs) – valores mobiliários disciplinados pelo Anexo V à Resolução nº 1.289, de 20 de março de 1987, alterada pela Resolução nº 1.927, de 18 de maio de 1992 – uma vez que estes passariam a representar, também, os instrumentos elegíveis ao Patrimônio de Referência (PR) de instituições financeiras e demais entidades, de capital aberto, autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (BCB).

**Humberto Cestaro Teixeira Mendes**  
Procurador

**Danilo Takasaki Carvalho**  
Procurador-Chefe

Parecer Jurídico 38/2014-BCB/PGBC  
Pt 1301579478

Brasília, 7 de fevereiro de 2014.

*Ementa: Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro. Consulta do Departamento de Regulação Prudencial e Cambial (Dereg). Revisão da Resolução nº 2.689, de 26 de janeiro de 2000. Possibilidade de os instrumentos elegíveis a compor o Patrimônio de Referência (PR) das instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (BCB) integrarem programas de emissão de Depositary Receipts (DRs), sem que suas cláusulas sejam afetadas por eventos relativos à emissão e à circulação desses certificados. Conceito e estrutura dos DRs que não possibilitam que a legislação estrangeira produza efeitos sobre as cláusulas dos instrumentos emitidos no Brasil. Necessidade de ajustes na proposta de resolução, para especificar que, dentre os instrumentos elegíveis a compor o PR, apenas os títulos de crédito podem lastrear DRs.*

Senhor Procurador-Chefe,

## ASSUNTO

Trata-se de consulta formulada pelo Departamento de Regulação Prudencial e Cambial (Dereg), com base em questionamentos levantados pelo Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf), relacionados à revisão e consolidação da regulamentação relativa às aplicações de investidor não residente no Brasil, nos mercados financeiro e de capitais nacionais, atualmente disciplinada pela Resolução nº 2.689, de 26 de janeiro de 2000 (fls. 17/19).

2. A mencionada reformulação normativa tem como um dos escopos a ampliação do conceito de *Depositary Receipts* (DRs) – valores mobiliários

disciplinados pelo Anexo V à Resolução nº 1.289, de 20 de março de 1987, alterada pela Resolução nº 1.927, de 18 de maio de 1992 – uma vez que estes passariam a representar, também, os instrumentos elegíveis ao Patrimônio de Referência (PR) de instituições financeiras e demais entidades, de capital aberto, autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (BCB).

3. Atualmente, o art. 1º, inciso I, do mencionado Anexo V, conceitua os DRs como “certificados representativos de ações ou outros valores mobiliários que representem direitos a ações, emitidos no exterior por instituição depositária, com lastro em valores mobiliários depositados em custódia específica no Brasil”.

4. Em síntese, as indagações formuladas pelo Deorf e trazidas a esta Procuradoria pelo Dereg, pretendem esclarecer se as condições de subordinação presentes em instrumentos que compõem o PR de instituições, em operação no Brasil, permanecem inalteradas na hipótese de emissão, no exterior, de DRs lastreados em tais títulos.

5. Esse é o relatório. Adiante, o exame jurídico.

## APRECIACÃO

### *A) Do conceito e da estrutura dos DRs*

6. Depreende-se do Anexo V à Resolução nº 1.289, de 1987, que regulamenta os investimentos de capitais estrangeiros no país, que a emissão de DRs viabiliza a negociação, no exterior, de certificados representativos de ações ou de outros valores mobiliários que representem direito a ações, de companhias abertas situadas no país e registradas na Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

7. Nessa via, o art. 3º do supramencionado regulamento dispõe que:

*Art. 3º. Qualificam-se para fins de registro nos programas de “DEPOSITARY RECEIPTS” os recursos ingressados no país para aquisição, tanto no mercado primário quanto no secundário, de ações ou outros valores mobiliários que representem direitos a ações, desde que negociados em bolsas de valores e de emissão de companhias abertas registradas na comissão de valores mobiliários, à qual competirá o exame e a aprovação prévia dos programas de “DEPOSITARY RECEIPTS”.*

8. Ao examinar o Anexo V à Resolução nº 1.289, de 1987, e a utilidade dos programas de DRs, Andréa Fernandes Andrezo e Iran Siqueira Lima<sup>1</sup> expõem:

*O Anexo V permite ao residente no exterior, adquirir, no mercado primário ou secundário, certificados representativos de ações de emissão de empresa brasileira. A negociação desses certificados ocorre no exterior, após aprovação do respectivo programa no Brasil, pelo Banco Central e pela CVM, e no exterior, pelas autoridades competentes.*

*DRs (Depositary Receipts) são, sinteticamente, títulos emitidos por um banco estrangeiro (banco depositário), que representam ações, ordinárias ou preferenciais, de uma empresa de outro mercado, fora daquele onde o investidor está situado. (...).*

9. Segundo o referido regulamento, o programa de DRs estrutura-se, basicamente, na atuação de três agentes, a saber: a instituição custodiante, entidade autorizada pela CVM a custodiar, no Brasil, os valores mobiliários representados pelo certificado; a instituição depositária, entidade que emite o certificado, no exterior, com base nos valores mobiliários custodiados no Brasil; e a empresa patrocinadora, a companhia aberta que emite, no Brasil, os valores mobiliários que serão objetos do programa.

10. Com efeito, é possível definir, resumidamente, os DRs tratados no Anexo V à Resolução nº 1.289, de 1987, como certificados emitidos por uma instituição estrangeira, que representam determinados valores mobiliários<sup>2</sup>, emitidos e custodiados por entidades de outro mercado, estranho àquele em que o investidor do certificado está situado.

11. Em uma linha comparativa, pertinente observar que o art. 43 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, permite que instituições financeiras nacionais emitam certificados representativos de ações que recebam em depósito, e traça, ainda, as características desses títulos, senão vejamos:

*Art. 43. A instituição financeira autorizada a funcionar como agente emissor de certificados (art. 27) pode emitir título representativo das ações que receber em depósito, do qual constarão:*

1 ANDREZO, Andréa Fernandes e LIMA, Iran Siqueira. *Mercado Financeiro – Aspectos Históricos e Conceituais*. 2.ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002, p. 210 e 211.

2 Ações e ou outros valores mobiliários que representem direitos a ações.

- I - o local e a data da emissão;*
- II - o nome da instituição emitente e as assinaturas de seus representantes;*
- III - a denominação “Certificado de Depósito de Ações”;*
- IV - a especificação das ações depositadas;*
- V - a declaração de que as ações depositadas, seus rendimentos e o valor recebido nos casos de resgate ou amortização somente serão entregues ao titular do certificado de depósito, contra apresentação deste;*
- VI - o nome e a qualificação do depositante;*
- VII - o preço do depósito cobrado pelo banco, se devido na entrega das ações depositadas;*
- VIII - o lugar da entrega do objeto do depósito.*

(...)

*§ 2º Emitido o certificado de depósito, as ações depositadas, seus rendimentos, o valor de resgate ou de amortização não poderão ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca ou apreensão, ou qualquer outro embaraço que impeça sua entrega ao titular do certificado, mas este poderá ser objeto de penhora ou de qualquer medida cautelar por obrigação do seu titular.*

(grifos inautênticos)

12. Assim como nos certificados acima mencionados, o titular de um *Depositary Receipt* possui a prerrogativa de resgatá-lo, recebendo os valores mobiliários nele representados, tornando-se investidor direto da companhia emissora, nos termos do art. 7º, inciso II, B, do Anexo V à Resolução nº 1.289, de 1987<sup>3</sup>.

13. O parecer PGBC-208/2009, de 27 de julho de 2009<sup>4</sup>, ao examinar o tema traçou de modo similar as características dos DRs, senão vejamos:

*20. Conforme ressaltado no presente trabalho, os DRs são títulos representativos de ações e, portanto, com elas não se confundem. O art. 43 da Lei n.º 6.404, de 1976, estabelece o conceito de certificado de depósito:*

---

3 Art. 7º. A constituição do registro de capital estrangeiro nos termos deste regulamento, bem como suas alterações posteriores, terão como fatos geradores:

(...)

II - De reduções, o resgate ou cancelamento de “DEPOSITARY RECEIPTS” com o fim de:

(...)

B - Retirar as ações ou valores mobiliários da conta de custódia do programa, passando seu proprietário à condição de investidor, nos termos e condições das demais modalidades de investimento estrangeiro, observado o disposto nos arts. 11 e 12 deste regulamento.

4 Da lavra da Procuradora Eliane Coelho Mendonça, aprovado pela Coordenadora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira e pelo Subprocurador-Geral Ailton César dos Santos.

