

**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
FGV DIREITO RIO**

FELIPE HERDEM LIMA

**DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO
NO REGIME DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL**

Rio de Janeiro
2017

FELIPE HERDEM LIMA

**DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO
NO REGIME DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL**

Dissertação para obtenção de grau de mestre
apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas.

Área de concentração: Direito da Regulação.

Orientador: Thiago Bottino do Amaral

Rio de Janeiro
2017


FELIPE HERDEM LIMA

**"DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO REGIME DE LIQUIDAÇÃO
EXTRAJUDICIAL".**

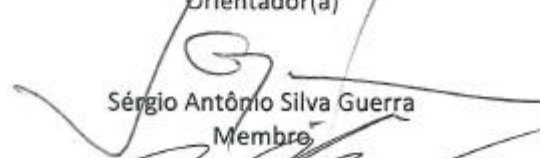
dissertação apresentado(a) ao Curso de Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação
do(a) Escola de Direito do Rio de Janeiro para obtenção do grau de Mestre(a) em
Direito da Regulação.

Data da defesa: 19/12/2017

ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA



Thiago Bottino do Amaral
Orientador(a)



Sérgio Antônio Silva Guerra
Membro



Demian da Silveira Lima Guedes
Membro

Lima, Felipe Herdem

Devido processo administrativo no regime de liquidação extrajudicial / Felipe Herdem Lima. – 2017.

130 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

Orientador: Thiago Bottino do Amaral.

Inclui bibliografia.

1. Processo administrativo. 2. Liquidação (Direito comercial). 3. Direito regulatório. I. Amaral, Thiago Bottino do. II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDD – 341.362

Dedico este trabalho à minha família, em especial ao meu pai Evandro, minha querida mãe Delisa, minha irmã Nathália e à minha amada esposa Débora Herdem, que me concedeu o melhor presente que podemos presenciar neste campo terrestre: o de ser pai da nossa doce e amada Sofia Herdem. Dedico esta obra também para o meu querido avô Delcy Herdem e minha “bisamãe” Dinah Herdem, que já fizeram a transição para o plano espiritual. Esta última, antes de fazer a sua passagem, me deixou uma carta com os seguintes dizeres:

“Para o Felipe eu digo: coragem, vá em frente. Contorne os obstáculos, são muitos, mas dê a volta por cima”. É, bisa, os desafios são muitos, mas aqui estou eu tentando contornar mais um.

Fique em paz.

Para SOFIA MASSENA HERDEM

Viver, como talvez morrer, é recriar-se:
a vida não está aí apenas para ser
suportada nem vivida, mas elaborada.
Eventualmente reprogramada.
Conscientemente executada.
Muitas vezes, ousada.

(Lya Luft)

RESUMO

O presente trabalho pretende discutir a obrigatoriedade de instauração de processo administrativo prévio, com a participação de todos os envolvidos, para a aplicação do regime especial de liquidação extrajudicial, disposto na Lei nº 6.024/74 de 13 de março de 1974. Desta forma, se discutirá o tratamento conferido pela referida lei, além das garantias constitucionais da ampla defesa, contraditório e da presunção de inocência, nos casos de decretação da liquidação extrajudicial pela violação de normas legais e estatutárias por seus administradores.

Palavras-chave: Liquidação extrajudicial. Devido processo legal. Ampla defesa. Contraditório.

ABSTRACT

The present work aims to discuss the obligation to initiate a previous administrative proceedings among all interested parties before the commencement of the special proceedings of extrajudicial liquidation of financial institutions provided for by Law nº 6.024, de 13.3.1974. In view of this, Law nº 6.024, de 13.3.1974 framework will be discussed , as well as financial institutions officers or directors' constitucional rights to full defense, adversary proceedings and presumption of innocence, when they violate legal or bylaw rules.

Key words: Liquidation of financial institutions. Due process of law. Full defense. Adversary proceedings.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO DO SETOR BANCÁRIO.....	14
1.1 Desenho Regulatório Nacional: Regulamentação e Fiscalização de Instituições Financeiras.....	17
1.2 Descrição do problema de pesquisa: O contraditório postergado	19
2 HISTÓRICO SOBRE OS REGIMES DE INTERVENÇÃO NO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL.....	22
2.1 Justificativas para a existência de regimes especiais de intervenção.....	25
2.2 Tipos de regimes especiais no Sistema Financeiro Nacional	28
2.2.1 Regime de Intervenção.....	30
2.2.2 Regime de Administração Especial Temporário (R.A.E.T.).....	32
2.2.3 Liquidação Extrajudicial	34
2.2.4 Medidas Prudenciais - Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997	48
3 LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL: NORMA CONDENATÓRIA OU DE SANEAMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL?.....	50
3.1 Aplicação do devido processo legal na decretação da liquidação extrajudicial por violação de normas legais ou estatutárias.....	50
3.2 A experiência norte-americana do devido processo legal administrativo e suas implicações no Brasil	58
3.3 Breves notas sobre o contraditório da seara administrativa na literatura estrangeira	60
3.4 Aplicação do contraditório em regimes especiais no Direito Comparado	61
3.4.1 Na Espanha	61
3.4.2 Em Portugal.....	63
3.4.3 Na Itália.....	66
3.4.4 Em outros países	68
3.5 Poder de polícia: um instrumental a serviço da realização coordenada da democracia e dos direitos fundamentais.....	70
3.6 Raízes autoritárias da Lei nº 6.024/74	73
3.7 Pós-modernidade - O processo administrativo como legitimador da pretensão estatal.....	81
3.8 Processo Administrativo como garantia fundamental	84
4 EXTERNALIDADES DECORRENTES DA DECRETAÇÃO DO REGIME SEM UM PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÉVIO NA HIPÓTESE DE VIOLAÇÃO DE NORMAS LEGAIS E ESTATUTÁRIAS.....	88
4.1 Assimetria de informação e violação ao contraditório e ampla defesa	88
4.2 Utilização dos pressupostos de urgência da medida como regra. Possíveis problemas	89
4.3 Consequências da decretação do regime da liquidação extrajudicial para os sócios e administradores.....	91
4.3.1 Indisponibilidade, responsabilidade dos administradores e perda do mandato	91
4.3.2 Necessidade de autorização do Banco Central do Brasil ou do juiz da Falência para ausentar-se do foro da intervenção ou liquidação.....	93
4.3.3 O inquérito administrativo	94
4.4 Imparcialidade do Banco Central do Brasil - BACEN como juízo universal	97
5 DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DO REGIME — É PRECISO MOTIVAR	101
5.1 Liquidação extrajudicial como medida extrema.....	106
6 NOVOS ARES.....	109
6.1 Pensando soluções	109
6.2 Projeto de Lei Complementar nº 37, de 13 de maio de 1999 — transferência para o Poder Judiciário para a aplicação do regime	110
6.3 Aplicação de um modelo híbrido para o regime de liquidação.....	112
6.4 Acordo Administrativo e Termo de Compromisso em processo de supervisão do Banco Central na hipótese de violação de normas legais.....	115
CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como hipótese analisar a ausência do contraditório para a decretação do regime de liquidação extrajudicial, prevista na Lei nº 6.024/74, por violação de normas legais ou estatutárias, acarretando, portanto, na violação da garantia constitucional da ampla defesa e contraditório, previsto no inciso LV¹ da Constituição Federal. Assim, ao longo desta dissertação, pretende-se analisar a necessidade da instauração de um processo administrativo prévio a decretação do regime de liquidação extrajudicial — na hipótese de violação de normas legais ou estatutárias, de modo a garantir o exercício do contraditório e ampla defesa pelos administradores e demais atores envolvidos na aplicação do regime pelo Banco Central do Brasil.

Dessa forma, cumpre esclarecer que a hipótese em análise é fruto de entendimento inicialmente difundido pelo Banco Central do Brasil, que ao longo da vigência da Lei nº 6.024/74, foi sendo acolhido pelos Tribunais, estabelecendo-se a premissa de que a liquidação extrajudicial não possui natureza sancionatória — configurando-se em um ato de intervenção estatal no domínio econômico, podendo, portanto, gozar de um contraditório postergado, ou seja, após a decretação do regime. Assim, consolidou-se um consenso, que vem sendo repetido como uma espécie de mantra (sem observar as características do caso concreto), de que o regime de liquidação extrajudicial é medida excepcional que visa proteger a economia pública, devendo, para tanto, gozar de celeridade para o efetivo poder de polícia e efetividade da medida, permitindo assim, o diferimento das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, para um processo administrativo instaurado após a decretação do regime.

Assim, com base nessa premissa sedimentada ao longo dos anos, o Banco Central do Brasil, ao verificar supostos indícios de descumprimentos de normas legais ou estatutárias, instaura um processo sigiloso, destinado apenas aos seus servidores, onde se discutirá a adoção do regime, sem sequer garantir ciência dos administradores da instituição sob fiscalização, quanto mais o direito de apresentar defesa, por meio de um processo administrativo com a garantia do contraditório e ampla defesa.

Como será apresentado, a ausência do contraditório na decretação do regime de liquidação extrajudicial, além de desrespeitar as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, acarreta em diversos problemas práticos, que poderiam ser evitados com a sua

¹ LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

presença através de um processo administrativo com a participação dos administradores da instituição. Destaque-se, por exemplo, o caso de uma instituição financeira onde o Banco Central decretou a liquidação extrajudicial por supostas violações a normas legais ou estatutárias, que no decorrer do processo verificou-se que a sociedade não estava insolvente e a não violou normas legais ou estatutárias. Neste caso, a indagação que fica é: Caso existisse um processo administrativo prévio, esta falha teria ocorrido?

Portanto, além do dever de cumprimento da garantia constitucional do contraditório e ampla defesa, a adoção de processo administrativo prévio encontra justificativa nas graves consequências impostas com a decretação do regime de liquidação, tais como: (i) paralisação das atividades da instituição e sua consequente extinção; (ii) decretação de indisponibilidade dos bens dos administradores e membros do conselho fiscal; (iii) restrição ao direito de ir e vir; e (iv) produção de provas sem a participação dos administradores. Busca-se, assim, a garantia do contraditório e ampla defesa em processo administrativo destinado a aplicação do regime, sem, contudo, deixar de observar a real necessidade de proteção dos credores da instituição e da economia.

Atualmente, o pêndulo está deslocado para a necessidade de proteção da economia pública, sem observar o direito ao contraditório e ampla defesa, gerando um desequilíbrio na relação entre a instituição financeira sob fiscalização e o Banco Central do Brasil — que age, supostamente, como guardião do interesse público em ter uma economia pública saudável. É necessário, portanto, uma releitura dessas premissas firmadas com base na ordem constitucional vigente, encontrando, dessa forma, o necessário equilíbrio entre os interesses e direitos constitucionais envolvidos.

Por sua vez, o tema que será desenvolvido encontra sua relevância e atualidade no cenário jurídico e econômico vivenciado na realidade brasileira, principalmente no que toca as recentes investigações e operações contra a corrupção, lavagem de dinheiro e afins da operação “lava jato” e os seus efeitos. Neste sentido, a título exemplificativo, vale destacar que o Banco Central do Brasil já liquidou seis corretoras desde o início da “lava jato”, sendo quase todas decretadas por violações a normas legais ou estatutárias². Some-se a isso a medida provisória 784, de 07 de junho de 2017, que inciou o processo de reestruturação administrativa nos processos de supervisão, fiscalização e punição no Sistema Financeiro Nacional, dando ensejo à Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, que dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da

² Como demonstra a matéria jornalística do jornal Estadão: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,bc-ja-liquidou-seis-corretoras-desde-o-inicio-da-lava-jato,70001832031>. Último acesso em 12.10.17.

Comissão de Valores Mobiliários, trazendo a possibilidade de celebração de acordos de leniência e termos de compromissos.

Ainda sobre a relevância do tema, merece destaque o impacto econômico que as liquidações ocasionam ao Banco Central do Brasil. Em dados fornecidos pela Autarquia, até 23 de abril de 2013 existiam 627 (seiscentos e vinte e sete) processos judiciais em que o Banco Central figurava como polo passivo (95%) e ativo (5%). Dentro desse universo, os processos relacionados ao regime de liquidação extrajudicial representavam 69%, impactando em um custo de provisão de R\$ 1,244 bilhões, representado 88,02% das provisões feitas pelo Banco³.

O impacto do regime de liquidação extrajudicial no Banco Central também pode ser observado na morosidade na procedimentalização e finalização dos regimes, já que, como será analisado, existem instituições em que o Banco Central do Brasil decretou a liquidação na década de 80 e o regime ainda não foi finalizado, pelas mais variadas razões, em especial o grande número de ações judiciais ajuizadas por credores ou administradores.

Como metodologia, será utilizado o método teórico-empírico, que consistirá na análise da legislação aplicável ao tema, decisões proferidas pelo Banco Central do Brasil e por Tribunais pátrios, além da literatura específica sobre a questão tratada.

Por fim, os objetivos deste trabalho podem ser divididos em dois grupos: a) objetivo geral; e b) objetivos específicos. Assim, o objetivo geral é garantir a participação e apresentação de defesa dos administradores no processo administrativo para a decretação do regime de liquidação extrajudicial na hipótese de violação a normas legais ou estatutárias — garantindo a observância aos direitos constitucionais do contraditório e ampla defesa. Já os objetivos específicos em linhas gerais são: i) garantir a ciência dos administradores da instituição sob fiscalização, quando o Banco Central decidir instaurar processo destinado à aplicação do regime de liquidação extrajudicial na hipótese de violação a normas legais ou estatutárias; ii) reduzir a assimetria de informação entre o Banco Central e a instituição financeira e; iii) controlar todo o processo, que poderá acarretar na decretação do regime de liquidação extrajudicial através da procedimentalização e motivação dos atos do Banco Central, permitindo um controle de legalidade e social do ato.

³ Dados obtidos através da apresentação do Procurador-Geral do Banco Central, Sr. Isaac Siney Menezes Ferreira no Seminário internacional sobre regimes de resolução no sistema financeiro Brasileiro em 06.05.13 - Brasília. Apresentação disponível em http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresenta%E7%E3o_Isaac_Sidney_Semin%E1rio_Regimes_Resolu%E7%E3o_06052013.pdf. Último acesso em 12.10.17.

A preocupação com a estabilidade do setor bancário vem ganhando força ao longo dos anos (não sendo um fenômeno recente). ROBERT E. WRIGHT, trazendo o posicionamento de ADAM SMITH, adverte sobre a importância da solidez dos bancos para o crescimento econômico de um País.⁴

Dessa forma, a importância da higidez do sistema é correlacionada com as diferentes atividades por ele exercidas e seus possíveis impactos positivos ou negativos na economia de um país. Assim, é de se ressaltar o clássico papel de canalização de recursos entre agentes econômicos superavitários e deficitários, em outras palavras, o papel primordial dos bancos seria captar a poupança individual, por meio de produtos financeiros que geralmente são de amplo acesso popular, como contas-correntes e cadernetas de poupança, e direcionar esses recursos àqueles que deles necessitam para investir em atividades produtivas.⁵ Outro exemplo de atividade de cunho relevante para o crescimento econômico de um país exercido pelas instituições bancárias é a mobilização de recursos com alto valor agregado, através da injeção de grandes quantias de capital para projetos de grande porte, que se tornariam inviáveis caso dependessem de aportes individuais⁶.

A intervenção estatal no setor financeiro se apresenta como uma necessidade desde a grande crise econômica de 1929. Desde então, o avanço da regulação setorial vem se desenvolvendo no sentido de evitar novas crises sistêmicas, e a consequente estabilidade do setor bancário, principalmente em função das atividades desempenhadas pelas instituições financeiras, consideradas, por vezes, como estratégicas para o crescimento econômico. Portanto, a constatação da necessidade de uma regulação prudencial para evitar crises bancárias e seus efeitos negativos vem ganhando força no cenário internacional neste último século, já que, apesar da constatação da necessidade de regulação do setor e do arcabouço normativo existente em diversos países, crises continuam ocorrendo, impactando diretamente grandes economias mundiais.

⁴ WRIGHT, Robert E. *The Wealth of nations rediscovered: integration and expansion in American financial markets (1780-1850)*. Cambridge University Press, 2002. (apud PINTO, Gustavo Mathias Alves. *Regulação Sistêmica e Prudencial no Setor Bancário Brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 21).

⁵ CORTEZ, Thiago Machado. “O conceito de risco sistêmico e suas implicações para a defesa da concorrência no mercado bancário”. In: CAMPILONGO, Celso F. et. al. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 311.

⁶ Neste sentido ver: BAGEHOT, Walter. *Lombard street: a description of the money Market*, pp. 3-4 apud PINTO, Gustavo Mathias Alves. Op. cit., p. 22.

Como exemplo dessa incapacidade de se evitar crises bancárias, merece destaque a crise financeira iniciada no mercado hipotecário *subprime* norte-americano, que se alastrou por diversos países do mundo, provocando efeitos catastróficos. De acordo com dados do Fundo Monetário Internacional (FMI), as baixas de carteiras de ativos situam-se no patamar de US\$ 4 trilhões, dos quais US\$ 2,8 trilhões seriam arcados por instituições financeiras.⁷

Portanto, as externalidades negativas decorrentes das crises do século passado (em especial a de 1929) e as crises ocorridas recentemente levaram a um avanço da percepção econômica em relação à importância do setor bancário e financeiro, culminando na edição de normas e de aparatos institucionais para prevenção e mitigação de crises do setor para a manutenção do seu equilíbrio.

Assim, em virtude dessa necessidade de regulação setorial, instituíram-se duas categorias distintas de regulação para o setor bancário, a saber: (i) a regulação sistêmica, “destinada a proporcionar uma rede de segurança aos bancos para impedir que as externalidades negativas decorrentes do alto grau de integração entre eles provoquem a disseminação de crises isoladas para outros participantes do sistema financeiro” e (ii) a regulação prudencial, que de maneira bem abstrata e sucinta visa “controlar o nível de risco assumido pelos bancos em suas atividades”⁸. Esta última, por sua vez, possui um caráter mais preventivo e complementar, buscando delinear regras que mantenham a higidez do setor bancário e do sistema financeiro.

Entretanto, apesar da existência de um quadro regulatório para o setor, o desafio continua sendo o mesmo para o regulador, ou seja, este se vê diante da necessidade de aprimorar os aparatos regulatórios existentes para que estes se moldem à complexidade e dinamicidade do sistema financeiro atual. Neste sentido, alguns exemplos podem representar a complexidade do sistema financeiro atual, como o desafio imposto às autoridades monetárias na regulação da conglomeração das atividades financeiras (“grandes demais para quebrar”) e a dificuldade de elaboração de normas que sejam capazes de monitorar e prevenir o surgimento de riscos sistêmicos, em casos de conglomerados financeiros que operam em diversos países.

O avanço tecnológico também impõe novos desafios regulatórios. Neste sentido, merece ser destacada a criação da moeda virtual *bitcoin*, produzida de forma descentralizada por milhares de computadores, em regra, sem a presença de um órgão regulador. No Brasil,

⁷ FMI. *Global Financial stability report: responding to the financial crisis and measuring systemic risk*. Washington: International Monetary Fund, 2008, pp. 30-31.

⁸ PINTO, Gustavo Mathias Alves. Op. cit., p. 1.

existe o Projeto de lei nº 2.303, de 2015, de autoria do Deputado Aureo Lidio Moreira Ribeiro (SD/RJ), que dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central.⁹

Logo, diante da relevância da atuação bancária em um cenário econômico complexo, como o atual, é natural a criação de regras e mecanismos de atuação que forneçam alguma proteção aos participantes do setor. Assim, apesar da existência de diferentes correntes teóricas para a teoria da regulação, o fato é que, diante das crises vivenciadas no século passado e neste século, é forçoso reconhecer a existência de imperfeições de mercado que impedem o seu normal funcionamento, dependendo, portanto, de um aparato regulatório para a correção de falhas que, por sua vez, possam surgir. Neste ponto, a experiência internacional influenciou diretamente o cenário nacional, já que a necessidade de regulação do setor bancário parte da premissa da incapacidade da teoria neoclássica¹⁰ para enfrentar a complexidade e a dinamicidade econômica, que se transforma a cada minuto. Reconheceu-se, portanto, situações em que o mercado de forma livre não foi capaz de reprimir falhas que permitissem o seu funcionamento mais adequado.

Algumas respostas já foram dadas aos desafios atuais e cotidianos impostos à regulação do setor bancário. Nos Estados Unidos, foi promulgado em 2010 o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, reformando de forma profunda o marco regulatório do sistema financeiro norte-americano; também em 2010 o Comitê de Basileia de Supervisão Bancária aprovou um conjunto de regras denominadas informalmente como “Basileia III”, que reformulou parte dos acordos anteriores e introduziu novos instrumentos de regulação prudencial. Por fim, o relatório *Larosiére*, solicitado a pedido da União Europeia e apresentado em 2009, sugeriu mudanças regulatórias para as instituições financeiras atuantes na comunidade.¹¹

Dessa forma, é imprescindível a necessidade de um arcabouço normativo regulatório para a prevenção de crises bancárias sistêmicas e a consequente ocorrência de todos os seus efeitos. No entanto, o caráter preventivo do sistema regulatório é apenas uma face da moeda, ou seja, é necessário que a regulação bancária e do sistema financeiro nacional evite e reprima

⁹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>. Último acesso em 05.11.17

¹⁰ A doutrina costuma associar as bases para o modelo neoclássico com os economistas políticos do século XVIII e início do século XIX, tendo como destaque a obra de Adam Smith. Como lembra PINTO, “A publicação de A riqueza das Nações pelo autor em 1776 é descrita por alguns autores como o marco divisor do estudo da economia como disciplina autônoma. (...) Segundo Smith, a economia ideal seria um sistema de mercado autorregulador que automaticamente satisfaria as necessidades econômicas da sociedade. (PINTO, Gustavo Mathias Alves. Op. cit., p. 25).

¹¹ Neste sentido, ver: PINTO, Gustavo Mathias Alves. Op. cit., 2015, p. 1.

possíveis crises, mas que também assegure e respeite e direitos constitucionais, como no caso que será tratado neste trabalho.

1.1 Desenho Regulatório Nacional: Regulamentação e Fiscalização de Instituições Financeiras

A Constituição Federal, em seu artigo 192, estipulou que o Sistema Financeiro Nacional (SFN) deve ser “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, devendo ser regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”. Em uma primeira leitura, resta evidente que o Constituinte deixou a regulamentação do SFN para leis complementares. Ocorre que, até a presente data, não foi promulgada lei que o regule, tarefa que ainda continua a cargo da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que estabeleceu um arcabouço institucional destinado à disciplina da atividade bancária no Brasil.

Dessa forma, de acordo com o artigo 1º da Lei nº 4.595/64, o Sistema Financeiro Nacional é constituído pelo Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil, Banco do Brasil S.A, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e pelas demais instituições financeiras públicas e privadas. Em seguida, a lei passa a tratar sobre a competência dos integrantes. Sobre esse tema, o presente trabalho passará de forma breve, apenas para fornecer um panorama sobre o desenho institucional do Sistema Financeiro Nacional.

O Conselho Monetário Nacional (CMN) é um órgão federal integrante da administração federal direta, que, de acordo com o artigo 2º da Lei nº 4.595/64, possui a competência de formular a política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social do País. A lei ainda trata sobre a política do CMN, estipulando diretrizes e objetivos que deverão ser atingidos (art. 3º). De acordo com o artigo 8º, caput, da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, O CMN é integrado pelo Ministro de Estado da Fazenda, na qualidade de Presidente, pelo Ministro de Estado do Planejamento e Orçamento, e pelo Presidente do Banco Central do Brasil. Seu regimento interno foi aprovado pelo Decreto nº 1.307, de 9 de novembro de 1994, alterado pelo Decreto nº 1.649, de 7 de setembro de 1995.

Por sua vez, o Banco Central do Brasil, de acordo com o artigo 8º da Lei nº 4.595, é uma autarquia federal, criada para substituir a Superintendência da Moeda e do Crédito – SUMOC. Sua administração fica a cargo de uma diretoria composta por nove membros —

um dos quais é designado presidente —, todos devidamente nomeados pelo Presidente da República entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, sendo ainda demissíveis *ad nutum* (artigo 1º do Decreto nº 91.961, de 19 de novembro de 1985). O Presidente do Banco Central é considerado Ministro de Estado (artigo 1º da Lei nº 11.036, de 22 de dezembro de 2004), competindo a ele definir a competência e as atribuições dos demais diretores. Vale lembrar ainda que, de acordo com os artigos 52, III, *d*, e 84, XIV, da Constituição Federal, é requisito para a nomeação dos diretores e do presidente do Banco Central a sua aprovação pelo Senado Federal.

A competência do Banco Central foi definida a partir do artigo 10 da Lei nº 4.595/64. O poder de fiscalização e a aplicação de penalidades em instituições financeiras estão previstos no inciso IX, renumerado pela Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989. No mesmo sentido, o inciso X atribui à competência do Banco Central para conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam funcionar no País e outras atividades. Cabe ao Banco Central, ainda, fazer cumprir as normas expedidas pelo CMN, o que permite uma atuação conjunta e complementar entre o CMN e o Banco Central, enquanto o primeiro emite normas reguladoras, e o segundo executa as normas mediante atos fiscalizatórios e sancionatórios.

MARLOS LOPES GODINHO ERLING, em dissertação sobre o tema¹², sintetiza as competências do Banco Central do Brasil em: (i) execução da política monetária (operações de redesconto, exigências de depósitos compulsórios e operações de *open market*); (ii) prestação do serviço de meio circulante; (iii) tutela sistêmica das infraestruturas financeiras do mercado, essencialmente da integridade do Sistema de Pagamento Brasileiro (SPB); (iv) gestor da política cambial, além do controle de entrada e saída de capitais externos e gestão financeira das reservas internacionais; (v) assessoria financeira do governo; e (vi) regulação sistêmica de entrada, funcionamento e saída das instituições autorizadas a funcionar pela Autarquia, especialmente os conglomerados financeiros ou banco múltiplos, com foco no controle do risco sistêmico.

Interessante destacar que a Lei nº 4.595/64 não definiu precisamente a figura da instituição financeira, posto que o conteúdo da prescrição normativa disposta no artigo 17 gera dúvidas desde sua edição¹³. Predomina o entendimento de que a caracterização de

¹² ERLING, Marlos Lopes Godinho. *Regulação do Sistema Financeiro Nacional: desafios e propostas de aprimoramento institucional*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 355.

¹³ Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de

instituição financeira sujeita à regulação do Banco Central passa por uma análise finalística ou funcional do artigo 17, sendo caracterizada quando preenchidos os elementos cumulativos da: (i) captação pública de recursos; (ii) repasse desses recursos a terceiros; (iii) intenção de lucro e; (iv) habitualidade.¹⁴ Destarte, o artigo 17 da Lei nº 4.595/64 serve como elemento normativo de referência para fins de delimitação material da competência administrativa do Banco Central¹⁵.

Em linhas gerais, as instituições submetidas à competência regulatória do Banco Central do Brasil são: i) bancos múltiplos; ii) bancos comerciais; iii) Caixa Econômica Federal; iv) cooperativas de créditos; v) bancos de desenvolvimento; vi) bancos de investimento; vii) bancos de câmbio; viii) sociedades de crédito, financiamento e investimento; ix) sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários; x) sociedades corretoras de câmbio; xi) sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários; xii) sociedades de arrendamento mercantil; xiii) sociedades de crédito imobiliário; xiv) associações de poupança e empréstimo; xv) sociedades de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte; xvi) agências de fomento; xvii) companhias hipotecárias e; xxviii) cooperativas de crédito.¹⁶

Portanto, como defende parcela da literatura, o desenho regulatório brasileiro atribuiu ao Banco Central do Brasil competências regulatórias voltadas à promoção coordenada da estabilidade monetária e da regulação financeira sistêmica do Brasil.¹⁷

1.2 Descrição do problema de pesquisa: O contraditório postergado

Fazendo-se valer a tradição jurídica brasileira, considere o seguinte exemplo:

Tício é um administrador de uma instituição financeira, que possui uma boa saúde econômico-financeira, cumprindo com pontualidade todas as suas obrigações. Em um dia de sol, após o seu exercício diário, Tício foi trabalhar. Ao chegar na sociedade, deparou-se com

recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

¹⁴ ERLING, Marlos Lopes Godinho. Op.cit., p. 358.

¹⁵ *Ibid*, p. 359.

¹⁶ Interessante destacar a existência de projetos de Lei Complementar, em trâmite conjunto no Congresso Nacional, com objetivo de equiparar à instituição financeira as administradoras de cartão de crédito 16 e as sociedades de fomento mercantil ou factoring¹⁶, visando alterar a redação do artigo 17 da Lei nº 4.595/64, para incluí-las no rol de instituições sujeitas à regulação do Banco Central.

¹⁷ ERLING, Marlos Lopes Godinho. Op.cit., p. 360.

uma equipe do Banco Central do Brasil e com a notícia de que a empresa estava sendo liquidada por essa autarquia, por supostas violações a normas estatutárias e legais, e que todos os seus bens haviam se tornado indisponíveis, a partir daquela data.

Tício, como nunca teve conhecimento da existência de um processo administrativo instaurado pelo Banco Central do Brasil para a aplicação do regime de liquidação, solicitou uma cópia do processo que culminou na medida em questão, com o intuito de tomar conhecimento dos fatos que levaram à adoção do regime, bem como as supostas normas que haviam sido violadas.

O exemplo acima pode parecer imparcial, com o intuito de corroborar o problema de pesquisa sustentado, entretanto, essa atuação do Banco Central do Brasil é recorrente. Como premissas para a sustentação do que está sendo exposto, pode-se destacar os vários julgados que corroboram esse entendimento, ou seja, da decretação da liquidação, sem a ciência e participação dos interessados para a decretação.¹⁸

Assim, a jurisprudência pátria e o Banco Central do Brasil vêm adotando um entendimento no sentido de que o instituto da liquidação extrajudicial não possui natureza punitiva, sendo apenas um instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico e, como tal, as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório devem ser diferidas, no intuito de conferir efetividade da medida, garantindo, portanto, o efetivo poder de polícia do Banco Central e a proteção da economia pública.¹⁹

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já teve a oportunidade de analisar recursos extraordinários onde os recorrentes suscitavam a inconstitucionalidade da decretação do regime de liquidação extrajudicial, por violações ao contraditório e ampla defesa²⁰. No

¹⁸ Tratando do entendimento adotado pelo Banco Central do Brasil e acolhido pelo Poder Judiciário, merece destaque a transição de um trecho do AgRg no REsp. nº 615436/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ 06.12.04. REsp. nº 930970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 03.11.08. “Depreende-se que o processo de liquidação extrajudicial tem por objeto salvaguardar a economia pública, a poupança privada e o mercado financeiro e de capitais, devendo, para tanto, ser célere, circunstância pela qual o princípio do devido processo legal deve ter a sua aplicação mitigada, considerando as peculiaridades do caso concreto, mais precisamente, a sua natureza de urgência. No mesmo sentido ver: DJ 06.12.04; REsp. nº 930970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 03.11.08.

¹⁹ Tratando do entendimento adotado pelo Banco Central do Brasil e acolhido pelo Poder Judiciário, merece destaque a transição de um trecho do AgRg no REsp. nº 615436/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ 06.12.04. REsp. nº 930970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 03.11.08. “Depreende-se que o processo de liquidação extrajudicial tem por objeto salvaguardar a economia pública, a poupança privada e o mercado financeiro e de capitais, devendo, para tanto, ser célere, circunstância pela qual o princípio do devido processo legal deve ter a sua aplicação mitigada, considerando as peculiaridades do caso concreto, mais precisamente, a sua natureza de urgência. No mesmo sentido ver: DJ 06.12.04; REsp. nº 930970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 03.11.08 e REsp. nº 1309320/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 10.04.17, DJ 18.04.17.

²⁰ Neste sentido ver: RE nº 436565, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 23.04.10, publicado em DJe-10.05.10, AI nº 857129 AgR/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 07.05.13, publicado em 01.07.13, AI nº 794790 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 28.02.12, publicado em 12.03.12.

entanto, a suprema corte não conseguiu entrar no mérito da discussão constitucional envolvida, por possuir entendimento consolidado no sentido de que as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição”, circunstância que inviabiliza o acesso à instância extraordinária.²¹

Entretanto, apesar da existência de entendimento consolidado sobre o tema, alguns tribunais já se pronunciaram sobre a inconstitucionalidade da Lei de Liquidação Extrajudicial, pela não observância do contraditório e ampla defesa, como no caso da liquidação do Banco do Estado do Rio Grande do Norte S/A, sob o argumento de que a Lei nº 6.024/74 não foi recepcionada pela Constituição, por violar os princípios do contraditório e ampla defesa.²² No mesmo sentido, a 2ª Seção do Tribunal Regional Federal-1ª região, em hipótese similar, também decidiu pela impossibilidade da decretação do regime de liquidação, sem a observância de um processo administrativo prévio, concluindo que:

(...) Inexistindo graves indícios ou evidência de insolvência ou não havendo cassação de autorização para funcionar, o Banco Central do Brasil — que não é “senhor de barão e cutelo, de alta e baixa justiça dentro de seus domínios” — não pode decretar a liquidação extrajudicial de instituição financeira (...) ²³.

Contudo, o entendimento que vem prevalecendo é o de que a Lei nº 6.024/74 instituiu um “contraditório postergado”, sob a alegação de que o escopo da liquidação extrajudicial não é a punição das instituições financeiras e seus administradores, mas sim o saneamento do mercado financeiro.

²¹ AI nº 238.917-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 20.10.00, RE nº 472.588 AgR, rel. min. Eros Grau, DJe-157, 06.12.07; e RE nº 290.944, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 03.08.04.

²² REOMS nº 33351-RN (0027592-87.1993.4.05.0000), julgado em 09.11.93, DJ 28.03.94, Rel. Des. José Delgado, cuja ementa merece transcrição: “ADMINISTRATIVO. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETAÇÃO IMOTIVADA. LEI 6024/74 NÃO REPECIONADA PELA CARTA MAGNA DE 1988 (VIOLAÇÃO AO ART. QUINTO, INCISOS XXII, LIV E LV). IMPRESCRITIBILIDADE DO DUE PROCESS OF LAW. 1. A legalidade de um ato administrativo está intrinsicamente ligada à sua motivação. O ato que decreta a liquidação extrajudicial, in casu, do BANDERN - Banco do Estado do Rio Grande do Norte S/A, há de ser motivado, sob pena de eivar-se de nulidade, mormente seja o mesmo suporte do princípio da legalidade do art. 37, da Constituição Federal. 2. A Lei 6024, disciplinadora da liquidação extrajudicial, não foi recepcionada pela novel Magna Carta, por violar os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. Quinto, LV), princípios esses imprescindíveis à eficácia do ato praticado”.

²³ EIAC nº 90.01.08974-7/DF; Embargos infringentes na apelação cível. Rel. Tourinho Neto, julgado em 18.09.90, DJ 05.10.90.

2 HISTÓRICO SOBRE OS REGIMES DE INTERVENÇÃO NO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Após as considerações sobre a necessidade de regular o setor bancário e suas possíveis externalidades a seus participantes e a sociedade de maneira geral, cabe agora traçar um breve histórico sobre os regimes de intervenção no mercado financeiro, instrumentos estes que possibilitam a higidez do sistema bancário, evitando, por vezes, a possibilidade de crises sistêmicas e danos à economia e seus participantes.