*Art. 43. A instituição financeira autorizada a funcionar como agente emissor de certificados (art. 27) pode emitir título representativo das ações que receber em depósito, do qual constarão:*

*(...)*

*21. Dessa forma, a aquisição dos DRs por investidores estrangeiros não resulta, em um primeiro momento, no ingresso direto de capital alienígena no capital social da companhia, porquanto as ações que servem de lastro à emissão desses títulos continuam depositadas na instituição financeira custodiante em nome do acionista originário.*

*22. Não há impedimento, todavia, que o adquirente de DRs efetue a troca desses títulos pelas ações correspondentes, consoante dispõe o § 2.º do art. 43 da Lei n.º 6.404, de 1976:*

14. No que tange à relação entre os certificados e as ações neles representados, o autor Modesto Carvalhosa<sup>5</sup> pondera que:

*O “Certificado de Depósito de Ações” não era título que contivesse direito a quantia em dinheiro, mas sim ao recebimento das próprias ações das mãos do depositário delas: representava as ações e não crédito, ou qualquer obrigação pecuniária.*

*O certificado de depósito incorporava o direito de propriedade das respectivas ações ao cessionário. Tratava-se, portanto, de um título de representação e legitimação. Representava as ações depositadas e legitimava o seu possuidor como proprietário destas.*

*A sua emissão permitia que as ações custodiadas permanecessem fora do mercado, à medida que o objeto do negócio passava a ser o certificado de depósito.*

15. A estrutura acima exposta permite depreender que, em princípio, eventuais negociações dos DRs não atingem os valores mobiliários nele representados, que permanecem custodiados no Brasil, até que o interessado, que apresentar o certificado, requeira a entrega daqueles.

16. Com efeito, ainda que os DRs constituam valor mobiliário autônomo emitido no exterior, tais títulos representam outros valores mobiliários, emitidos no Brasil, em conformidade com a legislação nacional. Portanto, o

<sup>5</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – 1º Volume*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 506.

investidor interessado na aquisição do certificado demonstra, ainda que indireta ou potencialmente, o interesse no valor mobiliário emitido pela empresa patrocinadora, segundo regramento jurídico estrangeiro.

17. Em decorrência dessa estreita relação entre os DRs e os valores mobiliários objeto do programa, deve a instituição depositária ofertar o título de forma transparente, dando amplo conhecimento ao investidor sobre as características não só dos certificados, mas também dos valores mobiliários que os lastream, mormente em razão da emissão desses últimos em mercado alienígena.

18. Nessa via, o mestre Fran Martins<sup>6</sup> acrescenta que:

*A instituição financeira depositária e responsável pela guarda das ações, que lhe são entregues, responde pela origem e autenticidade dos certificados das ações depositadas. Cabe-lhe, assim, ao receber as ações em depósito, examinar a autenticidade das mesmas, para maior garantia das pessoas que se apresentarem com o certificado para o recebimento das ditas ações. Visa a lei evitar que títulos, sobre que possam pairar dúvidas, sejam dados em depósito, podendo, desse modo, causar prejuízos aos terceiros que negociarem com os certificados. Caso descure no exame de tais títulos, a instituição depositária responderá perante os terceiros, arcando, assim, com os prejuízos por acaso sofridos por esses, em virtude de desídia da depositária, na verificação não apenas da autenticidade como da origem das ações depositadas.*

19. A adoção de uma conduta diligente pela instituição depositária, com relação aos valores mobiliários representados pelos certificados, justifica-se pela própria estrutura dos DRs, em especial a sua ligação com um valor mobiliário emitido e custodiado em outro país. Demonstra-se plausível, assim, a responsabilização de tal entidade por eventuais danos sofridos pelos investidores estrangeiros, em decorrência de procedimentos desidiosos, já que estes últimos negociam com a instituição depositária, detentora das informações essenciais sobre os títulos representados nos certificados.

20. Cumpre observar que, no âmbito do registro dos programas de DRs, exige-se a apresentação dos contratos firmados pela instituição depositária e pela

---

6 MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas* – Artigo por artigo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 162.

instituição custodiante e, nos casos de programas patrocinados, pela empresa emissora dos valores mobiliários que sirvam de lastro à emissão dos certificados, sem prejuízo de outros documentos ou informações, a critério da CVM (art. 3º, parágrafo 1º, do Anexo V à Resolução nº 1.289, de 1987). Ademais, tais contratos deverão estipular a obrigatoriedade de fornecimento, por parte dos signatários, à CVM e ao BCB, a qualquer tempo e no prazo que vier a ser determinado, de quaisquer informações e documentos relativos aos programas aprovados e aos títulos emitidos.

21. Destarte, as entidades supervisoras, em seus respectivos âmbitos de competência, poderão ter acesso aos meios necessários à fiscalização da conduta das entidades envolvidas nos programas de DRs, coibindo eventuais irregularidades (vide, ainda, o art. 13 do mencionado anexo).

22. Após essas considerações sobre o conceito e estrutura dos DRs, entende-se possível elucidar os questionamentos feitos pela área técnica sobre a possibilidade desses certificados virem a representar instrumentos elegíveis ao PR de instituições financeiras e demais entidades, de capital aberto, autorizadas a funcionar pelo BCB.

### ***B) Das questões formuladas pela área técnica***

*Nos termos da legislação brasileira, as condições de subordinação presentes em instrumentos de capital suplementar emitidos por instituições financeiras em operação no Brasil, inclusive mas não apenas em Letras Financeiras, permanecem inalteradas na hipótese de emissão, no exterior, de Depositary Receipts lastreados em tais instrumentos subordinados?*

*Mais especificamente:*

*- As estruturas legais e normativas vigentes nos países em que as colocações venham a ser efetivadas têm influência sobre a exequibilidade de tais condições, havendo necessidade de exame caso a caso quanto a tal aspecto?*

23. Como exposto no item anterior, os DRs em exame são certificados emitidos no exterior, que representam valores mobiliários emitidos e custodiados no Brasil. Logo, é razoável concluir que as estruturas legais e normativas estrangeiras incidem sobre a emissão e circulação dos DRs, como

valores mobiliários autônomos, uma vez que tais eventos ocorrerão no exterior. Igualmente, a legislação alienígena incidirá sobre a relação constituída entre a instituição depositária e o adquirente do certificado, tendo em vista a celebração do negócio jurídico entre estas partes, no território estrangeiro.

24. Nesse sentido, dispõe o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro):

*Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.*

*§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.*

*§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.*

25. No que tange às cláusulas dos instrumentos subordinados que porventura venham a ser representados nos certificados, incidirá a legislação do local de sua emissão e custódia, a saber, o Brasil, não sendo razoável supor que outro ordenamento jurídico poderá influenciar o cumprimento de cláusulas ou a exequibilidade de condições desses títulos.

*- A Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, que instituiu a letra financeira e a ela conferiu natureza de título de crédito, é compatível com a hipótese de emissão de Depositary Receipt nela lastreado, observadas as condições fixadas para este pela Resolução nº 1927, de 18 de maio de 1992, não havendo entre tais dispositivos conflitos, lacunas ou inconsistências que possam fragilizar condições de subordinação eventualmente pactuadas a teor da Resolução nº 4.192, de 2013?*

26. Em tese, não se vislumbram conflitos, lacunas ou inconsistências entre a Lei nº 12.249, de 2010, e a atual redação ao Anexo V à Resolução nº 1.289, de 1987 (dada pela Resolução nº 1.927, de 1992), capazes de fragilizar as condições de subordinação dos instrumentos que integrem o PR. Observa-se que o regulamento em vigor não tem foco significativo na estrutura dos DRs ou dos valores mobiliários neles representados, mas sim nos recursos envolvidos no programa, em especial a

manutenção de valores no exterior ou a sua transferência, a constituição e alteração dos registros de capitais, entre outras matérias similares.

27. Como visto acima, os DRs assumem uma dúplici função: a de representação dos valores mobiliários depositados e a de legitimação do seu possuidor como proprietário destes. Portanto, não se verificam óbices ao exercício dessas funções, caso o instrumento representado seja um título de crédito, como a Letra Financeira (LF).

*- Na hipótese de investidor estrangeiro alienar no exterior Depositary Receipt lastreado em instrumento de dívida subordinada emitido por instituição financeira em operação no Brasil, o adquirente estará invariavelmente vinculado às condições de subordinação inicialmente pactuadas, ou tal vinculação depende de condições específicas, inclusive da regulamentação aplicável no país em que vier a ser feita a colocação do DR, havendo necessidade de exame caso a caso?*

28. Consoante a própria estrutura e conceito dos DRs, o adquirente do certificado passa a gozar do direito de tornar-se titular do valor mobiliário nele representado. Repita-se que o valor mobiliário terá sido emitido no Brasil, conforme a legislação local, e eventual negociação do certificado não tende a afetá-lo, permanecendo custodiado no território brasileiro, até que o proprietário do DR requeira a sua entrega.

29. Com efeito, não se revela razoável que o adquirente do DR possa afastar as condições de subordinação do instrumento, com base, por exemplo, na sua legislação pátria, no caso de resgate do certificado. Ao adquirir o DR, o investidor deverá ser cientificado de que o certificado lhe outorgará um direito de propriedade sobre um instrumento custodiado em outro país, local de sua emissão e, portanto, deve submeter-se às regras ali vigentes.