A literatura costuma associar a segunda metade do século XIX a um período determinante na indústria nacional, momento em que diversos bancos de depósitos e de descontos foram criados, dentre eles: Banco Comercial da Bahia (1845), Banco Comercial do Maranhão (1846), Banco de Pernambuco (1851) e o Banco Comercial do Pará (1853). Aliado à criação desses bancos, foi promulgado o Código Comercial (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850) e da Lei de Terras (Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850). Como ilustra PINTO, esses diplomas legais foram essenciais para o funcionamento dos estabelecimentos bancários, na medida em que reconheceram legalmente a profissão de banqueiro, regulamentaram a organização dos bancos e dos contratos de financiamento (inclusive daqueles garantidos por hipoteca), além de tornarem a terra um ativo negociável.²⁴

No entanto, esse cenário de crescimento econômico é abalado devido à crise cafeeira no início da década de 1860. É neste cenário de retração econômica que foi aprovada a Lei nº 1.083, de 22 de agosto de 1860, que acabou por receber o nome de “Lei dos Entraves”, passando a exigir a aprovação governamental para o estabelecimento de sociedades anônimas, bem como a proibição à emissão de vales por bancos privados enquanto estes não se mostrassem capazes de reembolsá-los em ouro.²⁵ PINTO aponta que a redução da liquidez da economia em função do cenário de retração econômica foi responsável pela quebra das casas bancárias J.A Souto & Cia., em 1864, e a Mauá Mac-Gregor, em 1866, ocasionando uma crise bancária no país e forçando a elaboração de regras específicas para situações de crises bancárias.²⁶

No mesmo período, foram promulgados os Decretos nº 3.308, de 17 de setembro de 1864 e o 3.309, de 20 de setembro de 1864, os quais, para muitos autores, podem ser

²⁴ PINTO, Gustavo Mathias Alves. Op. cit., p. 59.

²⁵ *Ibid*, p. 60.

²⁶ *Ibid*, p. 60.

considerados como os marcos regulatórios de intervenção estatal para a regulação bancária²⁷. O Decreto nº 3.308 estabeleceu uma moratória geral, estabelecendo uma suspensão e uma prorrogação, por sessenta dias, dos vencimentos das letras, notas promissórias e quaisquer outros títulos comerciais pagáveis na Corte e na Província do Rio de Janeiro, e o Decreto nº 3.309 preceituava que os bancos não poderiam ser submetidos à legislação das falências ordinárias.²⁸

Para PINTO, o novo regime republicano nasce com uma crise, cujas “raízes encontram-se na emissão desenfreada de títulos e subsequente estouro da bolha especulativa que se criara”²⁹, na tentativa de estimular a industrialização do país, por intermédio da concessão de créditos para investimentos industriais lastreados na emissão de papel-moeda pelos bancos. A tentativa de estímulo da industrialização do país fica muito bem retratada com o aumento no número de registros na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, que em 1890 passou de 38 bancos e 294 sociedades anônimas, para 89 bancos e 549 companhias em 1892.³⁰

Este período levou à quebra de diversas instituições financeiras. Apenas no final de 1900, 17 estabelecimentos bancários foram liquidados, além da suspensão de pagamentos pelos bancos da República, Banco Rural e Hipotecário e o Banco da Lavoura e do Comércio.³¹ Em função da crise econômica, o governo à época promulgou a Lei nº 703, de 10 de outubro de 1900, que promoveu algumas mudanças no processo para liquidações forçadas, além de possibilitar aos bancos a celebração de acordos extrajudiciais com credores.

Em 1920, foi criada a Inspetoria Geral dos Bancos, através da Lei nº 4.182, de 13 de novembro de 1920, demonstrando, portanto, o interesse do Estado na supervisão mais efetiva do setor bancário. Assim, já reconhecida a impraticabilidade de submissão do procedimento falimentar aos bancos, em 16 de dezembro de 1930, foi promulgado o Decreto-lei nº 19.479, regulamentado pelo Decreto nº 19.634, de 28 de janeiro de 1931, que disciplinaram o processo de liquidação extrajudicial, vigorando até 1945.

²⁷ Para PAULIN, desde 1864 vem se reconhecendo a necessidade de se adotar, no que se relaciona a quebra de instituição financeira, um regime peculiar. (PAULIN, Luiz Alfredo. Conceito de intervenção e liquidação extrajudicial – pressupostos para a sua decretação. In SADDI, Jairo (Org.). *Intervenção e liquidação extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional: 25 anos da Lei nº 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999, p. 122). Para Verçosa, interpreta o Decreto nº 3.309/1864 como o germe da futura legislação sobre a intervenção administrativa no campo das quebras bancárias.

²⁸ PINTO, Gustavo Mathias Alves Pinto. Op. cit., p. 60.

²⁹ *Ibid*, p. 61.

³⁰ YAZBEK, Otavio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*, São Paulo: Elsevier, 2007, p. 257.

³¹ PINTO, Gustavo Mathias Alves Pinto. Op. cit., p. 61.

Em 1945, é editado o Decreto-lei nº 8.495, de 28 de dezembro, o qual possibilita “à Superintendência da Moeda e do Crédito, a que atribui as funções da Caixa de Mobilização, intervir na administração de estabelecimentos bancários: a) por solicitação dos administradores do estabelecimento, com indicação das causas do pedido, sem indicação falsa ou dolosa; b) por iniciativa própria, quando ocorresse qualquer dos fatos mencionados nos artigos 1º e 2º do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de julho de 1945.

Em 1946, é publicado o Decreto-lei nº 9.228, de 3 de maio, que disciplinava os procedimentos de quebra da instituição financeira. Como destaca PAULIN, estes procedimentos seriam conduzidos como liquidação extrajudicial, sob a direção de um liquidante designado pelo Ministério da Fazenda.³²

Quase vinte anos depois, em 1964, foi publicada a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, ainda em vigor, que em seu artigo 45 estipulou a possibilidade de intervenção do Banco Central do Brasil nas instituições financeiras públicas não federais e as privadas, bem como a possibilidade da decretação da liquidação extrajudicial. No mesmo sentido, o parágrafo único do mesmo artigo, seguindo o entendimento já consolidado, instituiu a impossibilidade das instituições tratadas no *caput* do artigo 45 em solicitarem concordata³³. Seguiram a publicação da lei o Decreto-lei nº 48, de 18 de novembro de 1966 e o Decreto-lei nº 685, de 17 de julho de 1969. O primeiro estendeu o regime de intervenção e o da liquidação extrajudicial para as sociedades de financiamento e investimento e às corretoras de valores, já o segundo instituiu a indisponibilidade dos bens dos administradores das instituições financeiras submetidas a liquidação extrajudicial.³⁴

Em 1974, é editada a Lei nº 6.024, de 13 de março que vigora até hoje e cujo presente trabalho pretende utilizar como hipótese a ausência de um processo administrativo prévio para a decretação do regime de liquidação extrajudicial, por violações de normas legais e estatutárias. Em seguida à publicação da lei, foram publicados alguns diplomas legais que disciplinaram pontos específicos dos regimes de intervenção e liquidação extrajudicial, como, por exemplo, o Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, que criou o Regime de Administração Especial Temporário (R.A.E.T.), e a Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, que estendeu ao regime de intervenção e liquidação extrajudicial a responsabilidade solidária dos controladores estipulada pelo artigo 15 do Decreto-lei nº 2.321.

³² PAULIN, Luiz Alfredo. Op. cit., p. 122.

³³ Art. 45. As instituições financeiras públicas não federais e as privadas estão sujeitas, nos termos da legislação vigente, à intervenção efetuada pelo Banco Central da República do Brasil ou à liquidação extrajudicial. Parágrafo único. A partir da vigência desta lei, as instituições de que trata este artigo não poderão impetrar concordata.

³⁴ PAULIN, Luiz Alfredo. Op. cit., p. 123.

2.1 Justificativas para a existência de regimes especiais de intervenção

São várias as justificativas para a existência de regimes especiais de intervenção no sistema bancário e financeiro. Talvez a justificativa mais comum e aceita pela literatura é a necessidade de o Estado dispor de um instrumental regulatório que seja capaz de conferir respostas rápidas e eficientes a determinadas situações enfrentadas pelas instituições financeiras, de modo a evitar crises sistêmicas.³⁵

A base do sistema seria, portanto, a confiança da sociedade no setor, já que, como exposto, este exerce importantes funções no desenvolvimento econômico do país. Neste sentido, são apontados (i) serviço de realocação de capitais, transferindo recursos de setores superavitários para setores deficitários, redistribuindo recursos na economia; e (ii) o importante papel na implementação de políticas econômicas, através da execução das políticas monetária, creditícia e cambial implementadas pelo Estado.³⁶

Logo, a literatura justifica a existência de regimes especiais de intervenção a partir do interesse público, de modo a atenuar que certas ações individuais possam colocar em risco a higidez do sistema.³⁷

Tendo em vista o problema de pesquisa, a justificativa encontrada pela literatura para a existência e legitimação dos regimes especiais com base no interesse público merece ser analisada com um pouco mais de cautela, isto porque, afirmações do tipo “(...) que o interesse coletivo deve prevalecer sempre, mormente se tratando de regime criado com a finalidade exclusiva de tutelá-lo”³⁸ não podem ser consideradas como uma regra geral, de aplicação obrigatória.

³⁵ PAULIN, Luiz Alfredo. Op. cit., p. 125.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. “Liquidação e intervenção em instituição financeira-anulação de ato administrativo complexo-discricionariade e revisão judicial”. In: RDA 203/389.

³⁷ Neste sentido: “Assim, devido a esse controle que o Estado se reserva manter sobre certas empresas, em virtude do interesse coletivo e público que decorre o seu objeto, constituíram os juristas dois institutos para servirem-lhes de instrumento, em caso de insolvência dessas empresas. Surgiram, por isso o instituto da intervenção e o da liquidação extrajudicial, paralelamente ao instituto da falência” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, 2º vol., 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 205).

“Indistintamente designada por liquidação extrajudicial, coativa ou forçada, a modalidade constituiu regime especial de liquidação — que justamente com a intervenção que normalmente a precede, se distancia das soluções que constam das leis mais recentes e modernas que cuidam da reorganização e recuperação de empresas — disciplinando em leis especiais, tendo em vista não apenas a tutela dos direitos dos credores, mas, principalmente, diversos interesses de ordem pública, como, por exemplo, os do mercado financeiro, dos investidores em valores mobiliários, segurados e usuários de bens e serviços.” (PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e liquidação de sociedades*, Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1995, pp. 196-197)

“Quando a lei puxa uma liquidação do direito comercial ou do direito falimentar para o território administrativo, ela se inspira em relevantes razões de interesse público, não coadunáveis com o sentido egoístico do interesse privado ou do direito privado”. (BESSONE, Darcy. *Instituições de direito falimentar*, Saraiva: São Paulo, 1995, p. 207).

³⁸ PAULIN, Luiz Alfredo. Op. cit., p. 125.

É inegável a necessidade da tutela do interesse público de modo a garantir a higidez do sistema, no entanto, principalmente no que toca à decretação da liquidação extrajudicial por violações a normas legais ou estatutárias, esta análise de prevalência do interesse público deve ser analisada à luz do caso concreto, já que, por vezes, além da possibilidade de defesa dos administradores e a presunção de inocência — entendida, para fins desse trabalho, como a possibilidade de produção de provas devensivas, podem existir casos em que a suposta violação de normas não traz consigo prejuízos à economia ou a credores.

Em razão das peculiaridades inerentes ao setor bancário, grande parte dos países estão preferindo adotar vias alternativas ao regime falimentar, com o intuito de minimizar em certa medida possíveis efeitos danosos à sociedade com a possível quebra de uma instituição do setor. Assim, de maneira geral, países vem adotando um desenho regulatório que classifica a intervenção Estatal no setor bancário em duas modalidades, a saber (i) ações de cunho provisório, destinadas ao saneamento das instituições financeiras; e (ii) medidas terminativas, voltadas à efetiva liquidação destas.³⁹ Entretanto, trata-se apenas de uma classificação, o que não impede a aplicação conjunta ou em caráter suplementar dos regimes.

É usual a designação de uma autoridade específica para a implementação e aplicação dos regimes especiais, que é comum ficar a cargo do Banco Central do país, ou alguém designado por este⁴⁰. Neste ponto, existem fortes argumentos no sentido do grau de especialização do órgão ou dos interventores indicados pelo Banco Central.⁴¹

Cabe destacar que existe um movimento recente de alguns países que optaram por transferir a competência para conduzir os regimes especiais aos responsáveis pelo mecanismo de seguro de depósitos. Nos Estados Unidos, por exemplo, isso já ocorre com o *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC)⁴².

Outro efeito da não aplicação do regime falimentar comum é a discricionariedade da autoridade bancária⁴³, ou seja, a decretação dos regimes especiais depende de uma avaliação e decretação ou não do regime pelo Banco, o que, para alguns autores, pode levar a uma distorção do foco de atuação dessas autoridades, através da ocorrência da síndrome do “não no meu turno” (*not on my watch syndromme*)⁴⁴, que, em tese, defende que reguladores

³⁹ YAZBEK, Otavio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Elsevier, 2007, pp. 224-225, *Apud* PINTO, Gustavo Mathias Alves Pinto. Op. cit., p 127.

⁴⁰ No Brasil, optou-se por conferir a decretação dos regimes especiais ao Banco Central do Brasil.

⁴¹ SALOMÃO, Eduardo. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas Jurídico, 2007, p. 537.

⁴² Para mais informações ver: <https://www.fdic.gov/>. Último acesso em 17.03.17.

⁴³ A questão da discricionariedade de aplicação do regime especial será tratada em um capítulo específico.

⁴⁴ GOODHART, Charles A. E. Regulating the regulator – An economist’s perspective. In: FERRAN, Eilis; GOODHART, Charles. *Regulation financial services and markets in the 21st century*. Oxford: Hart Publishing, 2001, pp. 154-155.

(supervisores) podem ter algum receio em aplicar o regime especial por temor que isso abale a sua reputação. Assim, a decretação de regimes especiais, quando mal avaliada pelo regulador, pode desestabilizar o mercado ao invés de garantir a estabilidade deste, o que pode levar a alguns interventores a optarem por não decretar os regimes, com receio a possíveis críticas, levando, portanto, à não intervenção.

Neste sentido, também são passíveis de destaque outras razões que podem desvirtuar a atividade do regulador, como, por exemplo, a percepção de que instituições financeiras são grandes demais para quebrar (*too big to fail*) e a possibilidade de captura dos agentes envolvidos no processo⁴⁵. Outro ponto que será analisado em capítulo específico diz respeito às críticas sofridas em relação ao alto grau de discricionariedade da autoridade bancária ou responsável pela aplicação dos regimes especiais.

Logo, o setor bancário exerce funções essenciais ao desenvolvimento econômico de um país, o que torna necessária a criação de mecanismos regulatórios capazes de evitar ou mitigar possíveis crises bancárias, já que estas podem causar abalo na confiança da sociedade em geral, provocando uma corrida aos bancos, além de abalar setores da economia.

Por fim, vale lembrar que no Brasil algumas ações governamentais foram desenvolvidas para prevenir e enfrentar as crises bancárias — com risco sistêmico ou não, a saber:

- (i) Criação de um sistema garantidor de depósitos – em uma fase inicial e anteriormente ao surgimento de qualquer crise. No Brasil, criou-se em 1995 o Fundo Garantidor de Créditos (FGC). Neste sistema, as contribuições são realizadas pelas instituições financeiras e possui como principal objetivo garantir a proteção de Depósitos no Brasil, em casos de intervenção, liquidação e falência. Em linhas gerais, trata-se de um mecanismo garantidor de depósitos custeado pelas instituições privadas, mas regulado governamentalmente. No Brasil, o tema é tratado pela Resolução do Banco Central do Brasil nº 4.222, de 23 de maio de 2013.
- (ii) Empréstimos de liquidez efetuados pelo Banco Central do Brasil – Uma vez configurada a crise. No Brasil, estas operações ficaram conhecidas como redesconto. Trata-se, portanto, de um financiamento ofertado pelo Banco Central

⁴⁵ Estes comportamentos serão analisados no item 4.4.

do Brasil para determinada instituição que se encontra em crise. O tema é tratado pela Lei nº 4.595/64, a partir de seu art. 4º, XIII.

- (iii) Também na ocorrência de crises, podem-se adotar soluções marcadas por um certo nível de coercitividade governamental, impondo a cessão de controle ou venda de ativos da instituição em crise, além da adoção de procedimentos especiais de intervenção, tais como os que serão expostos neste trabalho: Intervenção, Liquidação Extrajudicial, Regime Especial, além da possibilidade de reestruturação de ativos, prevista na Lei nº 9.447/1997.⁴⁶

2.2 Tipos de regimes especiais no Sistema Financeiro Nacional

O Sistema Financeiro Nacional dispõe hoje de três modelos de regimes especiais, a saber:

- a) Regime de Intervenção (regulado pela Lei nº 6.024/74);
- b) Regime de Liquidação Extrajudicial (regulado pela Lei nº 6.024/74);
- c) Regime de Administração Especial Temporário R.A.E.T. (regulado pelo Decreto-lei nº 2.321/1987).
- d) O Banco Central conta ainda com uma série de medidas prudenciais, como, por exemplo, a reorganização de ativos, previstos na Lei nº 9.447, de 14 de março de 1991, que poderão ser aplicadas em detrimento da aplicação dos regimes especiais analisados.⁴⁷

Para fins deste trabalho, irá se adotar o critério da intensidade da intervenção Estatal para a classificação dos regimes em dois grandes grupos, exemplificados na tabela a seguir:

⁴⁶ SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*, 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 511.

⁴⁷ Estas medidas serão tratadas no item 2.2.4.