30. Ademais, a instituição depositária deverá cientificar o interessado em adquirir o certificado sobre as cláusulas e condições do valor mobiliário que lastreou a emissão do DR, até mesmo por ser um fator essencial para a decisão de investir ou não no certificado, que está intrinsecamente vinculado àquele bem.

### *C) Considerações adicionais*

31. O exame do conceito e estrutura dos DRs, em especial, do direito de resgate conferido aos titulares dos certificados, permite concluir que estes devem representar algo passível de individualização e de posterior titularidade pelo investidor. É o que ocorre atualmente com as ações que, por constituírem parcela do capital social de uma companhia, podem ser perfeitamente representadas nos DRs.

32. Com efeito, nada obsta que esses certificados venham a representar, também, títulos de crédito elegíveis ao PR de uma instituição, pois, assim, os DRs estariam conferindo direito a uma dívida determinada contida no título. Como visto, os DRs assumem não somente a função de representação, mas, também, de legitimação do seu possuidor como proprietário daquilo que está representado no certificado.

33. Contudo, a proposta de ato normativo que disciplinará a aplicação de investidor não residente por meio de DRs pretende que esses certificados passem a ser representativos de “instrumentos de dívida” elegíveis a compor o PR, expressão que abrange não somente títulos de crédito, mas também instrumentos que, a princípio, não permitiriam o exercício da prerrogativa de resgate pelo titular do DR, como os contratos de mútuo. Em outras palavras, determinados instrumentos que são aptos a compor o PR das instituições não poderão lastrear a emissão desses certificados, uma vez que não se enquadrariam na estrutura dos certificados ora examinados.

34. Logo, entende-se mais adequado que a norma a ser editada especifique que, dentre os instrumentos elegíveis a compor o PR, apenas os títulos de crédito poderão lastrear a emissão de DRs.

### CONCLUSÃO

35. Pelo acima exposto, em resposta à principal questão presente na consulta formulada pela área técnica, entendo que, em tese, as condições de subordinação constantes nos instrumentos elegíveis ao Patrimônio de Referência (PR) não são

alteradas, na hipótese de emissão, no exterior, de Depositary Receipts (DRs) lastreados em tais títulos.

36. As respostas às demais questões, por sua vez, encontram-se no corpo do parecer ora exarado.

37. Adicionalmente, em razão da estrutura dos certificados, considero adequado que a proposta normativa que visa a alterar o vigente Anexo V à Resolução nº 1.289, de 1987, precise que, dentre os instrumentos elegíveis a compor o PR das instituições financeiras, apenas os títulos de crédito poderão ser lastrear a emissão de DRs.

À superior consideração de Vossa Senhoria.

*Humberto Cestaro Teixeira Mendes*

*Procurador*

*Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (Conor)*

De acordo.

Ao Dereg, conforme a origem da consulta.

*Danilo Takasaki Carvalho*

*Procurador-Chefe da Conor*

# **Petição 6.305/2014-BCB/PGBC**

Petição apresentada pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil nos autos do recurso extraordinário interposto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em que se discute a competência para a regulação da concorrência no âmbito do mercado financeiro.

**Isaac Sidney Menezes Ferreira**  
Procurador-Geral

**Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho**  
Subprocurador-Geral

**Marcio Vidal de Campos Valadares**  
Procurador

**Ériton Bittencourt de Oliveira Rozendo**  
Procurador-Chefe

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

**Recurso Extraordinário nº 664.189**

**Recorrente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)**

**Recorridos: Banco BCN S.A. (Banco de Crédito Nacional S.A.) e outro**

**Interessados: Banco Central do Brasil e União**

BANCO CENTRAL DO BRASIL, autarquia federal já qualificada nos autos do processo destacado na epígrafe, no qual interveio com fundamento no art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 9.469, vem, por seus procuradores ao final subscritos (mandato legal na forma do art. 4º, I, da Lei nº 9.650, de 1998, e art. 9º da Lei nº 9.469, de 1997), apresentar

**CONTRARRAZÕES AO AGRAVO REGIMENTAL,**

pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir aduzidos:

**I. Síntese dos fatos**

Neste processo, colocam-se em discussão opções do legislador brasileiro acerca da competência para o exercício da regulação da concorrência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

2. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem atuado para ver acolhida a tese de que, nos termos da legislação de defesa da concorrência, poderia apreciar atos de concentração entre instituições financeiras.

3. A lide em referência teve origem no inconformismo dos Bancos BCN S.A. e Bradesco S.A. quanto ao ato administrativo da autoridade antitruste que ordenou a submissão a si da operação de aquisição do controle daquela primeira instituição financeira pela segunda. Tal motivou a impetração de mandado de segurança contra o ato por meio do qual ganhou forma a determinação.

4. Segundo os autores da ação mandamental, no ordenamento jurídico brasileiro, a regulação da concorrência no sistema financeiro seria reservada ao Banco Central, com exclusão de qualquer outra entidade, por força do disposto nos artigos 10, X, “c”, e 18, § 2º, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

5. Essa é também a posição firmada pela Advocacia-Geral da União em seu Parecer GM-20, aprovado pelo Presidente da República. De acordo com a manifestação, a alteração do modelo estabelecido pela legislação vigente dependeria da edição de lei complementar que modificasse as orientações contidas nos recém-citados dispositivos da Lei de Reforma Bancária.

6. Após regular transcurso pelas instâncias ordinárias, a análise da causa foi submetida à 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ocasião em que se deu provimento ao Recurso Especial (REsp) nº 1.094.218/DF, manejado pelos autores da ação mandamental. Aquela e. Corte afirmou, então, a competência da entidade reguladora e supervisora do Sistema Financeiro Nacional para efetuar a regulação da concorrência nesse setor da economia, ou seja, firmou-se o entendimento de que incumbe ao Banco Central, e não ao Cade a competência legal para a aprovação de atos de concentração bancária, ante o princípio da especialidade.

7. O acórdão da 1ª Seção do STJ, nos termos do voto da e. Ministra Eliana Calmon, relatora do caso, de fato, reconheceu a especialidade dos dispositivos da Lei nº 4.595, de 1964, no que toca à matéria.

8. O inconformismo contra tal decisão constituiu o objeto do Recurso Extraordinário (RE) nº 664.189/DF, interposto pelo Cade. Ao apreciá-lo, o relator, i. Ministro Dias Toffoli não o conheceu, ao fundamento de que tal juízo dependeria da reapreciação do conjunto fático probatório e da legislação infraconstitucional pertinente.

9. É essa decisão monocrática que o agravo regimental ora contrarrazoado pretende reformar.

10. Em sua insurgência, a autarquia criada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994<sup>1</sup>, alega que: (a) “o fundamento que serviu de lastro para a decisão tomada pelo STJ partiu da deliberação de teses jurídicas com **reflexo** direto na Constituição Federal”, porquanto envolve a análise dos arts. 192 e 173, § 4º, da Constituição, de maneira que a resolução da causa “passa pela definição da amplitude do controle estatal em relação a certo setor da economia, com **reflexo** direto nos poderes conferidos pela Constituição ao legislador ordinário para limitar a análise de atos concorrenciais, atingindo também a amplitude do poder regulamentar conferido ao Chefe do Poder Executivo” e (b) que a MM. Juíza da 6ª Vara Federal do Distrito Federal, em sede liminar, proferiu decisão em sentido contrário ao acórdão proferido pelo STJ no REsp nº 1.094.218, o que indicaria “a falta de solução para a questão de fundo”.

11. Quanto às mencionadas violações à Constituição, o recorrente aponta que (c) o STJ, ao reconhecer o caráter vinculante do Parecer GM-20 da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República, teria incorrido em dois equívocos. O primeiro deles seria a configuração de divergência com posição do Supremo Tribunal Federal a respeito da hierarquia da Lei nº 4.595, de 1964. É que na ADI 2591, o STF firmara o seu “caráter misto, ou seja, ela é materialmente complementar no que tange ao modelo institucional do Sistema Financeiro Nacional, sendo as demais regras materialmente ordinárias”. Dessa maneira, ao reconhecer status de lei complementar aos dispositivos daquela lei que tratam de regulação da concorrência, o Parecer GM-20 da AGU teria violado o art. 192 da Constituição Federal, por conferir interpretação contrária ao que ficou decidido em relação à necessidade de lei complementar exigida para regular o sistema financeiro.

12. Ademais, o Cade afirma que (d) o caráter vinculante do Parecer GM-20 é derivado de norma contida na Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Como o art. 131 da Constituição reserva à lei complementar o estabelecimento de regras relativas à organização e funcionamento da AGU, “na parte em que prevê a força vinculante dos pareceres normativos assinados pelo Presidente da República (a Lei Complementar nº 73, de 1993) seria materialmente uma lei ordinária, e não se aplicaria ao Cade” em virtude da entrada em vigor de

---

1 Ressalte-se que atualmente a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é regulada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

regra legal mais recente, o art. 50 da Lei nº 8.884, de 1994<sup>2</sup>, que inibe a revisão das decisões do Cade no âmbito do Poder Executivo.