Antes de analisar as características de cada regime, é importante destacar o posicionamento do Banco Central do Brasil no sentido da existência de uma discricionariedade por parte desse para decidir sobre a modalidade e o momento para a decretação de algum regime especial.⁴⁸ Este entendimento tem como base o artigo 15, § 1º da Lei nº 6.024/74, que dispõe que o Banco Central do Brasil decidirá sobre a gravidade dos fatos determinantes da liquidação extrajudicial, considerando as repercussões sobre os interesses dos mercados financeiros e de capitais e poderá, no lugar da liquidação, efetuar a intervenção, se julgar esta medida suficiente para a normalização dos negócios da instituição e preservação daqueles interesses.

O Judiciário já se pronunciou sobre o tema adotando o posicionamento do Banco Central do Brasil como no voto vencedor da então Desembargadora Federal Eliana Calmon, no julgamento da Apelação Cível nº 950101491-6 do Distrito Federal. Nesse sentido, entendeu a então Desembargadora:

⁴⁸ Entendimento exposto pelo Procurador-Geral do Banco Central, Sr. Isaac Siney Menezes Ferreira no Seminário internacional sobre regimes de resolução no sistema financeiro Brasileiro em 06.05.13 - Brasília. Apresentação disponível em http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresenta%E7%E3o_Isaac_Sidney_Semin%E1rio_Regimes_Resolu%E7%E3o_06052013.pdf. Último acesso em 19.09.16.

Ora, o ato de intervir ou não é um ato altamente político, porque há, de um lado, o peso da possibilidade de salvar a instituição financeira, e do outro, a visão de que não há possibilidade de salvar as finanças da entidade problemática. Tudo fica na dependência de uma álea do mercado financeiro, do qual se conhece apenas probabilidades. [...] para quem tem nas mãos um instrumental de sanear finanças, intervir, para evitar os prejuízos a terceiras pessoas ou injetar recursos para salvar a instituição, é decisão altamente técnica e política.⁴⁹

Por fim, interessante destacar que, até 2006, foram decretados 741 (setecentos e quarenta e um) regimes especiais desde a Lei nº 6.024/74, sendo a maioria de consórcios e cooperativas. Somente no período entre 1994 e 1998 foram 190 regimes, fato que é associado ao impacto do Plano Real e a dificuldade de adaptação ao regime não-inflacionário. Após esse período, houve uma tendência declinante no quadriênio seguinte, de 1999 a 2002, e redução no último quadriênio, entre 2003 e 2006, que pode ser atribuída ao ajuste do setor bancário ao regime de estabilidade monetária e pela introdução de novos instrumentos jurídicos para a ação saneadora do Banco Central do Brasil⁵⁰.

Após essas observações, cabe agora realizar uma breve análise dos três regimes especiais.

2.2.1 Regime de Intervenção

A Lei nº 6.024/74 sujeitou ao regime de intervenção as instituições financeiras privadas e as públicas não federais e as cooperativas de créditos, deixando a cargo do Banco Central do Brasil a competência para a decretação do regime⁵¹. Em seu artigo 2º, a lei dispõe sobre a intervenção e do seu processo, enumerando, em seus incisos, as três hipóteses legais para a decretação do regime, a saber:

- i) Quando entidade sofrer prejuízo, decorrente da má administração, que sujeite a riscos os seus credores;

⁴⁹Apelação Cível nº 950101491-6/DF – Acórdão publicado em 14.12.95.

⁵⁰Informações obtidas no relatório final da subcomissão temporária da liquidação de instituições financeiras (CAELIF), de autoria do Senador Aelton Freitas, que teve como objetivo, acompanhar e analisar a liquidação extrajudicial de instituições financeiras pelo Banco Central do Brasil, disponível em <http://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao;jsessionid=037BB3DC11519C58C08969445D16204E?0&codcol=1273>. Último acesso em 01.08.17

⁵¹Art. 1º As instituições financeiras privadas e as públicas não federais, assim como as cooperativas de crédito, estão sujeitas, nos termos desta Lei, à intervenção ou à liquidação extrajudicial, em ambos os casos efetuada e decretada pelo Banco Central do Brasil, sem prejuízo do disposto nos artigos 137 e 138 do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, ou à falência, nos termos da legislação vigente.

- ii) Quando forem verificadas reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central do Brasil, no uso das suas atribuições de fiscalização;
- iii) Na hipótese de ocorrer qualquer dos fatos mencionados nos artigos 1º e 2º, do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (lei de falências), houver possibilidade de evitar-se a liquidação extrajudicial.

A doutrina classifica esta modalidade com uma espécie de intervenção do Estado na ordem econômica. “Trata-se, pois, de uma intervenção direta do Estado, dentro da administração de uma instituição pertencente a um setor sensível da economia, visando, em um primeiro momento, evitar seu colapso, o que poderia criar receio nos investidores em geral”.⁵² Vale lembrar que a intervenção também é justificada para a proteção da poupança popular.

Dando continuidade ao processo da intervenção, a lei estipulou ainda que além da decretação do regime *ex officio* pelo Banco Central, o regime poderá ser solicitado pelos administradores⁵³, estipulando o seu prazo máximo de duração, que é o de seis meses, podendo ser prorrogado uma única vez⁵⁴. O processo de intervenção, por sua vez, é executado por interventor nomeado pelo Banco Central, com plenos poderes de gestão⁵⁵.

Como decorrência da decretação do regime, a lei estipulou os seguintes efeitos: (i) suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas; (ii) suspensão da fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas; (iii) inexigibilidade dos depósitos já existentes à data de sua decretação⁵⁶. Importante lembrar também que, com a decretação do regime, o mandato dos administradores e dos membros do conselho fiscal é suspenso⁵⁷.

Em relação ao término do regime, a lei definiu três hipóteses, a saber: (i) se os interessados, apresentando as necessárias condições de garantia julgadas a critério do Banco Central do Brasil, tomarem para si o prosseguimento das atividades econômicas da empresa; (ii) quando, a critério do Banco Central do Brasil, a situação da entidade se houver normalizado; (iii) se decretada a liquidação extrajudicial, ou a falência da entidade.

⁵² PAULIN, Luiz Alfredo. Op.cit., p. 136.

⁵³ Art. 3º A intervenção será decretada *ex officio* pelo Banco Central do Brasil, ou por solicitação dos administradores da instituição — se o respectivo estatuto lhes conferir esta competência — com indicação das causas do pedido, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal em que incorrerem os mesmos administradores, pela indicação falsa ou dolosa.

⁵⁴ Art. 4º O período da intervenção não excederá a seis (6) meses o qual, por decisão do Banco Central do Brasil, poderá ser prorrogado uma única vez, até o máximo de outros seis (6) meses.

⁵⁵ Art. 5º A intervenção será executada por interventor nomeado pelo Banco Central do Brasil, com plenos poderes de gestão.

⁵⁶ Art. 6º da Lei nº 6.024/74.

⁵⁷ Art. 50 da Lei nº 6.024/74.

A literatura define o regime como uma medida preventiva de caráter transitório, a dispor da Administração Pública, que visa reorganizar instituições financeiras irregulares ou à beira da insolvência, evitando a sua quebra⁵⁸. Esta classificação merece uma breve reflexão no sentido da efetividade da medida no tocante à preservação e continuação da atividade da instituição que sofreu o regime. Neste sentido, como observou PAULIN, em função da instauração do regime suspender a exigibilidade dos depósitos e das obrigações vencidas à época da decretação, é muito pouco provável que os depositantes e investidores, depois de superada a crise que determinou a Intervenção, voltem a manter negócios com a instituição.⁵⁹

Logo, em razão da paralisação das atividades da instituição, o tempo demonstrou que a intervenção não possibilitava a normalização dos negócios e a consequente recuperação da empresa, fato que levou o Governo, em 1987, a instituir o Regime de Administração Especial Temporário (R.A.E.T.), através da edição do Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, em que a decretação não altera o curso regular dos negócios da instituição.

2.2.2 Regime de Administração Especial Temporário (R.A.E.T.)

Com o advento o regime em questão, alguns autores chegaram a concluir que o modelo de intervenção administrativa teria sido substituído pelo novo regime.⁶⁰ Alega-se que o Decreto-lei que instituiu o R.A.E.T., por ter criado um regime mais racional, não alterando o curso regular dos negócios da instituição financeira, seria incompatível com o regime de intervenção.

No entanto, o entendimento majoritário que vem sendo adotado pela literatura é no sentido da não revogação da intervenção pelo R.A.E.T., sendo, portanto, dois regimes especiais distintos, cada qual com normas próprias, cabendo ao Banco Central do Brasil optar pela adoção da Intervenção ou da Administração Especial, aplicando-se as normas da Lei nº 6.024/74 ou do Decreto-lei nº 2.321/87⁶¹ Neste sentido, existe quem defenda⁶² a não

⁵⁸ RODRIGUES, Frederico Viana. *Insolvência Bancária-Liquidação extrajudicial e falência*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 83.

⁵⁹ PAULIN, Luiz Alfredo. Op. cit., p. 132.

⁶⁰ Neste sentido observou Nelson Abrão: “Embora não mencionado expressamente, o Decreto-lei nº 2.321/87 substituiu o regime da intervenção pelo da administração especial temporário, de vez que o processamento e os efeitos desta são diferentes” (ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 244).

⁶¹ RODRIGUES, Frederico Viana. Op. cit., p. 84. Neste sentido ver também: PAULIN que ressalta que o “Decreto-lei nº 2.321/87 não teve o condão de revogar os dispositivos que tratam da Intervenção Administrativa, pois apesar de o decreto-lei haver criado um regime especial mais racional para a reorganização bancária, a Administração Especial Temporário não é absolutamente incompatível com o regime anterior, de tal sorte não se havendo falar que este fora revogado por aquele” (PAULIN, Luiz Alfredo. Op. cit. p. 135).

⁶² RODRIGUES, Frederico Viana. Op. cit., p. 85.

revogação da intervenção pelo novo regime, e sim a subsistência paralela dos regimes, em função da aplicação da responsabilidade solidária dos controladores prevista em ambos os regimes pelo art. 1º da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997⁶³.

Portanto, apesar de ambos os regimes constituírem medidas transitórias de natureza administrativa, ambos diferem em alguns aspectos, exemplificados na tabela abaixo⁶⁴:

Intervenção Administrativa	Administração Especial Temporário (R.A.E.T.)
Um interventor, órgão singular nomeado pelo Banco Central, assume a administração da instituição.	Um conselho diretor, órgão colegiado nomeado pelo Banco Central, assume a administração da instituição.
A decretação interrompe o funcionamento normal da instituição, suspendendo a exigibilidade dos depósitos e das obrigações vencidas.	A decretação não altera o curso regular dos negócios da instituição, nem o seu normal funcionamento.
O mandato dos administradores e conselheiros fiscais é suspenso.	Os administradores e conselheiros fiscais perdem o mandato.
Foco: saneamento da instituição com a eliminação das irregularidades que motivaram a decretação do regime.	Foco: saneamento da instituição com a recuperação econômica e financeira da empresa.

Todavia, é de se considerar o argumento de PAULIN no sentido de que a Intervenção, em face do Decreto-lei nº 2.321/87, perdeu muito a sua razão de ser, devendo ser aplicado o R.A.E.T. na hipótese de se pretender reorganizar a instituição financeira. Caso pretenda-se afastá-la do mercado, utiliza-se a liquidação extrajudicial.⁶⁵

Sobre o R.A.E.T., cumpre realizar uma breve crítica. Como analisado a decretação do regime implica na perda automática do mandato dos administradores e conselheiros fiscais. Ora, esta consequência normativa não pode servir como regra geral, posto que, a perda do mandato depende também de um processo administrativo, com a previsão do contraditório e ampla defesa. No entanto, é razoável admitir que, diante das características do caso concreto,

⁶³ Art. 1º A responsabilidade solidária dos controladores de instituições financeiras estabelecida no art. 15 do Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, aplica-se, também, aos regimes de intervenção e liquidação extrajudicial de que trata a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974.

⁶⁴ TZIRULNIK, Luiz. *Intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 37.

⁶⁵ PAULIN, Luiz Alfredo. Op. cit., p. 135.

em especial, o risco apresentado pela instituição financeira à economia pública, é possível admitir um afastamento dos mesmos para que o órgão colegiado nomeado pelo BACEN possa gerir a instituição, enquanto tramita o processo administrativo destinado à perda do mandato dos administradores e conselheiros fiscais.

Por fim, cabe destacar que parcela das intervenções decretadas no final da década de 80 e início da década de 90 foram convertidas em liquidações extrajudiciais (ainda ativas), como demonstra o quadro abaixo⁶⁶:

Nome da Instituição Financeira	Segmento	UF	Tipo de regime especial	Data Inicial	Status
Banco Econômico S.A	Banco Múltiplo	SP	Intervenção	11/08/1995	Encerramento da intervenção e decretação do regime de Liquidação Extrajudicial em 09/08/1996- Liquidação ainda está ativa
Econômico S.A Arrendamento Mercantil e Leasing	Sociedade de Arrendamento Mercantil	SP	Intervenção	11/08/1995	Encerramento da intervenção e decretação do regime de Liquidação Extrajudicial em 09/08/1996 Liquidação ainda está ativa
Banco Banorte S.A	Banco Múltiplo	PE	Intervenção	24/05/1996	Encerramento da intervenção e decretação do regime de Liquidação Extrajudicial em 19/12/1996- Liquidação ainda está ativa
Banorte Leasing e Arrendamento Mercantil S.A	Sociedade de Arrendamento Mercantil	PE	Intervenção	24/05/1996	Encerramento da intervenção e decretação do regime de Liquidação Extrajudicial em 21/05/1997 Liquidação ainda está ativa

2.2.3 Liquidação Extrajudicial

Como sustenta JOÃO RICARDO COELHO, em trabalho sobre o tema, a primeira denominação deste instituto no direito brasileiro foi a de liquidação forçada, ficando subordinada ao Poder Judiciário para a sua decretação. A medida ganhou este nome por não

⁶⁶ Dados extraídos de <http://www4.bcb.gov.br/Lid/Liquidacao/default.asp>. Último acesso em 23.03.17.

depender da vontade dos sócios, possuindo, portanto, um caráter forçado⁶⁷. O regime recebeu forte influência do Direito Italiano, com a introdução do conceito *liquidazione* que data de 1888 (Lei n° 5.546), quando se procedeu à liquidação de *Case di Risparmio* e *Monti di Pietà*, que correspondem às caixas econômicas e aos montepios.

O instituto da *liquidazione* ganhou força nas décadas de 1920/30, quando começou a ser aplicado em grandes instituições italianas e, em especial, em empresas de seguro e em sociedades anônimas em que o Estado era credor de valor superior a quatro vezes o capital social, até que, em 1936, o regime passou a ser aplicado em instituições de crédito, estabelecendo-se o princípio de que a liquidação impede a falência. A partir daí, consolidou-se em um único diploma a disciplina *del Fallimento, del Concordato Preventivo, dell'Amministrazione Controllata e della Liquidazione Coatta Amministrativa*, através do Decreto Real n° 267 (artigos 194-215)⁶⁸.

No ordenamento brasileiro, com o advento da Lei n° 4.595, de 31 de dezembro de 1964⁶⁹, mais conhecida como a Lei da Reforma Bancária, o Banco Central do Brasil recebeu a atribuição fiscalizadora e a competência para proceder à liquidação extrajudicial.⁷⁰ É comum associar a criação do instituto para a proteção da poupança popular, o sistema de pagamentos e a estabilidade do sistema financeiro em face de iminente insolvência bancária.⁷¹

É comum também suscitar como justificativa para a criação da Lei n° 6.024/74 o crescimento desordenado do Sistema Financeiro Nacional na década de 60, agravado pela crise financeira ocorrida no início na década de 70, criando no Governo a necessidade de consolidar a legislação sobre saneamento bancário, de modo a reduzir o número de instituições financeiras e fortalecer as instituições remanescentes.⁷²

⁶⁷ COELHO, João Ricardo. Os institutos da intervenção e da liquidação extrajudicial de instituições financeiras-A atuação do Banco Central e as “quebras” ocorridas entre 1974 e 1984. Trabalho apresentado ao Curso de Direito Empresarial, promovido pelo Centro de Atividades Didáticas do Indipo. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:lircrg2TFhQJ:bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/60243/58555+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Último acesso em 18.10.17

⁶⁸ O Decreto Real n° 267 e o instituto da *Liquidazione Coatta Amministrativa* serão analisados no item 3.4.3.

⁶⁹ Artigo 45 da Lei: Art. 45. As instituições financeiras públicas não federais e as privadas estão sujeitas, nos termos da legislação vigente, à intervenção efetuada pelo Banco Central da República do Brasil ou à liquidação extrajudicial.

Parágrafo único. A partir da vigência desta lei, as instituições de que trata este artigo não poderão impetrar concordata.

⁷⁰ RODRIGUES, Frederico Viana. Op. cit., p. 91.

⁷¹ *Ibid*, p. 96.

⁷² *Ibid*, p. 97.

Assim, diante desse cenário, editou-se em 13 de março de 1974 a Lei nº 6.024 dispondo sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial, que vigora até os dias atuais, com pequenas modificações.⁷³

A doutrina define a liquidação extrajudicial como uma medida administrativa saneadora aplicável à instituição financeira, acarretando a paralisação de suas atividades e a eliminação do campo empresarial, conduzindo aos mesmos resultados do procedimento concursal, que é a falência.⁷⁴

RUBENS REQUIÃO tratando do tema também compartilha desse entendimento. Para o autor, “a liquidação Extrajudicial constitui um sucedâneo administrativo da falência. Sabe-se que a falência consiste numa forma judicial de liquidação da sociedade comercial. O processo falimentar tem no terreno administrativo, como correspondente, a liquidação extrajudicial”⁷⁵. Também no mesmo sentido, manifestaram-se PAES DE ALMEIDA⁷⁶ e CARLOS EDUARDO BULHÕES⁷⁷. Em sentido inverso à equiparação da liquidação extrajudicial à falência, há quem defenda que na falência há concurso de credores, que é, em síntese, a ocorrência de uma execução coletiva movida pelo interesse individual, enquanto que na liquidação extrajudicial o interesse particular dos credores se subordina ao interesse geral ou interesse público, determinado e tutelado pela intervenção do Estado. É o caso de GIAN MARIA TOSSETI, que define a liquidação extrajudicial como:

“um procedimento administrativo pelo qual o poder do estado subtrai o poder de gestão e de disposição da instituição financeira e a elimina do mercado por se haver tornado inidônea ou inviável, resguardando através desse procedimento, em primeiro lugar, o interesse público”⁷⁸

No mesmo sentido, sustenta ARNOLD WALD sobre o trâmite do Projeto de lei que daria origem à Lei nº 6.024/74:

⁷³ A saber: (i) modificação advinda do Decreto-Lei nº 1.477/76, que determinou a atualização monetária dos créditos sujeitos à Liquidação Extrajudicial; (ii) Decreto-Lei nº 2.321/87, que instituiu o Regime de Administração Especial Temporária; (iii) e da Lei nº 9.447/97, que possibilitou a nomeação de pessoa jurídica como liquidante, da responsabilidade objetiva dos ex-controladores de instituições liquidadas.

⁷⁴ ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 254.

⁷⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 254.

⁷⁶ “Liquidação extrajudicial é um processo de natureza administrativa [...] em tudo semelhante à falência, por isso que considerada um sucedâneo administrativo desta” (ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e concordata*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 474).

⁷⁷ “Carlos Eduardo Bulhões observa que a Liquidação possui a mesma natureza e finalidade do processo falimentar, observando, entretanto, que “a diferença fundamental entre esses dois processos é que o de Liquidação Extrajudicial é instaurado por ato administrativo e processado na esfera administrativa” (BULHÕES, Carlos Eduardo. *Liquidação extrajudicial*. In: *Opiniões jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 179).

⁷⁸ TOSSETI, Gian Maria. Da intervenção nas instituições financeiras sob a égide da Lei nº 6.0024/47, *Revista de Direito Mercantil*, Vol. 41, p. 79.

“Acrescente-se que não há como equiparar a liquidação extrajudicial com a falência ou com um procedimento administrativo com características de concurso universal, em face da tutela que o estado exerce sobre a instituição financeira, que a subtrai da lei comum através do decreto de liquidação extrajudicial e, assim, a elimina do mercado, instaurando um procedimento administrativo de liquidação forçada”⁷⁹.

No Brasil, como já mencionando, costuma-se comparar a liquidação extrajudicial com a chamada *liquidazione coatta amministrativa* adotada na Itália, pelo fato desta possuir um caráter interventivo forçado, ou seja, é imposta pelo Estado, sem a deliberação dos administradores e sócios. Assim, na liquidação extrajudicial os administradores e sócios não possuem qualquer ingerência na condução e imposição do regime, fato que se justificaria pela preservação do sistema bancário e o saneamento do mercado financeiro.

Portanto, a liquidação extrajudicial pode implicar na extinção da sociedade⁸⁰. Entretanto, a extinção da sociedade não é algo que ocorre de forma automática e imediatamente, se fazendo necessária a dissolução da mesma, modificando o *status* da sociedade e colocando-a em situação de liquidação. Sobre a dissolução de sociedades, o artigo 206, III da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, estipula que a Companhia se dissolve “por decisão de autoridade administrativa competente, nos casos e na forma previstos em lei especial. MAURO RODRIGUES PENTEADO leciona que “o estado de liquidação corresponde à situação típica em que ingressa a sociedade, após a verificação de uma causa de dissolução, simultaneamente ou antes mesmo do início do procedimento legalmente previsto para a desmontagem do mecanismo societário”⁸¹.

Ocorre que, na liquidação extrajudicial, os administradores e sócios, ao contrário do que ocorre na maior parte das outras espécies de liquidação, não possuem qualquer ingerência sobre o processo, não se posicionando sequer sobre o responsável pela sua condução. Tudo isso sob a justificativa de que o escopo da liquidação extrajudicial é o saneamento do mercado financeiro, devendo, portanto, resguardar o interesse público manifestado na estabilidade do setor.

O processo da liquidação extrajudicial é tratado a partir do artigo 15 da lei em questão, se aproximando bastante da racionalidade do regime da intervenção⁸². O artigo estipula os pressupostos ensejadores da decretação do regime ex officio pelo Banco Central, que podem

⁷⁹ WALD, Arnold. O arresto e a indisponibilidade na Lei n. 6.024/74, *Revista de Direito Mercantil*, nº 33, p. 11.

⁸⁰ Deve-se levar em consideração que o Banco Central poderá estudar pedidos de cessação da liquidação, formulados por interessados (art. 21, parágrafo único da Lei nº 6.404/74), além da possibilidade de sustação do regime pelo Poder Judiciário.

⁸¹ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Op. cit., p. 79.

⁸² Neste sentido, o artigo 20 da Lei assim dispõe: Art. 20. Aplicam-se, ao processo da liquidação extrajudicial, as disposições relativas ao processo da intervenção, constantes dos artigos 8º, 9º, 10 e 11, desta lei.

ser divididos em três: (i) iliquidez da instituição (alínea “a”); (ii) indisciplina da instituição em relação às normas legais e estatutárias (alínea “b”); (iii) prejuízo da instituição financeira (alínea “c”). Cabe lembrar que o legislador também possibilitou a decretação do regime por solicitação dos administradores⁸³.

Estão sujeitos ao regime as instituições financeiras, os consórcios (artigo 10 da Lei nº 5768/71), as sociedades que integram o sistema de distribuição de títulos e valores mobiliários (artigo 52 da Lei nº 6.024/74), as corretoras de câmbio (artigo 52 da Lei nº 6.024/74), e todas as sociedades que, possuindo ou não relevância pública, tiverem suas atividades ou interesses integrados aos de uma liquidanda (artigo 51 da Lei nº 6.024/74). Cumpre ressaltar também, que com o objetivo de preservar os interesses da poupança popular e a integridade do acervo das entidades submetidas à intervenção ou à liquidação extrajudicial, o Banco Central poderá estabelecer idêntico regime para as pessoas jurídicas que com as quais tenham integração de atividade ou vínculo da lei (artigo 51).

Decretado o regime, o Banco Central nomeia um liquidante com amplos poderes de administração e liquidação, especialmente os de verificação e classificação dos créditos, podendo nomear e demitir funcionários, fixando-lhes os vencimentos, outorgar e cassar mandatos, propor ações e representar a massa em juízo ou fora dele.⁸⁴

Como principais efeitos do regime, é de se destacar: (i) a suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação; (ii) vencimento antecipado das obrigações da liquidanda; (iii) não atendimento das cláusulas penais dos contratos unilaterais vencidos em virtude da decretação da liquidação extrajudicial; (iv) não fluência de juros⁸⁵, mesmo que estipulados, contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo; (v) interrupção da prescrição relativa a obrigações de responsabilidade da instituição; (vi) não reclamação de correção monetária de quaisquer divisas passivas, nem de penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas.

A decretação do regime ainda acarreta na indisponibilidade dos bens dos administradores, não podendo estes, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou

⁸³ II- a requerimento dos administradores da instituição — se o respectivo estatuto social lhes conferir esta competência — ou por proposta do interventor, expostos circunstanciadamente os motivos justificadores da medida.

⁸⁴ Artigo 16 da Lei nº 6.024/74.

⁸⁵ Recentemente, o STJ entendeu que o pagamento dos juros de mora, cujo cômputo fica suspenso durante a liquidação extrajudicial, depende do adimplemento total do passivo principal, e não necessariamente do encerramento da liquidação extrajudicial. REsp. nº 1602666, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 09.05.17, DJe 31.05.17.

onerá-los, até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades⁸⁶, além da perda do mandato dos administradores e membros do conselho fiscal.⁸⁷ É de se ressaltar que os administradores também respondem de forma solidaria, podendo ainda a indisponibilidade recair sobre gerentes, conselheiros, fiscais e outros sujeitos dispostos na lei.⁸⁸

Recentemente, a Medida Provisória nº 784, de 07 de junho de 2017, tratando sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do BACEN e da Comissão de Valores Mobiliários, alterou o artigo 19 da Lei de Liquidação Extrajudicial, acrescentando novas hipóteses para o término do regime. A mudança estipulava dois critérios para o término do regime; (i) por decisão do Banco Central e; (ii) pela decretação de falência da instituição. Assim, poderia o BACEN declarar extinto o regime nas seguintes hipóteses: (a) pagamento integral dos credores quirografários; (b) mudança de objeto social da instituição para atividade econômica não integrante do Sistema Financeiro Nacional; (c) transferência do controle societário da instituição; (d) convolação em liquidação ordinária; (e) exaustão do ativo da instituição, mediante a sua realização total e a distribuição do produto entre os credores, ainda que não ocorra o pagamento integral dos créditos ou; (f) iliquidez ou difícil realização do ativo remanescente na instituição, reconhecidas pelo Banco Central do Brasil, além da hipótese da decretação da falência.

A medida provisória ainda estipulava no § 2º do artigo 19 que, encerrada a liquidação extrajudicial, o prazo prescricional relativo às obrigações da instituição voltaria a contar da data da publicação do ato de encerramento do regime. Por sua vez, o § 3º estipulava que as hipóteses de mudança de objeto social para instituição não integrante do Sistema Financeiro Nacional e a convolação em liquidação ordinária dependeriam da aprovação do Banco Central, após a aprovação por maioria simples presentes à assembleia de credores.

Não obstante, a medida provisória perdeu a sua vigência em 19 de outubro de 2017, voltando a vigorar as antigas hipóteses de encerramento da liquidação dispostas nas alíneas, “a”, “b”, “c” e “d” do 19, a saber: (i) se os interessados apresentarem as necessárias condições de garantia, julgadas a critério do Banco Central; (ii) por transformação em liquidação ordinária (devolução da instituição para os sócios com a perda

⁸⁶ Artigo 36 da Lei nº 6.024/74.

⁸⁷ Artigo 50 da Lei nº 6.024/74.

⁸⁸ Neste sentido ver artigo 39 da lei.

da natureza jurídica de instituição financeira); (iii) com a aprovação das contas finais do liquidante e baixa no registro público competente; e (iii) se decretada a falência da sociedade.

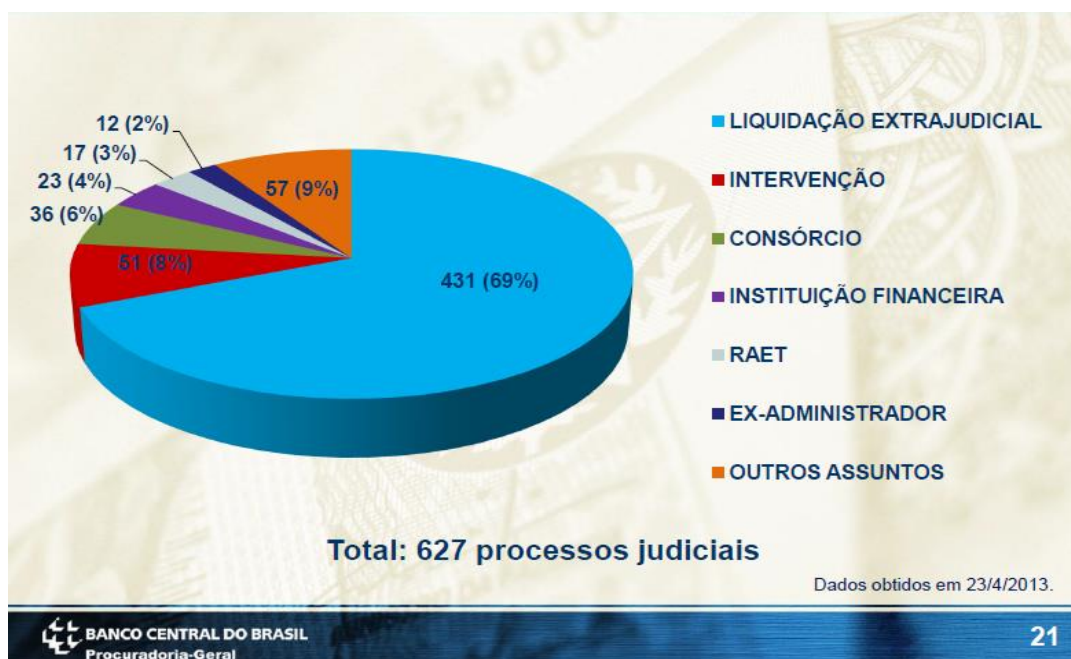
Entretanto, como será analisado no tópico 6.4, a Lei nº 13.506/2017, que dispõe sobre o processo administrativo sancionador no âmbito do BACEN e da CVM, revogou as alíneas do artigo 19, repetindo as hipóteses de encerramento dispostas na Medida Provisória nº 784/17, mencionadas acima. Todavia, a lei retirou a possibilidade dos interessados apresentarem as necessárias condições de garantia, julgadas a critério do Banco Central para o término do regime.

Questão de crucial relevância que será tratada diz respeito aos fundamentos que levaram à adoção deste regime de forma extrajudicial, ou seja, fora do Poder Judiciário. Quando da publicação da lei, acreditava-se que os atos liquidatários deveriam ser realizados fora do âmbito judicial, garantindo, portanto, a celeridade, mobilidade e a especialidade, já que o regime seria decretado e conduzido por uma Autarquia que possui a competência para supervisionar e regular o setor.⁸⁹ Ocorre que, a experiência mostrou o contrário, ou seja, durante os quarenta e dois anos de vigência da lei, é possível observar diversos litígios judiciais envolvendo o instituto, acarretando na morosidade do mesmo.

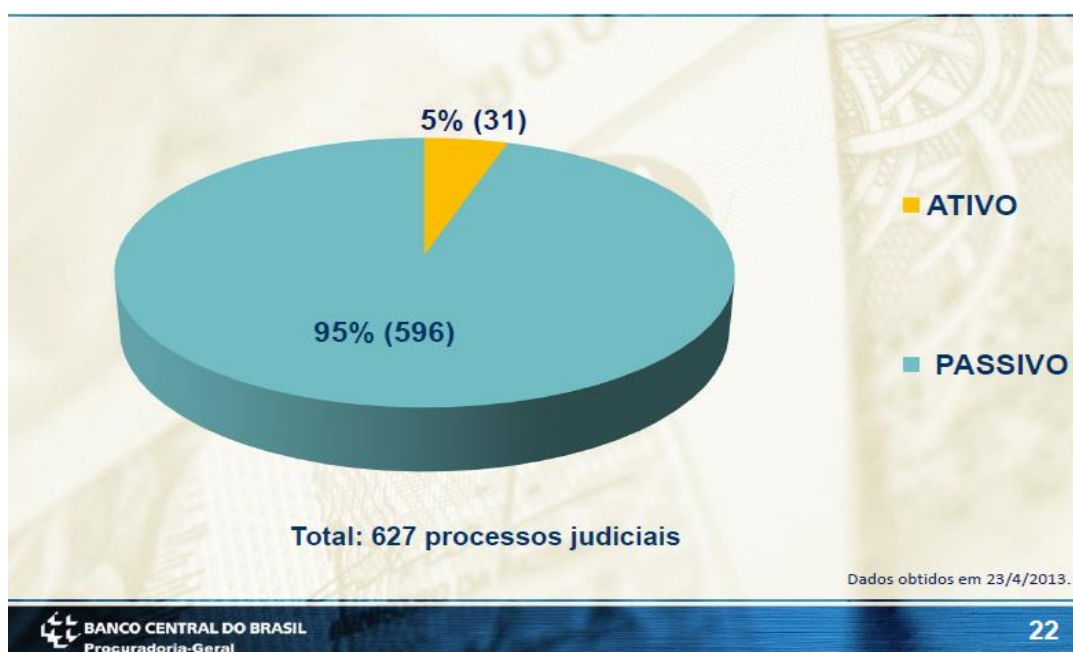
É o que demonstra o quadro a seguir⁹⁰ apresentado pelo próprio Banco Central do Brasil, onde é possível visualizar que dentre os 627 processos movidos em face do Banco Central do Brasil (até 23/04/2013), 430 (69%) versavam sobre algum litígio envolvendo o regime de liquidação extrajudicial.

⁸⁹ RODRIGUES, Frederico Viana. Op.cit., p. 145.

⁹⁰ Apresentação pelo Procurador-Geral do Banco Central, Sr. Isaac Siney Menezes Ferreira no Seminário internacional sobre regimes de resolução no sistema financeiro Brasileiro em 06.05.13- Brasília. Apresentação disponível em http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresenta%E7%E3o_Isaac_Sidney_Semin%E1rio_Regimes_Resolu%E7%E3o_06052013.pdf. Último acesso em 19.09.16.