13. Para o requerente, os argumentos referidos nos itens *c* e *d* importariam violação do § 4º do art. 173 da Constituição, uma vez que impediriam a realização da sua missão institucional, “*criando verdadeira imunidade às instituições financeiras no que se refere aos atos de concentração por elas realizados*”.

14. Em vista das alegações do Cade e da relevância do tema debatido, o Banco Central do Brasil tem por bem trazer à consideração de Vossas Excelências **características peculiares da atividade de intermediação financeira que pautam a disciplina jurídica dos agentes e operações envolvidos no Sistema Financeiro**. Esse será o objeto da seção III, abaixo.

15. Com isso, será possível repisar a razão em virtude da **qual matérias atinentes à estabilidade das instituições financeiras costumam receber tratamento particular** aqui e alhures.

16. No Brasil, tal é o caso da análise de atos de concentração bancária e de diversos outros temas: as instituições financeiras não se submetem à legislação falimentar aplicável às sociedades empresárias de modo geral, mas a regimes especiais de resolução; elas são beneficiárias de seguro de depósitos, garantia inextensível a outros setores da economia; há, no sistema financeiro, barreiras específicas à entrada de agentes econômicos no mercado. O rol não pretende ser exaustivo.

17. O raciocínio desenvolvido a partir dessas premissas irá conduzir o enfrentamento de cada um dos argumentos empregados no agravo regimental de que se cuida, o que será feito no item IV.

18. Inicialmente, contudo, é de se destacar que o recurso extraordinário interposto pelo Cade padece da falta de requisito de admissibilidade, motivo pelo qual o eminente Min. Relator corretamente negou seguimento a esse recurso.

19. É do que se passa a tratar.

---

2 Essa norma prevista na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 vigia à época dos fatos. Conforme mencionado na nota anterior, atualmente, a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é regulada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

## II. Em preliminar: ausência de prequestionamento de questão constitucional

20. O agravo regimental interposto pelo Cade volta-se contra decisão na qual o Superior Tribunal de Justiça limitou-se a aplicar e interpretar leis federais.

21. Por certo, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao conhecer da demanda, havia-se manifestado acerca da natureza das normas que definem a competência do Banco Central para atuar na defesa da concorrência entre instituições que compõem o Sistema Financeiro Nacional – se materialmente ordinárias ou complementares.

22. Já no Superior Tribunal de Justiça, a celeuma foi resolvida exclusivamente com a aplicação de outro critério para a solução de conflitos aparentes de normas, a saber, o da especialidade.

23. É dizer, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre a natureza das previsões contidas na Lei nº 4.595, de 1964, acerca da regulação da concorrência no Sistema Financeiro Nacional, se seria matéria regulável por lei complementar ou por lei ordinária.

24. A passagem transcrita abaixo, extraída do voto da Relatora do REsp nº 1.094.218, Ministra Eliana Calmon, confirma o que se vem de dizer:

*“Prequestionada a questão federal em torno dos dispositivos de admissibilidade, examino o mérito do recurso especial, esclarecendo que as questões constitucionais postas pelo CADE nas contra-razões apresentadas ao recurso especial em exame não prejudicam a análise infraconstitucional constante do recurso, diante do enfoque constante do acórdão impugnado, voltado para leis disciplinadoras do BACEN e do CADE” (fl. 801) – destaque acrescido<sup>3</sup>.*

25. Ora, se nenhuma questão de índole constitucional foi objeto da decisão do Superior Tribunal de Justiça, não houve prequestionamento dos pontos versados no apelo extremo. E o Supremo Tribunal Federal, a seu turno, já afirmou ser *“inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a*

---

3 A leitura da íntegra do acórdão recorrido revela que o Superior Tribunal de Justiça, em nenhum momento, considerou que a competência atribuída ao Banco Central para atuar na defesa da concorrência exigisse, como fonte normativa, lei complementar.

*interpretação de norma infraconstitucional que fundamenta a decisão a quo*<sup>4</sup>, caso em que haveria violação meramente reflexa ou indireta à Constituição.

26. Realmente, a pacífica jurisprudência desse Colendo Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a violação à Constituição da República é meramente reflexa quando houver necessidade de análise prévia da legislação ordinária. No caso dos autos, para saber se a competência para a análise e aprovação de atos de concentração bancária incumbe ao Banco Central do Brasil ou ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica imperiosa a análise das Leis nºs 4.595, de 1964, 8.884, de 1994 e 12.529, de 2011.

27. A propósito, veja-se, exemplificativamente, o seguinte precedente dessa Colenda Corte Suprema que envolvia a análise prévia das normas previstas na Lei nº 6.024, de 1974, para saber se a liquidação extrajudicial de instituição financeira foi ou não legítima, *verbis*:

*“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DISCIPLINA EM LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA. OFENSA INDIRETA. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. O exame de eventual ofensa à Constituição no acórdão que conclui pela impossibilidade de aferir-se a legitimidade de procedimento de liquidação extrajudicial de instituição financeira implica análise prévia da legislação ordinária que disciplina a espécie, o que inviabiliza o recurso extraordinário por configurar hipótese de ofensa indireta à Carta. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 349505 AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 26/02/2002, DJ 26-04-2002 PP-00084 EMENT VOL-02066-07 PP-01543)*

28. Nesses termos, o recurso interposto com supedâneo na alínea “a” do art. 102, III, da Carta Maior é inadmissível. A uma, porque não houve prévio debate das questões constitucionais versadas no apelo extremo; a duas, pois o exame de matéria infraconstitucional seria indispensável para a reforma da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

---

4 AI 850282 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 07-12-2012 PUBLIC 10-12-2012.

29. Contudo, se, eventualmente, a preliminar invocada não for acolhida, o que não se espera, o Banco Central requer a avaliação das razões expostas nos tópicos seguintes.

### III. Mérito: O caráter singular da atividade de intermediação financeira como pano de fundo para escolhas do legislador.

30. A atividade de intermediação financeira apresenta características singulares que a fazem instável. Essa é uma das principais circunstâncias a justificar o regime jurídico – por vezes marcado por particularidades – aplicável ao sistema financeiro.

31. A vulnerabilidade que perpassa a atividade das instituições financeiras decorre de dois traços da sua estrutura de capital. Em primeiro lugar, bancos tendem a ter menos capital próprio que outras sociedades<sup>5</sup>, o que os torna mais dependentes do dinheiro de terceiros. Em segundo lugar, as suas obrigações, anotadas em seu passivo, costumam materializar-se na forma de depósitos a vista ou a curto prazo, enquanto os seus ativos, em geral, tomam a forma de empréstimos a médio ou longo prazo<sup>6</sup>.

32. O descasamento de prazos faz com que as instituições financeiras estejam especialmente expostas a adversidades. É que, como elas mantêm em suas reservas apenas fração dos depósitos recebidos, não têm fundos à imediata disposição para pagar a todos os depositantes de uma só vez.

33. Assim, se parte substancial dos seus clientes sacar recursos de sua titularidade simultaneamente, a depositária precisará liquidar ativos a preços inferiores ao seu valor de face. Isso causaria a sua insolvência e ameaçaria os interesses dos outros depositantes que não tentassem obter imediato resgate de seus depósitos.

---

5 Jairo SADDI aponta que “bancos não são negócios comerciais comuns, por uma razão muito singela, apontada por David Ricardo, e citada por Walter Bahegot: ‘A característica distintiva do banqueiro, afirma Ricardo, inicia-se enquanto ele usa o dinheiro dos outros; enquanto usa o seu próprio dinheiro, ele é somente um capitalista.’” *Crise e Regulação Bancária*. São Paulo: Textonovo, 2001, p. 60.

6 MACEY, Jonathan R. and MILLER, Geoffrey. Deposit Insurance, The Implicit Regulatory Contract, and the Mismatch in the Term Structure of Banks’ Assets and Liabilities. *The Yale Journal on Regulation*. Vol. 12:1, 1995, p. 3. Disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2454&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2454&context=fss_papers). Acesso em 11 de março de 2014.

34. Por outras palavras, a circulação de más notícias sobre a saúde de um banco pode levar os depositantes a concluir que apenas os que primeiro forem às agências conseguirão receber seus créditos. Enquanto eles coletariam tudo o que haviam aplicado, os últimos não recuperariam nada.

35. Diz-se, então, que mesmo bancos solventes podem quebrar, porque a própria corrida bancária alimenta a bancarrota ao forçar a liquidação antecipada, com deságio, dos ativos.

36. E o fato de a confiança dos depositantes na solvibilidade dos bancos ser fator essencial ao sucesso da atividade de intermediação financeira tem outra repercussão relevante: a quebra de uma instituição pode ter consequências sistêmicas, caso ela indique a probabilidade de bancarrota de outros bancos<sup>7</sup>.