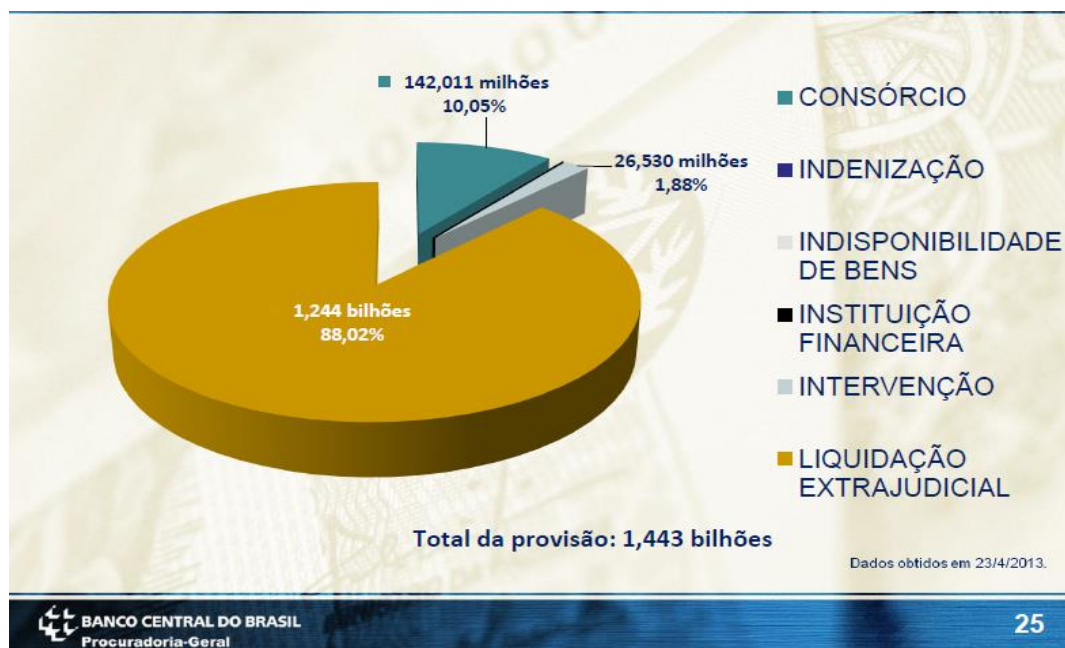


Do total desses 627 (seiscentos e vinte e sete) processos judiciais, o Banco Central do Brasil figurou como polo passivo da demanda em 596 (quinhentos e noventa e seis) casos, representando 95% de todos os processos, como mostra o quadro abaixo⁹¹:



⁹¹ Apresentação pelo Procurador-Geral do Banco Central, Sr. Isaac Siney Menezes Ferreira no Seminário internacional sobre regimes de resolução no sistema financeiro Brasileiro em 06.05.13 - Brasília. Apresentação disponível em http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresenta%E7%E3o_Isaac_Sidney_Semin%E1rio_Regimes_Resolu%E7%E3o_06052013.pdf. Último acesso em 19.09.16.

Tais processos resultam para o Banco Central do Brasil em um valor de provisionamento elevadíssimo, principalmente nos casos de liquidação extrajudicial, chegando ao montante à época de R\$ 1,244 bilhões, representando 88,2% de todo o provisionamento, conforme demonstra o quadro abaixo⁹²:



No mesmo sentido, as tabelas a seguir mostram por décadas (80, 90 e 2000) todas as liquidações extrajudiciais que ainda estão ativas. Os regimes de Liquidação extrajudicial que foram aplicados na década de 80 e que ainda estão em vigor são⁹³:

Nome da Instituição Financeira	Segmento	UF	Tipo de regime especial	Data Inicial	Status
Lojicred Administração e Participação Ltda.	Administração. e Participação	SP	Liquidação Extrajudicial	04/06/1987	Ativo
Lojicred Dsistribuidora de Títulos e Valores S/A	Sociedade Distribuidora de DTVM	SP	Liquidação Extrajudicial	04/06/1987	Ativo
Lojicred S.A Crédito, Financiamento e Investimento	Sociedade de Crédito, Financiamento e Investimento	SP	Liquidação Extrajudicial	04/06/1987	Ativo
Lojicred Serviços Ltda.	Outras Empresas	SP	Liquidação Extrajudicial	08/06/1987	Ativo

⁹² Apresentação pelo Procurador-Geral do Banco Central, Sr. Isaac Siney Menezes Ferreira no Seminário internacional sobre regimes de resolução no sistema financeiro Brasileiro em 06.05.13-Brasília. Apresentação disponível em http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresenta%E7%E3o_Isaac_Sidney_Semin%E1rio_Regimes_Resolu%E7%E3o_06052013.pdf acesso em 19.09.16.

⁹³ Dados extraídos de <http://www4.bcb.gov.br/Lid/Liquidacao/default.asp>. Último acesso em 23.03.17.

Por sua vez, os da década de 90 estão representados na tabela abaixo⁹⁴:

Nome da Instituição Financeira	Segmento	UF	Tipo de regime especial	Data Inicial	Status
Planalto Administradora de Consórcios Ltda.	Administradora de Consórcios	RS	Liquidação Extrajudicial	16/01/1992	Ativo
Banco Econômico S.A	Banco Múltiplo	SP	Liquidação Extrajudicial	09/08/1996	Ativo
Econômico S.A Arrendamento Mercantil e Leasing	Sociedade de Arrendamento Mercantil	SP	Liquidação Extrajudicial	09/08/1996	Ativo
Banco Nacional S.A	Banco Múltiplo	RJ	Liquidação Extrajudicial	13/11/1996	Ativo
Banco Banorte S.A	Banco Múltiplo	PE	Liquidação Extrajudicial	19/12/1996	Ativo
Perfil Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários Ltda.	Sociedade Corretora/DTVM	SP	Liquidação Extrajudicial	21/02/1997	Ativo
Banorte Leasing e Arrendamento Mercantil S.A	Sociedade de Arrendamento Mercantil	PE	Liquidação Extrajudicial	21/05/1997	Ativo
Banco Nacional de Investimentos S.A	Banco de Investimento	RJ	Liquidação Extrajudicial	18/11/1997	Ativo

A partir de 2000, as liquidações que ainda estão em vigor estão dispostas na tabela abaixo⁹⁵:

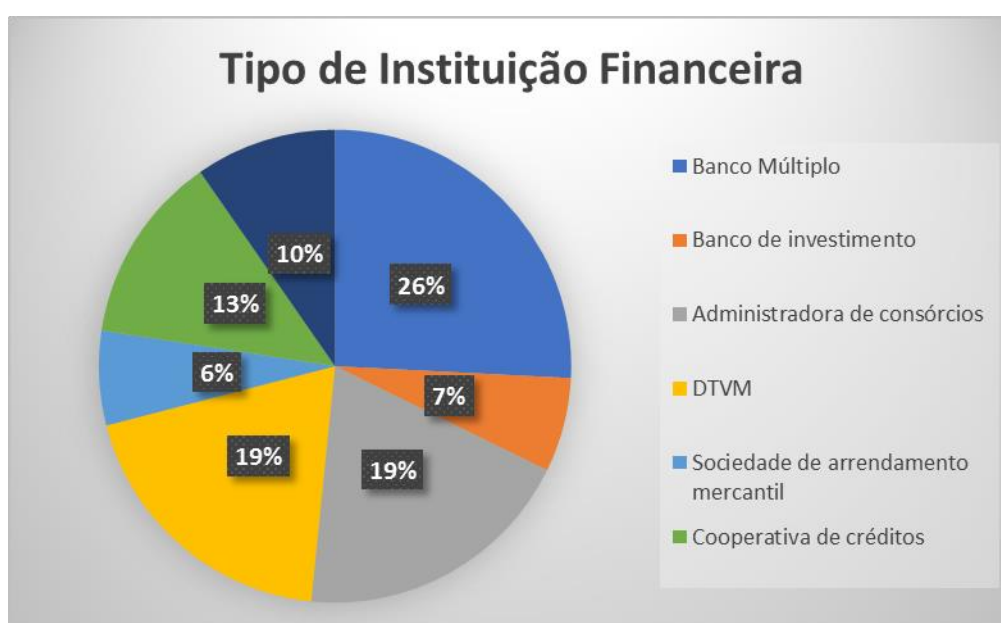
Nome da Instituição Financeira	Segmento	UF	Tipo de regime especial	Data Inicial	Status
União Empreendimentos e Administração Ltda.	Administradora de Consórcios	SP	Liquidação Extrajudicial	02/08/2001	Ativo
Marcas reunidas Administradoras de Consórcios	Administradora de Consórcios	SP	Liquidação Extrajudicial	16/05/2002	Ativo
Cooperativa de Crédito Rural do Vale do Subaé	Cooperativa de Crédito	BA	Liquidação Extrajudicial	09/12/2009	Ativo
Guarujá Veículos Administradora de Consórcio Ltda.	Administradora de Consórcios	SP	Liquidação Extrajudicial	12/08/2010	Ativo
Cooperativa de Crédito Rural do Pantanal	Cooperativa de Crédito	SP	Liquidação Extrajudicial	29/06/2011	Ativo
Cooperativa de Crédito Rural de Rio Bonito	Cooperativa de Crédito	RJ	Liquidação Extrajudicial	15/03/2012	Ativo
Banco Mais S. A	Banco Múltiplo	MG	Liquidação Extrajudicial	02/08/2013	Ativo
Banco Rural de Investimentos S.A	Banco de Investimento	MG	Liquidação Extrajudicial	02/08/2013	Ativo
Banco Rural S. A	Banco Múltiplo	MG	Liquidação Extrajudicial	02/08/2013	Ativo

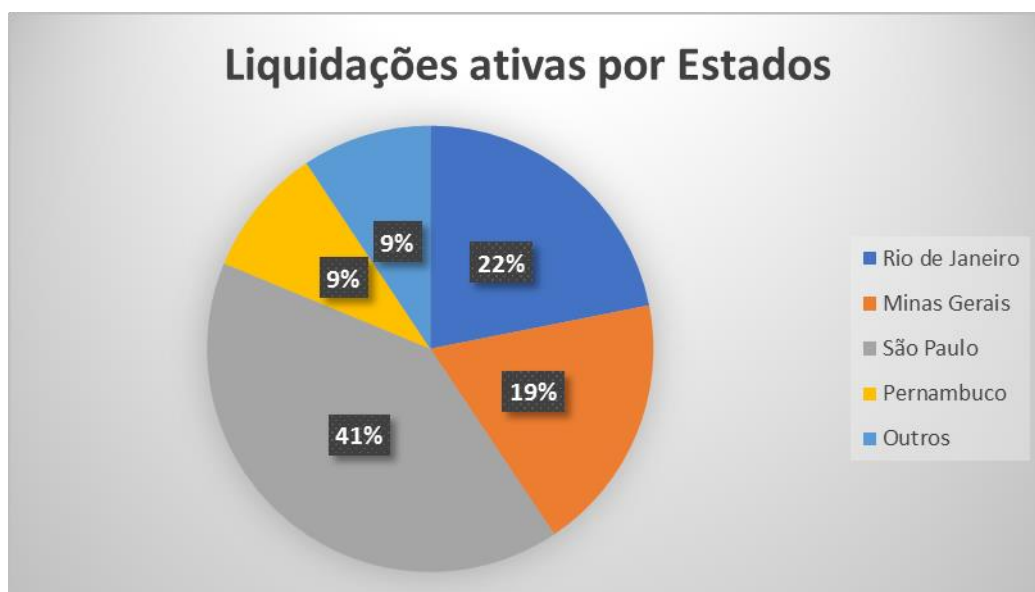
⁹⁴ Dados extraídos de <http://www4.bcb.gov.br/Lid/Liquidacao/default.asp>. Último acesso em 23.03.17.

⁹⁵ Dados extraídos de <http://www4.bcb.gov.br/Lid/Liquidacao/default.asp>. Último acesso em 23.03.17.

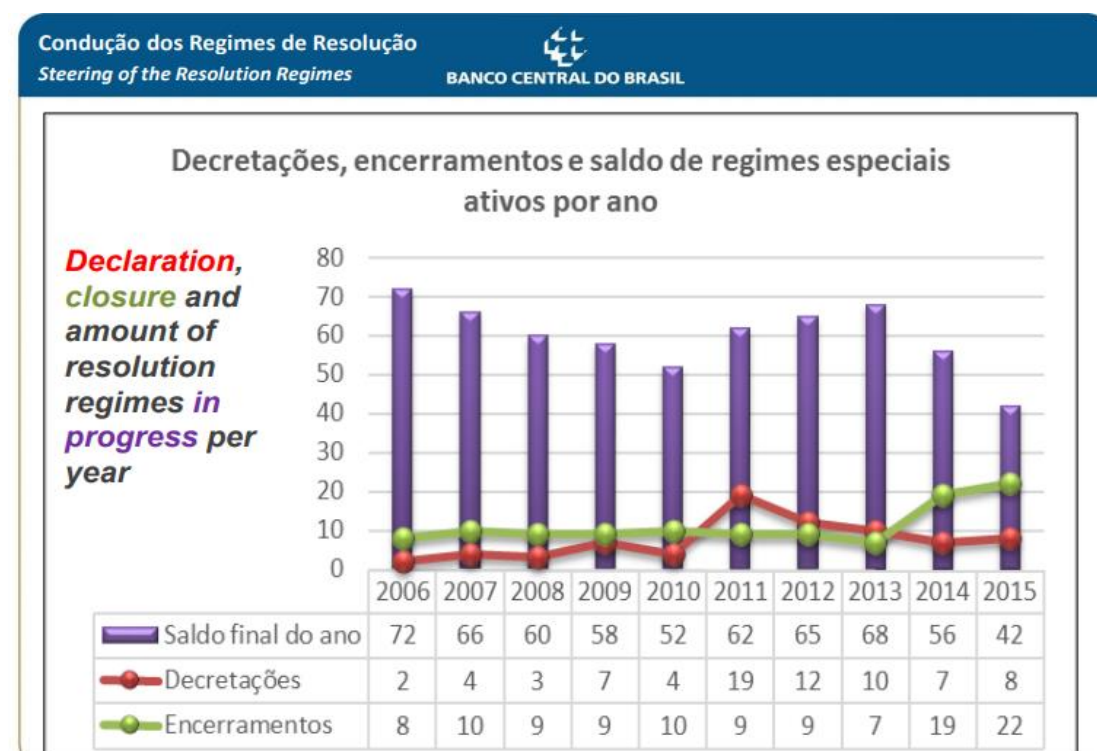
Banco Simples S.A	Banco Múltiplo	MG	Liquidação Extrajudicial	02/08/2013	Ativo
Rural Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A	Sociedade distribuidora/DTVM	MG	Liquidação Extrajudicial	02/08/2013	Ativo
Universicred Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Empregados da Associação Salgado de Oliveira	Cooperativa de Crédito	RJ	Liquidação Extrajudicial	24/10/2013	Ativo
Via Velha Administradora de Consórcios Ltda.	Administradora de Consórcio	ES	Liquidação Extrajudicial	05/06/2014	Ativo
Corval Corretora de Valores Mobiliários	Sociedade distribuidora/DTVM	MG	Liquidação Extrajudicial	11/09/2014	Ativo
Banco BRJ S.A	Banco Múltiplo	RJ	Liquidação Extrajudicial	13/08/2015	Ativo
Midas Sociedade Corretora de Câmbio	Sociedade Corretora de Câmbio	RJ	Liquidação Extrajudicial	07/10/2015	Ativo
TOV Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários	Sociedade Corretora/DTVM	SP	Liquidação Extrajudicial	07/01/2016	Ativo
Banco Azteca do Brasil S.A	Banco Múltiplo	PE	Liquidação Extrajudicial	08/01/2016	Ativo
Agraben Administradora de Consórcios	Administradora de Consórcio	SP	Liquidação Extrajudicial	05/02/2016	Ativo
Estratégia Investimentos S.A Corretora de Valores e Câmbio	Sociedade Corretora/DTVM	RJ	Liquidação Extrajudicial	05/05/2016	Ativo

Com bases nas informações contidas nas tabelas acima, é possível definir em gráficos o percentual de instituições financeiras que ainda estão ativas, por tipo de instituição e por Estado, como demonstrado nos gráficos abaixo:





No mesmo sentido, a figura abaixo, elaborada pelo próprio Banco Central do Brasil, retrata a condução dos regimes especiais, desde o ano de 2006 até o ano 2015⁹⁶.



⁹⁶Apresentação pelo Sr. Climério Leite Pereira, Chefe do Departamento de Liquidações Extrajudiciais do Banco Central do Brasil, no Seminário Internacional de Planejamento da Recuperação e da Resolução Bancária em 16 e 17 de junho de 2016- Brasília. Apresentação disponível em http://www.bcb.gov.br/secre/apres/Isaac_Sidney-Palestra_PG_ContentenciosoJudicialRegimesEspeciais_5-5-2013.pdf. Último acesso em 01.08.17.

A morosidade do regime ganha na doutrina diversos argumentos, que de maneira geral, podem ser resumidos em: (i) interferência excessiva do Banco Central nos atos liquidatórios, seja por sua demora em responder às consultas e proposições que lhe são submetidas pelo liquidante; e (ii) alto número de ações judiciais manejadas por sócios e credores da liquidanda contra decisões proferidas pelo Banco Central quando instado a manifestar-se sobre créditos, atos do liquidante ou condução da liquidação extrajudicial.⁹⁷

Cumprido destacar ainda que, apesar da lei conferir a possibilidade do Banco Central do Brasil, em qualquer tempo, estudar pedidos de cessação da liquidação, formulados por interessados⁹⁸, existe o risco de “confiança do mercado”, ou seja, a possibilidade de outras instituições financeiras e antigos clientes não contratarem mais com a instituição que sofreu a decretação e conseguiu reverter o regime. Ainda sobre o tema, em março de 1999, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao agravo regimental interposto por Sapucaia Empreendimentos e Participações S.A, no sentido de que fosse ordenada a sustação do processo de liquidação das sociedades financeiras BFC Banco S.A e BFC Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários S.A, das quais mantinha o controle acionário, bem como que se abstinhasse o Banco Central do Brasil, pelo liquidante, de alienar qualquer ativo do BFC Banco S.A., sem autorização do juízo e, finalmente, de praticar qualquer ato requerendo a falência de ambas ou de uma das instituições financeiras citadas. O fundamento para a sustação da liquidação ocorreu, pois a decretação do regime se deu antes do prazo de vencimento do crédito de redesconto concedido pelo BACEN, não estando, pois, vencida a dívida e, portanto, inexigível a obrigação⁹⁹.

Feitas estas ponderações, cabe agora dar um breve panorama sobre o problema de pesquisa objeto deste trabalho. Como já analisado, a Lei nº 6.024/76, em seu artigo 15, inciso I¹⁰⁰, disciplina as hipóteses de decretação do regime de liquidação extrajudicial (*ex officio*)

⁹⁷ RODRIGUES, Frederico Viana. Op.cit., p. 138.

⁹⁸ Artigo 21, parágrafo único da Lei nº 6.024/74: Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto neste artigo, em qualquer tempo, o Banco Central do Brasil poderá estudar pedidos de cessação da liquidação extrajudicial, formulados pelos interessados, concedendo ou recusando a medida pleiteada, segundo as garantias oferecidas e as conveniências de ordem geral.

⁹⁹ Agravo Regimental na Petição nº 919-RJ-17.03.99. Registro nº: 98/0002049-7. Relator p/Acórdão: Ministro Bueno de Souza.

¹⁰⁰ Artigo 15. Decretar-se-á a liquidação extrajudicial da instituição financeira:

I- *ex officio*:

a) em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência;

b) quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais;

c) quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários;

pelo Banco Central do Brasil. Analisando as hipóteses, é possível perceber a proteção conferida aos credores das instituições sujeitas ao regime, uma vez que, das quatro alíneas do artigo, duas tratam, especificamente, sobre situações que podem comprometer a situação econômico-financeira da instituição, podendo colocar em risco a higidez do sistema bancário.

Logo, a intervenção estatal é fundamentada pela proteção à economia pública e aos credores da instituição financeira. Desta forma, um prejuízo apurado, contabilmente, que sujeite a um risco anormal aos credores quirografários (alínea “c”) ou quando a instituição deixar de cumprir os objetivos com pontualidade (alínea “a”) podem ser objeto de uma intervenção estatal, através da decretação do regime, uma vez que estar-se-á diante de fatos concretos e objetivos que podem representar algum risco à situação econômico-financeira da empresa e, conseqüentemente, à economia pública e aos seus credores.

Entretanto, como já exposto, o problema de pesquisa é a ausência de um procedimento prévio com a notificação dos envolvidos na hipótese de supostas violações às normas legais e estatutárias (alínea “b”), para que estes possam exercer os seus direitos constitucionais da ampla defesa e contraditório, de modo que, ao final do processo, o Banco Central do Brasil possa decretar ou não o regime de liquidação extrajudicial.

Assim, será defendido a instauração de um processo administrativo para a decretação do regime, no caso de violações às normas legais e estatutárias. Assim, se no decorrer do seu processo de fiscalização, o Banco Central verificar a possibilidade de violação às normas legais ou estatutárias, deverá este instaurar um processo administrativo, com a participação dos envolvidos, para que estes possam exercer todos os seus direitos constitucionalmente garantidos da ampla defesa e contraditório, de modo que, ao final do processo, o Banco Central possa decretar ou não o regime. Cabe fazer uma pequena ressalva. O exposto aqui não serve como regra geral, a aplicação de um processo administrativo prévio deverá ser analisado à luz do caso concreto e suas peculiaridades¹⁰¹.

Já concluindo, é importante passar por uma discussão doutrinária sobre processo ou procedimento administrativo, uma vez que, neste trabalho, irá se adotar a premissa de um processo administrativo, que possui como traço característico e distintivo do procedimento a

d) quando, cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 (noventa) dias seguintes, sua liquidação ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízos para os credores.

¹⁰¹ A solução proposta devidamente no Capítulo 5. Neste capítulo será abordado as hipóteses que podem ocorrer riscos à credores, exigindo uma intervenção ou afastamento dos administradores, etc.

existência do contraditório.¹⁰² Portanto, a premissa adotada será a de que o processo é um procedimento especial, do qual participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, onde participam com a presença do contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.¹⁰³

Neste sentido, me posiciono de forma contrária ao entendimento que vem prevalecendo na literatura, no sentido de que a liquidação visa alcançar um fim esperado pela Administração, ou seja, liquidar e apurar o ativo e passivo.¹⁰⁴ Entendo que na hipótese de violações de normas legais ou estatutárias, o Banco Central deve instaurar um processo administrativo prévio com a participação dos sócios, acionistas e administradores, para que estes possam exercer o contraditório, ou seja, para que tenham a possibilidade de demonstrar a não violação das normas, e que, ao final do processo, o Banco Central possa ou não decretar o regime de liquidação, evitando-se, assim, a imposição de um regime drástico que importa na dissolução da instituição.

2.2.4 Medidas Prudenciais - Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997

Como já exposto, o § 1º do artigo 15 da Lei nº 6.404/74, possibilita expressamente ao BACEN que, considerando a gravidade dos fatos, escolha entre a intervenção e a liquidação. Ocorre que a Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, trouxe, ainda, a possibilidade de o Banco Central determinar medidas prudenciais para o restabelecimento da situação econômico-financeira da instituição.

Dessa forma, segundo o artigo 5º¹⁰⁵, ocorrendo qualquer das hipóteses para a decretação do regime da intervenção, liquidação extrajudicial e R.A.E.T., é facultado ao Banco Central, sem prejuízo da posterior adoção dos regimes especiais, determinar a:

- (i) Capitalização da sociedade, com o aporte de recursos necessários ao seu soerguimento, em montante por ele fixado;
- (ii) Transferência do controle acionário;
- (iii) Reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.

¹⁰² FAZZALARI, Elio. *Instituzioni didiritto processuale*. Padova: Dott. Antonio Milano, 1989, p. 72.

¹⁰³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 68.

¹⁰⁴ RODRIGUES, Frederico Viana. Op.cit., p. 106.

¹⁰⁵ Art. 5º Verificada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos arts. 2º e 15 da Lei nº 6.024, de 1974, e no art. 1º do Decreto-lei nº 2.321, de 1987, é facultado ao Banco Central do Brasil, visando assegurar a normalidade da economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores, sem prejuízo da posterior adoção dos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, determinar as seguintes medidas:

Interessante destacar que a Lei em seu artigo 4º¹⁰⁶ estendeu ao R.A.E.T. todas as hipóteses de aplicação do regime de liquidação extrajudicial, ou seja, caso o BACEN enfrente uma situação onde haja uma possível violação a normas legais ou estatutárias, poderá este optar pelo R.A.E.T., não aplicando, portanto, o regime drástico da liquidação extrajudicial.

Ocorrendo a decretação de qualquer regime especial, a lei em questão, em seu artigo 6º, previu outras medidas, podendo o BACEN: (i) transferir para outra ou outras sociedades, isoladamente ou em conjunto, bens, direitos e obrigações da empresa ou de seus estabelecimentos; (ii) alienar ou ceder bens e direitos a terceiros e acordar a assunção de obrigações por outra sociedade; e (iii) proceder à constituição ou reorganização de sociedade ou sociedades para as quais sejam transferidos, no todo ou em parte, bens, direitos e obrigações da instituição sob intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, objetivando a continuação geral ou parcial de seu negócio ou atividade. Sobre essa última hipótese, merece destaque a possibilidade de divisão da instituição financeira em duas partes, o “banco bom” e o “banco ruim”, separando apenas a parte saudável de suas atividades daquela que se encontrava insolvente, possibilitando da primeira para outras instituições.

Trata-se, portanto, de medidas prudenciais destinadas a assegurar a solidez, a estabilidade e o regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional.

¹⁰⁶Art. 4º O Banco Central do Brasil poderá, além das hipóteses previstas no art. 1º do Decreto-lei nº 2.321, de 1987, decretar regime de administração especial temporária, quando caracterizada qualquer das situações previstas no art. 15 da Lei nº 6.024, de 1974.

3 LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL: NORMA CONDENATÓRIA OU DE SANEAMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL?

3.1 Aplicação do devido processo legal na decretação da liquidação extrajudicial por violação de normas legais ou estatutárias

Como já exposto, o entendimento do “contraditório postergado” se fundamenta nas seguintes premissas: (i) a liquidação extrajudicial não possui natureza punitiva, sendo apenas um instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico e (ii) em virtude de não possuir natureza punitiva, as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório devem ser diferidas, no intuito de conferir efetividade da medida, garantindo, portanto, o efetivo poder de polícia do Banco Central e a proteção da economia pública.

Diante dessas premissas, cabe realizar algumas reflexões, de modo a tentar demonstrar que o entendimento que vem prevalecendo sobre a existência de um contraditório postergado não deve prevalecer. Sendo assim, o primeiro ponto que será abordado é em relação à intervenção do Estado no domínio econômico e a correlação que esta intervenção por si só não possui natureza punitiva.

Assim, com o advento da ordem constitucional de 1988, é possível afirmar que a mesma optou por um regime capitalista, assentando a ordem econômica nos pilares da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre concorrência¹⁰⁷. Vigora, portanto, a regra da excepcionalidade da exploração direta da atividade econômica pelo Estado, estipulada no artigo 173 da Constituição. Portanto, o comando que se extrai do artigo 173 é que a exploração da atividade econômica só é possível nas seguintes hipóteses: (i) necessária aos imperativos da segurança nacional e (ii) relevante interesse coletivo. Logo, a regra é a exploração da atividade econômica pelo particular pautada no princípio da livre iniciativa.

Ainda sobre o tema, a racionalidade instituída pela ordem constitucional foi a de um Estado juiz. Em outras palavras, o Estado se abstém de intervir na ordem econômica, atuando como um agente normativo e regulador desta. É o que se extrai da norma disposta no artigo 174 da Constituição Federal¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Artigo 170 *caput* e incs. II e IV da Constituição Federal.

¹⁰⁸ Artigo 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Portanto, apesar da prévia autorização para atuar no sistema financeiro nacional e da regulamentação do setor, a intervenção estatal no domínio econômico, manifestada através da decretação da liquidação extrajudicial, se justifica pelo interesse coletivo da sociedade em geral em gozar de um sistema financeiro hígido e saudável. Esta afirmação merece uma reflexão: por ser a intervenção estatal na economia uma exceção à regra, não estaria esta exceção pautada pelas garantias constitucionais?

Neste caso, entendo que quando o Estado atua como agente disciplinador da economia, ingerindo na economia através da intervenção, por meio da decretação da liquidação de uma instituição, ele deve observar sempre que possível outros princípios constitucionais. Assim, diante do caso em análise, quando o Estado impõe o regime da liquidação, sua atuação está pautada em regras do setor lastreadas na importância da proteção do mesmo e suas atividades. Logo, a intervenção ocorre para excluir a instituição que está colocando em risco a economia pública e possíveis credores. Ocorre que, nessa hipótese, também existem outros interesses e direitos que devem ser levados em consideração no momento da aplicação do regime, como os princípios aqui tratados, ou seja, o do contraditório e de todas as suas garantias inerentes.

O dilema exposto torna-se especial e merecedor de um tratamento diferenciado em função de um direito constitucional básico em jogo, o da garantia do contraditório. Explico. Quando o Banco Central, no seu exercício de fiscalização, observa indícios de violações de normas legais e estatutárias por administradores de determinada instituição financeira, este deve comunicar a mesma sobre as supostas violações, de modo que os seus administradores possam ter o direito de se manifestar sobre o tema, tendo ainda a possibilidade de demonstrar a não violação da mesma. Caso contrário, parte-se de uma premissa inquisitória de um órgão que detém o poder para decretar o regime e administrá-lo.

A questão torna-se ainda mais delicada na medida em que o dispositivo legal que dispõe sobre a liquidação utiliza-se de conceitos jurídicos indeterminados que dependem de um alto grau de subjetivismo¹⁰⁹. Neste sentido, a lei preceitua que o regime de decretação extrajudicial poderá ser decretado ex officio, quando a “administração violar gravemente as normas legais ou estatutárias (...)”. Diante desse cenário, algumas questões se colocam: (i) o que são graves violações à normas? (ii) violações “não graves” são passíveis de um

¹⁰⁹Art. 15. Decretar-se-á a liquidação extrajudicial da instituição financeira

(...)

b) quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais.

contraditório? (iii) quem é competente para definir o que são graves violações e quais são os critérios utilizados?

Em que pese o entendimento contrário sobre uma maior liberdade administrativa na fixação de ilícitos e sanções administrativas¹¹⁰, entendo ser aplicável o conceito de legalidade estrita para as sanções administrativas, traduzindo a ideia da lei estabelecer com clareza a conduta e suas consequências¹¹¹.

Como muito bem exposto pelo professor MARÇAL JUSTEN FILHO, “o interesse da maioria é digno de maior proteção do que o interesse de uma quantidade menor de particulares. O que não se admite é a diluição dos direitos fundamentais (mesmo de minorias) em virtude da existência de um incerto e indefinido “interesse público”¹¹². Portanto, não se discute a importância de um mercado financeiro estável e a consequente proteção da economia pública. No entanto, não é possível atropelar os direitos fundamentais dos administradores e sócios, em especial o do contraditório e ampla defesa.

É preciso distinguir o interesse público como resultado e não como pressuposto para a decisão. Em outras palavras, “não existe interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública”¹¹³. Logo, “uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo o interesse público, mas não se legitimará mediante a invocação a esse interesse público, e sim porque compatível com os direitos fundamentais”¹¹⁴.

Assim, o processo de concretização do direito é que produz a seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como interesse público”. Portanto, “o processo de democratização conduz à necessidade de verificar em cada oportunidade como se configura o interesse público. Sempre e em todos os casos, tal se dá por meio da intangibilidade dos valores relacionados aos direitos fundamentais”¹¹⁵.

Neste sentido, há de se defender uma personalização do direito administrativo, que reconhece que a administração pública não é um valor em si mesma, devendo a

¹¹⁰ Neste sentido ver OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 278 e seguintes. Para o autor, existe a possibilidade de uma maior flexibilidade na fixação de sanções administrativas, mas observa que essa liberdade não por ser voltado à arbitrariedade.

¹¹¹ Neste sentido ver JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 507/508.

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Op.cit., p. 46.

¹¹³ *Ibid*, p. 45.

¹¹⁴ *Ibid*, p. 45.

¹¹⁵ *Ibid*, p. 46.

Administração nortear-se pela realização dos direitos fundamentais.¹¹⁶ Nas palavras de JUSTEN FILHO:

“Não se admite que os titulares do poder político legitimem suas decisões invocando meramente a “conveniência” do interesse público e produzindo, concretamente, o sacrifício do valor fundamental (direitos fundamentais das minorais, por exemplo). O núcleo do direito administrativo não é o poder (e suas conveniências), mas a realização dos direitos fundamentais.”¹¹⁷

É de se reconhecer que a decretação de um regime tão gravoso como o da liquidação extrajudicial, sem garantir o direito de conhecer a acusação para poder contestá-la, contraria diretamente os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

A literatura¹¹⁸, tratando sobre a importância dos princípios aqui citados, estabelece como primeiro requisito para alguém exercer o seu direito de defesa de modo eficiente o conhecimento do que está sendo acusada. Ocorre que, no caso em análise, o indivíduo não sabe do que está sendo acusado, contrariando frontalmente o direito constitucional à ampla defesa, como observa a doutrina:

Convém insistir em que a garantia constitucional do direito à ampla defesa exige que seja adotada ao acusado-ou a qualquer pessoa contra a qual se faça uma irrogação, em desfavor da qual se estabeleça uma apreciação desfavorável (ainda que implícita), ou que esteja sujeita a alguma espécie de sanção ou restrições de direitos- a possibilidade de apresentação de defesa prévia à decisão administrativa. Sempre que o patrimônio jurídico e moral de alguém puder ser afetado por uma decisão administrativa, deve a ele ser proporcionada a possibilidade de exercer a ampla defesa, que só tem sentido em sua plenitude se for produzida previamente à decisão, para que se possa ser conhecida e efetivamente considerada pela autoridade competente para produzir. O direito de defesa não se confunde com o direito de recorrer...”

Por sua vez, a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, em seu artigo 4º, § 1º¹¹⁹, estipula que nenhuma sanção será imposta pelo Banco Central sem antes ter assinado prazo, não inferior a 30 (trinta) dias, ao interessado, garantindo, portanto, o contraditório e ampla defesa.

¹¹⁶ *Ibid*, p. 46.

¹¹⁷ *Ibid*, p. 46.

¹¹⁸ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 92 e 93.

¹¹⁹ Art. 4º No exercício de suas atribuições, o Banco Central poderá examinar os livros e documentos das instituições financeiras, sociedades, empresas e pessoas referidas no artigo anterior, as quais serão obrigadas a prestar as informações e os esclarecimentos solicitados pelo Banco Central. § 1º Nenhuma sanção será imposta pelo Banco Central, sem antes ter assinado prazo, não inferior a 30 (trinta) dias, ao interessado, para se manifestar, ressalvado o disposto no § 3º do art. 16 desta lei.

No mesmo sentido, a já citada Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, em seu artigo 9º, estipulava claramente a necessidade de um processo administrativo contra instituição financeira para a aplicação de medidas cautelares e restrições às atividades da instituição.¹²⁰ O mesmo dispositivo, em seu § 1º, conferia ainda a possibilidade de interposição de recursos das decisões do BACEN, sem efeito suspensivo, para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, no prazo de cinco dias. A literatura sobre o tema entende que as regras dispostas no artigo em análise cobriam tanto as hipóteses em que não tenha ocorrido a decretação do regime especial, quanto a hipótese de já estarem em curso¹²¹.

Portanto, a instrução do processo deve ser contraditória, não podendo a Administração, por sua iniciativa e por seus meios, colher argumentos ou provas que lhe pareçam significativos¹²². Como aponta a doutrina, o princípio do contraditório exige um diálogo através da alternância das manifestações das partes interessadas, durante a fase instrutória¹²³.

Dessa forma, o administrado deve participar da feitura, do querer administrativo, ou da sua concretização efetiva¹²⁴. Portanto, é imprescindível assegurar ao cidadão o postular junto à Administração, com as mesmas garantias que lhe são deferidas no processo jurisdicional, particularmente as certezas do contraditório, da prova, do recurso e da publicidade¹²⁵.