37. Não à toa, a quebra de um banco médio costuma despertar atenção dos reguladores/supervisores financeiros quanto à possibilidade de que outras instituições de porte semelhante sejam alvo de corridas bancárias. Esse fenômeno pode ser potencializado por assimetrias de informações, comuns entre depositantes.

38. No ordenamento jurídico brasileiro e nos de diversos outros países, há uma instituição voltada a atenuar a referida instabilidade, o seguro de depósitos, por meio da qual se garante o pagamento, até certo limite, de determinadas aplicações mantidas em instituições financeiras que venham a quebrar. Assim, reduzem-se os incentivos para corridas bancárias.

39. Entre nós, o seguro de depósitos é realizado pelo Fundo Garantidor de Créditos, uma associação, com personalidade jurídica de direito privado<sup>8</sup>, que recebe contribuições mensais de determinadas espécies de instituições financeiras.

40. Essa discricção, posto que singela, indica a limitação do seu poder de socorro – aos recursos que formam o seu patrimônio, fruto das transferências mensais das instituições financeiras – e como o seu financiamento aumenta o custo do crédito, uma vez que as instituições financeiras repassam aos seus clientes as despesas com as contribuições mensais, isto é, esses dispêndios compõem o chamado *spread* bancário.

---

7 Mello, João Manoel Pinho de. Estrutura, Concorrência e Estabilidade. *Risco e Regulação*. Márcio Garcia e Fabio Giambiagi (org.). Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, pp. 111-124 (p. 113).

8 Cujas atuação é regulamentada pela Resolução nº 4.222, de 23 de maio de 2013, expedida pelo Conselho Monetário Nacional.

41. Por conseguinte, a manutenção da estabilidade do sistema financeiro não pode depender exclusivamente do seguro de depósitos.

42. A lista de mecanismos disponíveis para auxiliar essa missão é variada, de maneira que diferentes países podem chegar a conformações distintas da regulamentação imposta às instituições financeiras. Dada a complexidade da estrutura de manutenção da estabilidade do sistema financeiro, a afirmação de que outras nações adotam ou não determinada instituição, em regra, deve ser recebida com comedimento.

43. No Brasil é possível identificar a adoção de certos artifícios que se prestam a conter intempéries financeiras. Entre outros, enquadram-se nesse rol, além do seguro de depósitos, a criação de regime falimentar próprio para as instituições financeiras, chamados de regimes especiais de resolução<sup>9</sup>; a assistência financeira de liquidez<sup>10</sup>; a previsão de requisitos específicos para a entrada no mercado<sup>11</sup>; e, o que ora é especialmente relevante, o tratamento particular conferido à regulação da concorrência no Sistema Financeiro.

44. Com efeito, ao tempo em que a imbricação entre concorrência e estabilidade no sistema financeiro é amplamente reconhecida, há controvérsias sobre se a relação entre elas é direta ou inversa, isto é, se mais concorrência aumenta ou compromete a higidez daquele mercado.

45. Parte da literatura teórica e empírica sobre a atividade de intermediação financeira indica que uma estrutura bancária menos competitiva provê mais solidez<sup>12</sup>. Nesse sentido, aponta-se que a competição, ao reduzir as margens de lucro dos bancos, os incentiva a tomar riscos excessivos. E mais, como os bancos selecionam primeiro os melhores clientes, o aumento da disputa entre eles pode

---

9 Os regimes especiais autorizam modalidades próprias de intervenção estatal capazes de reduzir o risco de que os administradores das instituições financeiras, sabendo da importância do seu negócio, adotem posturas demasiadamente arriscadas, por assumirem que eventual prejuízo em que incorram será suportado por terceiros, como o FGC, ou pelo Estado. Exemplo disso é a indisponibilidade de bens dos administradores de instituições financeiras, *efeito automático* da decretação de sua liquidação extrajudicial. Por indicarem a existência de medidas capazes de contornar ou estancar situações de crise em instituições financeiras, os regimes especiais também contribuem para fortalecer a confiança dos depositantes no sistema financeiro.

10 Por meio da qual se oferece aos bancos a possibilidade de contrato de (re)desconto de títulos, operação funcionalmente convergente a um empréstimo, com a ressalva de que as taxas são definidas fora de mercado. Atualmente, a matéria é regulamentada pela Resolução nº 2.949, de 4 de abril de 2002, expedida pelo Conselho Monetário Nacional em atenção ao disposto no art. 4º, XVII, da Lei nº 4.595, de 1964.

11 Essas barreiras, tal como a exigência de reputação ilibada, operam como estímulo à confiança dos depositantes, que nem sempre dispõem de informações adequadas para avaliar a gestão de instituições financeiras. A matéria atualmente é regulamentada pela Resolução nº 4.122, de 2 de agosto de 2012, expedida pelo Conselho Monetário Nacional que tem um dos seus fundamentos no art. 4º, VIII, da Lei nº 4.595, de 1964.

12 Os argumentos tratados no parágrafo do corpo do texto e naquele que o segue foram extraídos de Mello, *op. cit.* v. nota 5, acima, p. 113.

forçar a indústria a adentrar em campos marginais arriscados, ampliando a oferta de crédito aos tomadores mais propensos à inadimplência.

46. A essas ideias opõem-se autores para quem a competição pode aumentar o grau de estabilidade do sistema financeiro, seja porque a presença de concorrentes induz aumentos de eficiência e torna os bancos mais sólidos, seja porque ela enxuga as margens dessas instituições financeiras e, em consequência, o custo do crédito, reduzindo a probabilidade de inadimplência e de bancarrota da firma.

47. A resolução dessa controvérsia não é o que se tem em vista nesse momento.

48. Afinal, a circunstância de determinada matéria ser circundada por debates infundáveis não impede o Direito de oferecer respostas capazes de orientar as relações humanas e estabilizar expectativas.

49. Nesse sentido, é de se reconhecer, em primeiro lugar, que o debate sobre a relação – direta ou inversamente proporcional – entre estabilidade e concorrência no sistema financeiro não é novo.

50. De fato, o mesmo ato que criou o seguro de depósitos nacional nos Estados Unidos, o Glass-Steagall Act de 1933, instituiu a denominada *Regulation Q*, que impedia ou em alguns casos limitava o pagamento pelos bancos de remuneração aos depositantes. A medida baseava-se na percepção de que a competição por depósitos reduzia os lucros dos bancos e poderia levá-los a adquirir ativos mais arriscados, de maneira a compensar a diminuição dos seus ganhos<sup>13</sup>.

51. Alguns anos mais tarde, em 1968, a Suprema Corte norte-americana decidiu que a autorização de uma fusão anticompetitiva no mercado financeiro poderia fundamentar-se em um risco de falência de instituição financeira menor do que o que seria necessário para a adoção da mesma medida em relação a uma firma industrial<sup>14</sup>.

52. No Brasil, quando da edição da Lei nº 4.595, de 1964, atribuindo ao Banco Central a regulação da concorrência no Sistema Financeiro, estava em vigor a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que confiava ao Cade, em termos genéricos, a missão de reprimir o abuso do poder econômico na economia.

---

13 Gilbert, R. Alton. *Requiem for Regulation Q: What it did and why it passed away*. Federal Reserve Bank of St. Louis, February 1986, p. 23. Disponível em [https://research.stlouisfed.org/publications/review/86/02/Requiem\\_Feb1986.pdf](https://research.stlouisfed.org/publications/review/86/02/Requiem_Feb1986.pdf). Acesso em 4 de setembro de 2014.

14 *US vs Third National Bank of Nashville*, 390 US 171 (1968). *Apud* Mello, *op. cit.*, p. 112-113.

53. Ademais, até a década de 1980, como lembra Sidnei Turczyn, a restrição de acesso ao mercado financeiro no Brasil e na generalidade dos países voltava-se a evitar riscos da concorrência e a limitação ao porte e âmbito de atuação das diversas espécies de instituições financeiras se constituía em instrumento de regulação prudencial, porquanto um mercado fechado e com participantes de porte limitado poderia ser melhor monitorado<sup>15</sup>.

54. E após a crise financeira iniciada em meados de 2007, em decorrência da revisão da racionalidade que orientava a política concorrencial, ganhou força em diversos foros a noção de que considerações atinentes à estabilidade financeira devem sobrepor-se a preocupações puramente relacionadas à eficiência de mercado<sup>16</sup>.

55. Essas referências estão a demonstrar que o debate sobre a relação entre estabilidade e concorrência faz-se especialmente presente no sistema financeiro, dada a instabilidade inerente à atividade de intermediação financeira.

56. Decorre dessas considerações a observação de que o tratamento específico da análise de atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional, atribuída ao Banco Central, é uma manifestação legislativa a respeito da referida relação no mercado financeiro.

57. Desse modo, a apreciação da disciplina constitucional e legal brasileiras da competência para a regulação da concorrência no Sistema Financeiro Nacional tem por premissas inarredáveis: (a) o reconhecimento da relação inexorável entre a estabilidade e a concorrência no mercado financeiro e (b) o fato de o legislador conhecer a particularidade dessa relação e preocupar-se com a concepção de um modelo institucional a respeito da matéria, o qual compreende a definição da autoridade competente para a análise de atos de concentração no mercado financeiro.

58. É com essa inspiração que será analisado o aparente conflito de normas em referência.

---

15 TURCZYN, Sidnei. O Sistema Financeiro Nacional e a Regulação Bancária. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2005. P.384.

16 Cf. Parecer PGBC 327/2011, da lavra de Jefferson Siqueira de Brito Alvares, com despachos do Subprocurador-Geral Marcel Mascarenhas dos Santos e do Procurador-Geral, Isaac Sidney Menezes Ferreira. A manifestação foi publicada na Revista da PGBC, vol. 6, n. 1, jun. 2012. Disponível em [http://www.bcb.gov.br/pgbcb/062012/revista\\_pgbc\\_v6\\_n1\\_jun\\_2012.pdf](http://www.bcb.gov.br/pgbcb/062012/revista_pgbc_v6_n1_jun_2012.pdf). Acesso em 30 de setembro de 2014.

### III.1 Regulação da concorrência no Sistema Financeiro Nacional: qual é a norma especial?

59. A referência feita por vezes ao cotejo de toda a Lei da Reforma Bancária e da totalidade da legislação antitruste não capta com precisão quais são as normas em aparente conflito.

60. É bem de ver que a suposta divergência não se dá entre todos os dispositivos daquelas leis, mas sim entre a regra de que os atos de concentração devem ser submetidos à apreciação do Cade – art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994<sup>17</sup> – e aquela segundo a qual o Banco Central regulará a concorrência no sistema financeiro – art. 18, § 2º, da Lei nº 4.595, de 1964 – e concederá autorização às instituições financeiras a fim de que possam ser transformadas, fundidas ou incorporadas – art. 10, X, c, desta mesma lei.

61. É bem de ver que antes de a Lei nº 4.595, de 1964, passar a disciplinar a matéria, a Lei nº 4.137, de 1962, tratava da repressão ao abuso do poder econômico sem diferenciar setores da economia e atribuía tal competência ao Cade.

62. O fato de a Lei nº 4.595, de 1964, haver transferido essa incumbência ao Banco Central indica a opção do legislador por estabelecer trato específico para a regulação da concorrência no Sistema Financeiro Nacional.

63. A partir da vigência da Lei da Reforma Bancária, a concorrência na economia em geral e aquela entre as instituições financeiras passaram a receber tratamento diverso. Aquele, genérico; este, especial.

64. Há, portanto, uma regra relativa aos atos de concentração econômica, de maneira geral, e outra relacionada aos atos de concentração no sistema financeiro.

65. Essa constatação faz-se acompanhar da compreensão de que, quando se cuida de instituições financeiras, a competição tem repercussões peculiares, não verificadas em qualquer outro setor da economia.

66. É patente, portanto, a especialidade da norma referente à concorrência no sistema financeiro quando comparada àquela outra que trata genericamente da competição.

---

17 Conforme ressaltado em nota anterior, essa norma vigia à época dos fatos, porém, a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é, atualmente, regulada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que dispõe de norma semelhante prevista no art. 53.

#### IV. Resposta a cada uma das razões aduzidas pelo Cade em seu Agravo Regimental

67. A fim de impugnar-se especificamente cada uma das teses invocadas pelo Cade em seu recurso. Os fundamentos das contrarrazões do Banco Central são apresentados na sequência de cada um dos cinco tópicos elencados abaixo.

(a) Tese do Cade: “o fundamento que serviu de lastro para a decisão tomada pelo STJ partiu da deliberação de teses jurídicas com **reflexo** direto na Constituição Federal”, porquanto envolve a análise dos arts. 192 e 173, §4º, da Constituição, de maneira que a resolução da causa “*passa pela definição da amplitude do controle estatal em relação a certo setor da economia, com reflexo direto nos poderes conferidos pela Constituição ao legislador ordinário para limitar a análise de atos concorrenciais, atingindo também a amplitude do poder regulamentar conferido ao Chefe do Poder Executivo*”

68. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça não cuidou de questão constitucional em sua decisão, mas se limitou a afirmar a resolução do multicitado conflito aparente de normas pelo critério da especialidade. Aquela e. Corte não apreciou as alegações a respeito do *status*, se de lei complementar ou ordinária, dos dispositivos da Lei de Reforma Bancária (Lei nº 4.595, de 1964) pertinentes à regulação da concorrência no sistema financeiro.

(b) Tese do Cade: a MM. Juíza da 6ª Vara Federal do Distrito Federal, em sede liminar, proferiu decisão em sentido contrário ao acórdão proferido pelo STJ no REsp nº 1.094.218, o que indicaria “*a falta de solução para a questão de fundo*”.

69. Sobre o ponto, com todas as *venias*, a afirmação do recorrente merece reparos. Trata-se de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso especial, caso em que não há vinculação automática das demais instâncias jurisdicionais. Tampouco a decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal deverá obrigatoriamente ser seguida por juízes e tribunais.

70. Isso não significa que não haja solução para a questão de fundo, e sim que a decisão possui efeito *inter partes*.

(c) Tese do Cade: o STJ, ao reconhecer o caráter vinculante do Parecer GM-20 da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República, teria incorrido em dois equívocos. O primeiro deles seria a configuração de divergência com posição do Supremo Tribunal Federal a respeito da hierarquia

da Lei nº 4.595, de 1964. É que na ADI 2591, o STF firmara o seu “*caráter misto, ou seja, ela é materialmente complementar no que tange ao modelo institucional do Sistema Financeiro Nacional, sendo as demais regras materialmente ordinárias*”. Dessa maneira, ao reconhecer *status* de lei complementar aos dispositivos daquela lei que tratam de regulação da concorrência, o Parecer GM-20 da AGU teria violado o art. 192 da Constituição Federal, por conferir interpretação contrária ao que ficou decidido em relação à necessidade de lei complementar exigida para regular o sistema financeiro.

71. Não há contradição com a posição firmada pelo STF no julgamento da ADI 2591. Com efeito, a Lei nº 4.595, de 1964, é complementar no que tange ao modelo institucional do Sistema Financeiro, do qual a regulação da concorrência é ponto nevrálgico, uma vez que exerce influência sobre a estabilidade das instituições financeiras e do ambiente em que operam.

72. O mesmo não se pode dizer sobre normas diversas que tratam da tutela do consumidor, muitas das vezes relacionadas à prestação de serviços – oferta de talão de cheques, de extratos etc – e ao equilíbrio de relações contratuais de maneira genérica – disciplina de cláusulas abusivas, ampliação da informação à disposição dos consumidores, entre outros elementos – e não a aspectos particulares da intermediação financeira. Tanto é assim que, no que toca à definição da taxa de juros, elemento típico da oferta de crédito, o Supremo Tribunal Federal excluiu a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

(d) Tese do Cade: o caráter vinculante do Parecer GM-20 é derivado de norma contida na Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Como o art. 131 da Constituição reserva à lei complementar o estabelecimento de regras relativas à organização e funcionamento da AGU, “*na parte em que prevê a força vinculante dos pareceres normativos assinados pelo Presidente da República (a Lei Complementar nº 73, de 1993) seria materialmente uma lei ordinária, e não se aplicaria ao Cade*” em virtude da entrada em vigor de regra legal mais recente, o art. 50 da Lei nº 8.884, de 1994<sup>18</sup>, que inibe a revisão das decisões do Cade no âmbito do Poder Executivo.

---

18 Conforme ressaltado em nota anterior, essa norma vigia à época dos fatos. Atualmente, a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é regulada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que contém dispositivo com semelhante conteúdo, a saber, o art. 9º, § 2º.

73. A AGU é o órgão de assessoramento jurídico da União e dos órgãos e entidades que a integram. A qualificação de suas manifestações, como aquela que atribui efeito vinculante às aprovadas pelo Presidente da República, é elemento central ao seu funcionamento.

74. Não se pode conceber a existência de assessoramento jurídico comum a diversos órgãos e entidades associada à adoção de entendimentos contraditórios acerca de conflito aparente de normas – no caso, aparente conflito entre as atribuições institucionais legais entre duas autarquias federais, quais sejam, o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

75. O § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993, é ferramenta útil a evitar a falta de harmonia, que opera em prejuízo da estabilidade institucional e dos administrados.

76. Ressai dele a intenção de enfrentamento da descoordenação da Administração Pública Federal. E não custa lembrar que o desconcerto da orientação e ordenação dos órgãos e entidades da Administração Pública é um dos problemas centrais do controle administrativo – em sentido amplo<sup>19</sup>.

77. Não há, nessa orientação, confronto com o art. 50 da Lei nº 8.884, de 1994, segundo o qual as decisões do Cade, em julgamento de processo administrativo – *i.e.*, em apreciação de casos concretos – não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo.

78. O Parecer GM-20 não se refere a decisão proferida pela autarquia em processo administrativo. Seu objeto é a interpretação de normas definidoras de competências legais – genericamente consideradas – atribuídas a duas autarquias da Administração federal.

79. Como as atribuições do Cade são definidas pelo legislador, diante de aparente conflito de normas que sugira dúvidas, em termos abstratos, sobre a sua definição, não se está a tratar de julgamento de processo administrativo e, portanto, não tem aplicação o art. 50 da Lei nº 8.884, de 1994.

80. Por outro lado, a manifestação da AGU sobre semelhante controvérsia é expressão de tarefa típica do órgão de assessoramento jurídico da Administração Pública Federal. E as entidades e órgãos que a compõem devem, sim, estar obrigados a lhe dar fiel cumprimento, nos termos do § 1º do art. 40

---

19 Marques Neto, Floriano de Azevedo. Os Grandes Desafios do Controle da Administração Pública. *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Paulo Modesto (Coordenador). Belo Horizonte, Fórum, 2009, pp. 195-226.

da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, sob pena de a atuação administrativa acabar descoordenada.

(e) Tese do Cade: O Banco Central não teria expertise no trato da concorrência no Sistema Financeiro

81. Em razão da imbricação entre estabilidade e concorrência no mercado financeiro, a análise de atos de concentração nesse setor da economia observa aspectos peculiares, notadamente aqueles relativos à instabilidade da atividade de oferta de crédito por meio da intermediação de recursos.

82. Sem fazer referências a tais particularidades, que marcam a regulação da concorrência no sistema financeiro, o Cade alega que o Banco Central não poderia desincumbir-se de tal mister, por falta de expertise.

83. Essa afirmação deixa de considerar que a Autarquia responsável pela regulação e pela supervisão da atividade das instituições financeiras não apenas aprecia atos de concentração, como também regula a concorrência a partir de perspectivas diversas, preocupada com conciliar instituições jurídicas capazes de produzir equilíbrio entre estabilidade e competição.

84. Para além da apreciação de atos de concentração, tema de que cuida a Circular nº 3.590, de 26 de abril de 2012, expedida por esta Autarquia, a regulamentação da portabilidade de operações de crédito é exemplo de iniciativa do Banco Central voltada a estimular a competição no mercado financeiro. Por meio dela, a instituição credora original deve transferir operação para outra, que ofereça à pessoa natural tomadora de crédito melhores condições. A definição, os requisitos e o procedimento da portabilidade encontram-se previstos nas Resoluções nº 3.401, de 6 de setembro de 2006, e nº 4.292, de 20 de dezembro de 2013, ambas do Conselho Monetário Nacional, órgão a que o Banco Central serve como secretaria, oferece subsídios e sugere inovações e reformas institucionais, as quais, muitas vezes, vêm à lume por meio de atos normativos editados por aquele órgão.

## V. Considerações finais

85. O Cade foi criado pela Lei nº 4.137, de 1962, para cuidar, em termos gerais, da repressão ao abuso do poder econômico. Posteriormente, a lei que

criou o Banco Central (Lei nº 4.595, de 1964) atribuiu à nova entidade a competência específica e exclusiva para regular as condições de concorrência e reprimir os abusos do poder econômico, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (art. 18, § 2º).

86. Em outras palavras, desde que o Banco Central foi criado, em 1964, o legislador decidiu retirar do CADE e conferir exclusivamente à Autoridade Monetária a competência em matéria de concorrência no âmbito do sistema financeiro. Nem a Lei nº 8.884, de 1994, que transformou o CADE em autarquia, nem a nova Lei nº 12.529, de 2011, dispõem sobre a concorrência no âmbito do sistema financeiro, de modo que essa competência legal exclusiva sempre foi e continua sendo do Banco Central.

87. A competência exclusiva do Banco Central em matéria de concorrência no âmbito do sistema financeiro foi reafirmada pelo Advogado-Geral da União no Parecer GM-20, de 2001, que, por ter sido aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União de 25 de abril de 2001, é vinculante e de cumprimento obrigatório para toda a Administração Pública Federal, inclusive o CADE, nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 1993.

88. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Recurso Especial 1.094.218/DF, reconheceu não apenas a competência exclusiva do BC na matéria, mas também o caráter vinculante, para o CADE, do parecer da AGU aprovado pelo Presidente da República.

89. Nesse sentido, a ementa do acórdão do STJ afirmou: (a) que “O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração”; (b) que o referido parecer “se sobrepõe à Lei 8.884/94” (Lei do CADE); e (c) que “O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios”, especificando, ainda, que (d) “Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do Banco Central, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.595/64.”

90. Não bastasse essa questão jurídica, afeta exclusivamente à seara infraconstitucional, a qual demonstra que, na forma da lei, a competência em matéria de concorrência no âmbito do sistema financeiro é e sempre foi

exclusivamente do Banco Central, existe uma questão técnica, que mostra que o modelo economicamente mais eficaz e eficiente é aquele em que o Banco Central é a autoridade responsável pelo controle da concorrência.

91. Isso ocorre porque o Banco Central, na qualidade de regulador, supervisor e autoridade de resolução do sistema financeiro, além de autoridade monetária e cambial, responsável pela manutenção da estabilidade monetária e financeira, dispõe de informações, conhecimentos técnicos e experiência sobre o sistema financeiro que nem o CADE, nem nenhuma outra entidade no Governo, detêm.

92. É consenso na literatura econômica, após a crise financeira de 2008/2009, que, diante das especificidades do sistema financeiro, o modelo mais adequado é aquele em que o Banco Central atua como entidade responsável pela regulação e controle da concorrência e pela repressão ao abuso econômico no âmbito do sistema financeiro.

## VI. Pedidos

93. Ante o exposto, o Banco Central requer seja negado provimento ao agravo regimental, a fim de preservar-se a decisão monocrática proferida no Recurso Extraordinário nº 664.189, em decorrência da falta de prequestionamento da questão constitucional que se quer debater.

94. Caso seja superada a preliminar e essa Colenda Suprema Corte tenha por bem conhecer do Recurso Extraordinário, o que não se espera, a Autoridade responsável por regular e supervisionar o Sistema Financeiro Nacional requer o desprovimento da insurgência, pelos razões apresentadas.

Brasília, 3 de outubro de 2014.

*Isaac Sidney Menezes Ferreira*

*Procurador-Geral do Banco Central*  
*OAB/DF 14.533*

*Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho*

*Subprocurador-Geral do Banco Central*

*Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal (CC2PG)*

*OAB/DF 9.393*

*Marcio Valadares*

*Procurador do Banco Central*

*Mat. 6.794.141-9*

*Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes (Cojud)*

*OAB/RJ 153.754*

*Ériton Bittencourt de Oliveira Rozendo*

*Procurador-Chefe*

*Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes (Cojud)*

*OAB/DF 20.033*

# 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](mailto:revista.pgbc@bcb.gov.br), em arquivo *Word* ou *RTF*, observando-se as normas e os parâmetros de editoração adiante estabelecidos.
2. Os autores filiados a instituições estrangeiras podem encaminhar trabalhos redigidos em inglês ou espanhol.
3. Os autores que publicam trabalhos na Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central são detentores dos direitos morais de seus trabalhos, no entanto não fazem jus aos direitos patrimoniais pertinentes a sua criação ou a remuneração de nenhuma natureza.
4. **Configuração dos trabalhos** – Os trabalhos enviados devem ser compostos de 10 a 20 páginas, redigidas em fonte *Times New Roman* 12, com espaço entrelinhas simples. Variações serão analisadas pelo Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central.  
A configuração das páginas deve observar os seguintes parâmetros:
  - a) margens: superior – 3cm; inferior – 2cm; esquerda – 3cm; direita – 2cm;
  - b) tamanho: 210mm x 297mm (folha A4);
  - c) numeração: todas as páginas são contadas, mas a numeração, em algarismos arábicos, ocorre da segunda página em diante, na margem superior direita.
5. **Título e subtítulo** – O título do trabalho deve ser escrito no topo da página, alinhado à direita, com fonte *Times New Roman* 16, em negrito, com a primeira letra de cada palavra em maiúscula, salvo nos casos em que a inicial maiúscula não seja recomendada (em advérbio, preposição, conjunção, interjeição e artigo). O subtítulo do trabalho deve ser escrito na mesma linha do título, com mesma fonte, mesmo alinhamento e negrito. O subtítulo grafa-se das seguintes formas:
  - a) se ocorrer após dois-pontos: todas as letras minúsculas, salvo se a inicial maiúscula for obrigatória (exemplo: Governança Cooperativa: as funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil);
  - b) se ocorrer após traço: inicial maiúscula apenas na primeira palavra (exemplo: Governança Cooperativa – As funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil).

6. **Identificação do autor** – O nome do autor deve figurar um espaço duplo depois do título, alinhado à direita, com fonte *Times New Roman* 11 e negrito, seguido de asterisco, que remeta a nota de rodapé em que conste sua formação acadêmica e suas principais atividades profissionais.

7. **Sumário** – O sumário reproduz número e nome das seções e das subseções que compõem o trabalho. Deve posicionar-se um espaço duplo depois do nome do autor, alinhado à direita, a 6cm da margem esquerda, com fonte *Times New Roman* 10, em itálico. Apresenta número e nome das seções e das subseções que compõem o trabalho, até três desdobramentos. Veja-se este exemplo:

*Introdução. 1 Atividade bancária na União Europeia.  
2 Concorrência no setor bancário. 2.1 Sujeição dos bancos  
às regras de concorrência comunitárias. 2.2 Atuação da  
Comissão Europeia e da Rede Europeia de Concorrência.  
2.3 Ações da Comissão Europeia para o fortalecimento da  
concorrência na área bancária. Conclusão.*

8. **Resumo** – O resumo deve ser apresentado em português e inglês (*abstract*) e conter de 100 a 250 palavras. Deve ser construído na terceira pessoa do singular, com frases concisas e afirmativas, e não com enumeração de tópicos. Sua primeira frase deve explicar o tema do trabalho. Evitam-se símbolos e contrações cujo uso não seja corrente e fórmulas, equações e diagramas, a menos que extremamente necessários. Deve ressaltar o objetivo, o método, os resultados e as conclusões; não deve discorrer sobre o assunto do trabalho. O resumo em inglês (*abstract*) deve ser antecedido do título do trabalho, também em inglês, grafado um espaço duplo depois das palavras-chave em português.

9. **Palavras-chave** – Devem ser citadas de 4 a 6 palavras representativas do conteúdo do trabalho, separadas entre si por ponto. As palavras-chave em português devem figurar um espaço duplo depois do resumo. As palavras-chave em inglês (*keywords*) apresentam-se um espaço duplo depois do *abstract*.

10. **Texto** – O texto deve respeitar o limite de páginas já fixado e ser redigido de acordo com os parâmetros seguintes.

a) **Título e subtítulo de seções:** devem ser escritos em fonte *Times New Roman* 14, em negrito, posicionados um espaço duplo depois das *keywords*, alinhados à esquerda, com recuo de 1,5cm à esquerda e um espaço duplo entre eles. Escrevem-se apenas com a primeira letra da primeira palavra em maiúscula, salvo nos casos em que o uso de maiúscula nas demais palavras seja obrigatório.

Devem ser numerados com algarismos arábicos. O número e o nome das seções e das subseções devem ser separados apenas por espaço. Vejam-se exemplos:

### 3 Concorrência no setor bancário

#### 3.1 Sujeição dos bancos às regras de concorrência comunitárias

- b) **Parágrafos:** devem ser redigidos em fonte *Times New Roman* 12, sem negrito ou itálico, iniciando-se um espaço duplo depois do título da seção ou da subseção, com espaçamento entrelinhas simples, alinhamento justificado e recuo de 1,5cm da margem esquerda.
- c) **Destques:** devem ocorrer conforme as seguintes especificações:
- expressões em língua estrangeira: itálico (se ocorrerem trechos em itálico, as expressões estrangeiras devem ficar sem itálico);
  - ênfase, realce de expressões: negrito;
  - duplo realce de expressões: negrito e sublinhado (quando necessário destacar texto já destacado).
- d) **Citações:** devem apresentar-se conforme sua extensão.
- Citações com três linhas no máximo: devem figurar no corpo do parágrafo, entre aspas, sem itálico.
  - Citações com mais de três linhas: devem compor bloco independente do parágrafo, a um espaço duplo do texto antecedente e a um espaço duplo do texto subsequente, alinhado a 4cm da margem esquerda, com fonte 10, sem aspas e sem itálico.
  - Destaque nas citações: pode constar do original ou ser inserido pelo copista.
    - > Destaque do original: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) do autor”, entre parênteses, seguido do ponto-final.
    - > Destaque do copista: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) nosso(s)”, entre parênteses, antes do ponto-final.
  - Sistema de chamada de citações: deve ser o sistema autor-data. Em vez de usar número que remeta a nota de rodapé com os dados bibliográficos da publicação mencionada e em vez de usar toda a referência entre parênteses, emprega-se o sobrenome do autor ou o nome da entidade (com apenas a inicial maiúscula), a data e a(s) página(s) da publicação de onde se retirou o trecho transcrito. Vejam-se estes exemplos.
    - > Citação direta com até três linhas, sem o nome do autor expresso no texto:  
[...] O § 1º do citado art. 47 dá poderes aos estatutos para “criar outros órgãos necessários à administração”, e o art. 48 prevê a possibilidade de que os órgãos de administração contratem gerentes técnicos ou comerciais que não pertençam ao quadro de associados (BRASIL, 1971).

- > Citação direta com até três linhas, com o nome do autor expresso no texto:

[...] nas palavras de Serick (*apud* COELHO, 2003, p. 36): “[...] aplicam-se à pessoa jurídica as normas sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela.”

- > Citação direta com mais de três linhas, sem o nome do autor expresso no texto:

[...] Em relação aos órgãos de administração, a Lei Cooperativa prevê, em seu art. 47:

A sociedade será administrada por uma Diretoria ou Conselho de Administração, composto exclusivamente de associados eleitos pela Assembleia Geral, com mandato nunca superior a 4 (quatro) anos, sendo obrigatória a renovação de, no mínimo, 1/3 (um terço) do Conselho de Administração (BRASIL, 1971).

Dessa forma, as cooperativas de crédito no Brasil devem optar por serem administradas por uma [...]

- > Citação direta com mais de três linhas, com o nome do autor expresso no texto:

[...] Nas palavras de Martins (2001, p.135), a sociedade comercial pode ser conceituada como

[...] a entidade resultante de um acordo de duas ou mais pessoas, [sic] que se comprometeram a reunir capitais e trabalho para a realização de operações com fim lucrativo. A sociedade pode surgir de um contrato ou de um ato equivalente a um contrato; uma vez criada, e adquirindo personalidade jurídica, a sociedade se autonomiza, separando-se das pessoas que a constituíram.

Essa reunião social, conhecida pelos nomes “empresa”, “firma”, “sociedade”, “entidade societária” etc., [...]

- > Citação indireta sem o nome do autor expresso no texto (não se aplica o critério de número de linhas):

Críticos a esse modelo argumentam que os administradores podem atribuir a essa busca por atender expectativas dos *stakeholders* a responsabilidade por eventuais resultados negativos do negócio, mas reconhecem sua capacidade em agregar os esforços das partes interessadas em torno de objetivos de longo prazo e o sucesso da empresa (MAHER, 1999, p. 13).

- > Citação indireta com o nome do autor expresso no texto (não se aplica o critério de número de linhas):

Cornforth (2003, p. 30-31), na tentativa de estabelecer um modelo de análise apropriado para organizações sem fins lucrativos e tomando por base a taxonomia proposta por Hung (1998, p. 69), foca a atenção nos papéis que o Conselho desempenha, relacionando sua significância com as teorias associadas a cada papel na busca de uma abordagem multiteórica capaz de melhor explicar os diferentes papéis do Conselho.

11. **Referências** – Todos os documentos mencionados no texto devem constar nas Referências, que se posicionam um espaço duplo depois do fim do texto. Adotam-se as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Os nomes devem ser separados entre si por um espaço simples, alinhados à esquerda. O destaque no título do documento ou do evento no qual o documento foi apresentado deve ser **negrito**; o subtítulo deve ser grafado sem **negrito**. Título de artigo ou de texto publicado como parte de um exemplar deve ser grafado sem **negrito**, e o título desse exemplar deve figurar em **negrito**. No caso de publicações eletrônicas, deve constar o endereço eletrônico em que foi feita a consulta ao documento e a data do acesso a ele. Vejam-se exemplos:

FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. **Sistema Financeiro e Responsabilidade Social**: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito. São Paulo: Textonovo, 2004.

ROMAN, Flávio José. A Função Regulamentar da Administração Pública e a Regulação do Sistema Financeiro Nacional. *In*: JANTALIA, Fabiano. **A Regulação Jurídica do Sistema Financeiro Nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008**. Dispõe sobre o Sistema de Consórcio. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 de outubro de 2008. Seção 1. p. 3. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

SEMINÁRIO BRASILEIRO SOBRE A ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL, 2008, Brasília. **Anais ...** Brasília: Escola da AGU, 2008, 300 p.

CARVALHO, Danilo Takasaki. Sistema de Pagamentos em Moeda Local: aspectos jurídicos da nova alternativa para remessas de valores entre o Brasil e a Argentina. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 199-224, dez. 2008.

12. Os trabalhos que não estiverem em conformidade com as normas e os parâmetros relativos à editoração da revista serão devolvidos a seus autores e poderão ser reenviados, desde que efetuadas as modificações no prazo estabelecido.
13. A seleção dos trabalhos para publicação será feita pelos membros do Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, conforme previsto em regulamento próprio.



**BANCO CENTRAL DO BRASIL**