Através da garantia desses direitos, é possível conferir uma participação democrática no processo administrativo, representando, portanto, uma contraface ao autoritarismo¹²⁶. Não se pode realizar uma distinção entre processos administrativos de natureza não sancionatórios, tendo, portanto, sua pauta constitucional e axiológica reduzida e processos administrativos sancionatórios¹²⁷.

Assim, a importância do processo administrativo como modo regrado do exercício do poder estatal levou parcela da doutrina a reconhecer o mesmo como um dos fundamentos do

¹²⁰ Art. 9º Instaurado processo administrativo contra instituição financeira, seus administradores, membros de seus conselhos, a empresa de auditoria contábil ou auditor contábil independente, o Banco Central do Brasil, por decisão da diretoria, considerando a gravidade da falta, poderá cautelarmente: I- Determinar o afastamento dos indiciados da administração dos negócios da instituição, enquanto perdurar a apuração de suas responsabilidades; II- impedir que os indiciados assumam quaisquer cargos de direção ou administração de instituições financeiras que atuem como mandatários ou prepostos de diretores ou administradores; III- Impor restrições às atividades da instituição financeira, IV- determinar à instituição financeira a substituição da empresa de auditoria contábil ou do auditor contábil independente.

¹²¹ SALOMÃO, Eduardo. Op. cit., p. 529.

¹²² FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Op. cit., pp. 92 e 93.

¹²³ *Ibid*, pp. 92 e 93.

¹²⁴ *Ibid*, pp. 92 e 93.

¹²⁵ *Ibid*, pp. 22 e 23.

¹²⁶ *Ibid*, pp. 22 e 23.

¹²⁷ Alguns autores compartilham do entendimento inverso do exposto. Neste sentido, ver FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pp. 435-438; FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Op.cit., pp. 22 e 23.

Estado democrático de direito, através da integração do particular na esfera pública, reconhecendo, portanto, o direito de conhecer, participar, influenciar e controlar a atividade da Administração¹²⁸.

Logo, o contraditório não só garante ao particular o direito de ser cientificado com clareza da existência do processo, mas de tudo o que nele ocorrer, podendo manifestar-se a respeito de todos os atos e fatos processuais¹²⁹. É necessário que os administradores e sócios da instituição supervisionada pelo Banco Central interajam com este último, resultando em manifestações destes com as decisões proferidas pelo órgão regulador, através de um processo administrativo prévio ao da decretação do regime.

O direito penal, tratando sobre o tema, associa o princípio do contraditório à parêmia *audiatur et altera pars*, ou seja, a parte contrária deve ser ouvida, traduzindo uma ideia de que a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido pela parte contrária¹³⁰. Sobre o tema, parcela considerável da doutrina entende que o princípio do contraditório deve ser observado em processos administrativos instaurados pela Administração Pública para a apuração de ilícitos administrativos ou quando se tratar de procedimentos administrativos fiscais, já que, nesses casos, haverá a possibilidade da aplicação de uma punição administrativa¹³¹.

A abertura de um processo administrativo sem a ciência dos interessados, para examinar possíveis condutas que possam infringir normas legais ou estatutárias, reflete um modelo de investigação inquisitivo, onde não predomina o respeito aos princípios aqui analisados, uma vez que não permite o exercício do direito do contraditório e ampla defesa, não possibilitando que os acusados possam se pronunciar sobre os fundamentos da acusação.

Note-se que a assimetria de informação é tamanha que a Lei nº 6.024/74, em seu artigo 32, estipula que, caso apurado, no curso da liquidação, elementos de prova de práticas de contravenções penais ou crimes por parte de quaisquer administradores, deverá o Banco Central do Brasil encaminhá-las ao Ministério Público para que este promova a ação penal. O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a produção de provas, decidindo sobre a juntada de documentos aos autos:

“Em consonância com o princípio da igualdade das partes e do contraditório, sempre que for carreado aos autos documento novo, relevante para a decisão, deve ser

¹²⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 295.

¹²⁹ *Ibid*, p. 294.

¹³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*, 11ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

¹³¹ Neste sentido ver, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ibid*, p. 23.

concedida à parte contrária, contra ou em face da qual produzida a prova, oportunidade de manifestação a respeito.”¹³²

Sobre o tema, FÁBIO MEDINA OSÓRIO observa a impossibilidade de a autoridade administrativa negar ao imputado a possibilidade de produção de provas e, ainda assim, emitir decreto condenatório. Tal prática feriria o princípio da presunção de inocência, “(...) que comporta a real possibilidade de produção de provas defensivas (...)”¹³³. No mesmo sentido, o Código de Processo Penal (artigo 14)¹³⁴ permite ao indiciado, em fase de inquérito (a juízo da autoridade), o direito de requerer diligências.

Alguns autores, tratando sobre o tema, destacam os direitos de informação como integrantes dos direitos formais de defesa, não bastando somente a garantia do contraditório, devendo existir também “direitos substanciais relacionados à transparência de todo o processo sancionador”¹³⁵. O Supremo Tribunal Federal já tratou do assunto, entendendo que os princípios do contraditório e ampla defesa aplicam-se a todos os procedimentos administrativos e judiciais, não se resumindo ao direito de manifestação e de informação do processo, mas também ao direito das partes em ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador¹³⁶.

O direito de apresentar defesa no processo administrativo para a decretação ou não do regime é de fundamental relevância, já que permite também que os interessados provem a sua

¹³² REsp. nº 256.164-DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 15.04.02, p. 268. O mesmo entendimento também é observado no RHC nº 15.134-SP, rel. Min. Laurita Vaz, *DJ* 07.03.05, cuja ementa preceitua: “O princípio do contraditório traduz a bilateralidade do processo, ou seja, assegura às partes isonomia processual e igualdade de condições”.

¹³³ OSÓRIO, Fábio Medina. Op.cit., p. 446.

¹³⁴ Art.14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

¹³⁵ SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISCH, Julya Sotto Mayor. *Mercado de Capitais - Regime Sancionador*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

¹³⁶ Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV). STF, MS nº 24.268/MG, Relatora originária Min. Ellen Gracie; Relator p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, *DJ* 19.09.04.

inocência, ou seja, a não violação das normas legais e estatutárias e, conseqüentemente, a não decretação do regime. Logo, negar o direito dos administradores e sócios ao contraditório e ampla defesa nessa fase é negar-lhes a garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º LVII). Parte-se sempre de uma premissa inquisitória, impossibilitando a produção de provas defensivas.

Portanto, como aponta a literatura¹³⁷, o contraditório e ampla defesa são ferramentas correlatas ao devido processo legal, e sem elas não é possível falar em devido processo legal. O Superior Tribunal de Justiça, tratando sobre as formalidades legais que são inerentes ao devido processo legal em âmbito administrativo, já se posicionou no sentido de decretar a nulidade do processo administrativo disciplinar, pelo fato do acusado só ter sido citado para acompanhar o processo, depois de encerrada a instrução (quando deveria ser indiciado)¹³⁸.

No mesmo sentido, o STF também já se manifestou sobre o tema, maximizando o princípio da ampla defesa em esfera administrativa, mesmo em casos que não se configuram como processos sancionadores, bastando que se cuide de processo restritivo de direitos¹³⁹.

Ainda sobre o tema, cabe destacar o artigo 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999¹⁴⁰, que, ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulou a obediência desta aos princípios do contraditório e ampla defesa. No mesmo sentido, o inciso X do parágrafo único do mesmo artigo estipula a garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos dos quais possam resultar sanções e nas situações de litígio.

Em linhas gerais, o posicionamento do Banco Central do Brasil em conferir o contraditório e a ampla defesa somente após a decretação do regime de liquidação, através da

¹³⁷ SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISCH, Jula Sotó Mayor. Op.cit., p. 79.

¹³⁸ “A fase de inquérito do processo administrativo disciplinar, devem-se assegurar ao acusado as garantias do contraditório e da ampla defesa. Para o exercício desses dois princípios constitucionais, basilares do processo administrativo, o estatuto dos servidores públicos federais assegura aos acusados o direito de acompanhar o processo disciplinar, pessoalmente ou por intermédio do procurador. Tendo a própria autoridade coatora reconhecido que o Impetrante só fora citado para acompanhar o processo, depois de encerrada a instrução, quando deveria ser indiciado e, posteriormente, apresentar defesa escrita, o processo é nulo, a partir da iniciação do inquérito, com todos os atos subsequentes.” (STJ, MS nº 10.788/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Paulo Medina, *DJe* 26.05.08).

¹³⁹ “Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde de observância do contraditório, ou seja, da instauração do processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque comum à Administração e ao particular.” (STF, RE nº 158.543/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 06.10.95).

¹⁴⁰ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

abertura do inquérito (artigo 41 da lei), merece ser revisto, pois, como exposto, os interessados possuem o direito de se manifestar, produzir provas e de se defenderem no processo que poderá levar à decretação do regime, uma vez que o mesmo possui natureza condenatória, visto que implica na possibilidade de dissolução da sociedade, destituição dos sócios e administradores da instituição, bem como na indisponibilidade dos bens destes e na limitação do direito de ir e vir.

Por fim, sobre a natureza sancionatória da decretação do regime de liquidação extrajudicial, vale lembrar que a literatura, apesar de não admitir o caráter sancionatório da medida, reconhece que a imposição do regime por violações de normas legais ou estatutárias só é passível quando ocorrerem situações que envolvam perigo eminente para o mercado e a poupança popular, sob pena da liquidação ser reconhecida como ato sancionatório¹⁴¹.

3.2 A experiência norte-americana do devido processo legal administrativo e suas implicações no Brasil

A literatura do devido processo legal hoje manifestada através do artigo 5º, LVI da Constituição Federal sofreu fortes influências da construção doutrinária e jurisprudencial norte-americana, em relação à cláusula de *due process of law*.

Ocorre que, como lembra KENNETH F. WARREN, apesar da Constituição norte-americana impor a observância do *due process* a todos os ramos do governo, ela ficou distante de definir o seu significado e as consequências da aplicação do instituto¹⁴², tarefa que ficou à cargo da doutrina e pelos tribunais.

Assim, para a literatura norte-americana, os principais objetivos do *due process* em âmbito administrativo podem ser classificados em: (i) justiça; (ii) correção; (iii) segurança; e (iv) autonomia aos processos conduzidos pelas entidades governamentais¹⁴³. Justiça (*fairness*) diz respeito à atuação administrativa de acordo com parâmetros seguros, que sejam imparcialmente aplicados às partes, através de procedimentos que sejam conhecidos¹⁴⁴. Neste ponto, merece destaque um conceito-chave que vem sendo lidado neste trabalho, ou seja, o de

¹⁴¹ PAULIN, Luiz Alfredo. Op. cit., p. 144.

¹⁴² WARREN, Kenneth. *Administrative Law in the Political System*. Cambridge: Westview, 2004, pp. 278-279.

¹⁴³ AMAN JR., Alfred C.; MAYTON, William T. *Administrative Law*. St. Paul: West Group, 2001, p. 278, *Apud* GUEDES, Demian. *Processo Administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 75.

¹⁴⁴ GUEDES, Demian. Op. cit., p. 75.

revealed procedures, representado pela importância de procedimentos visíveis e compreensíveis, essenciais para uma participação confortável e efetiva dos cidadãos¹⁴⁵.

Por sua vez, a ideia de correção (*accuracy*), como ressalta DEMIAN GUEDES, “aproxima-se bastante do conceito de eficiência, na medida em que representa a preocupação com a melhor aplicação dos recursos estatais”¹⁴⁶. A segurança reflete a necessidade de que os administrados saibam o que esperar da Administração e o seu modo através do qual ela produzirá suas decisões.¹⁴⁷ Neste ponto é importante a definição dos parâmetros que serão delineados para a relação entre a Administração e os indivíduos, “garantindo que a relação desenvolvida entre eles não tenha surpresas, nem seja orientada por opções pessoais do agente público”.¹⁴⁸

O último parâmetro (autonomia) garante um tratamento humano ao cidadão, “respeitando a sua autonomia, para que ele não seja tratado apenas como uma estatística na massa universal de casos a serem resolvidos pelo Poder Público”¹⁴⁹.

Caso emblemático também julgado pela Suprema Corte, foi o *Goldberg vs. Kelly*¹⁵⁰, onde questionava-se a validade do processo de suspensão de benefícios sociais no Estado de New York. No modelo, o cidadão era notificado da intenção da agência de suspender o benefício, com a possibilidade de apresentação de apresentar, por escrito, suas razões de inconformismo. Caso suas razões fossem rejeitadas, o cidadão teria o benefício terminado, com a posterior realização de audiência para a apresentação de argumentos e provas. Nesta audiência, se ficasse provado o dano do cidadão, o benefício seria restaurado.

A Suprema Corte ao julgar esse processo administrativo adotou o critério de “*hearing first*”, entendendo que a sustação prévia do benefício constituía uma violação ao devido processo legal, já que causaria sérios problemas àqueles que seriam erroneamente privados de renda, determinando, portanto, que o modelo obedecesse a garantias processuais próximas a um julgamento judicial. Alguns anos depois, a Suprema Corte exigiu o mesmo tipo de procedimento, com as mesmas garantias, para processos administrativos de concessão e revogação de regimes prisionais (*Morrissey v. Brewer*)¹⁵¹

Portanto, em linhas gerais, pode-se afirmar que a experiência norte-americana trouxe fortes influências para o devido processo administrativo, estabelecendo os seus pilares na

¹⁴⁵ Apud GUEDES, Demian. Op. cit., p. 75.

¹⁴⁶ *Ibid*, p. 75.

¹⁴⁷ *Ibid*, p. 75.

¹⁴⁸ *Ibid*, p. 75.

¹⁴⁹ *Ibid*, p. 75.

¹⁵⁰ 397 U.S 254 (1970).

¹⁵¹ 408 U.S 471 (1972).

previsibilidade do processo decisório pelos administrados e pelo respeito dos direitos estabelecidos. Dessa forma, o quadro geral desse processo, como exposto pela literatura norte-americana, deve observar o direito de ser notificado o conhecimento das intenções e dos argumentos do Poder Público, uma oportunidade para apresentar as razões de seu inconformismo e o direito de contar com um órgão julgador imparcial.¹⁵²

Já concluindo, vale lembrar que as premissas mínimas estabelecidas pela doutrina norte-americana foram de algum modo absorvidas pelo legislador nacional e pela jurisprudência pátria. Como exemplo, merecem destaque os julgados expostos neste trabalho, e a própria Lei nº 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.

3.3 Breves notas sobre o contraditório da seara administrativa na literatura estrangeira

Como lembra GUEDES, o princípio de audiência bilateral (*audi alteram parte*) encarna o essencial do contraditório¹⁵³, marcando a história do direito ocidental. Como exemplo, merece destaque o caso julgado pela Suprema Corte norte-americana, em 1723, em que foram afirmadas as bases divinas do princípio, “que protegeria o homem desde sua criação: *even God himself did not setence upon Adam before he was called upon to make his defence*”¹⁵⁴.

Na Espanha, JUAN MONTERO AROCA eleva o princípio do contraditório a um direito fundamental, de verdadeiro direito natural, “não podendo ser compreendido como mera decorrência de induções conceituais, mas sim como um comando concreto, indissociável da administração da justiça”¹⁵⁵. Tratando mais especificamente sobre o contraditório na seara administrativa, JAIME GUASP observa que o contraditório: “*no es solo um eficaz instrumento técnico que utiliza el derecho positivo para obtener el descubrimiento de los hechos relevantes para el proceso, sino uma exigência de justicia que ningún sistema de Administración de Justicia puede omitir*”¹⁵⁶.

GARCIA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, baseando-se em sentença do Tribunal Constitucional espanhol, afirma que não há processo administrativo válido se as partes não

¹⁵² *Ibid*, p. 75.

¹⁵³ GUEDES, Demian. Op. cit., p. 84.

¹⁵⁴ *Ibid*, p. 84.

¹⁵⁵ AROCA, Juan Montero. Introducción al Derecho Procesal. Madrid: Tecnos, 1979, p. 239, *apud* GUEDES, Demian. Op. cit., p. 84.

¹⁵⁶ GUASP, Jaime. Administración de justicia y derechos de la personalidad. *Revista de Estudios Políticos*, Vol. IX, pp. 91-92.

possuem igualdade de oportunidades em todos os momentos ou trâmites processuais, posto que nesses casos inexistia verdadeiro debate contraditório quanto aos fatos discutidos. Assim, diante dessas ponderações, os autores afirmam que as atas e documentos administrativos, possuem o valor de mera denúncias, “*por lo que para que adquieran auténtico valor probatorio han de ser ratificados en el curso del próprio procedimiento prévio en examen contradictorio*”.¹⁵⁷

Como lembra GUEDES, na França, JEAN RIVEIRO aponta entre as características do processo administrativo a sua formação e andamento em contraditório. Para o autor, é essencial que cada parte deve ser sempre chamada a discutir o produzido pela parte contrária.¹⁵⁸

Na Itália, PIERO CALAMANDREI entende que o contraditório é o princípio fundamental do processo, sua força motriz e sua garantia suprema¹⁵⁹. ELIO FAZZALARI, também observa que o contraditório só é respeitado através da observância do princípio da igualdade entre as partes, ponderando que nenhuma presunção deve ser feita favor do órgão público, que não seja expressamente estabelecida pela lei ou debatida em contraditório.¹⁶⁰

Por fim, na Argentina, Augustín Gordillo observa que o contraditório deve alcançar todos os processos estatais, uma vez que também nos processos administrativos há lide, com conflitos de interesses entre partes contrapostas. O mesmo autor, já em 1969, já ressaltava a necessidade de observância da ampla defesa nos processos administrativos, como aspecto inerente ao Estado de Direito, devido a sua estatura constitucional.¹⁶¹

3.4 Aplicação do contraditório em regimes especiais no Direito Comparado

3.4.1 Na Espanha

Na Espanha, a *Ley 26/1988* disciplina a intervenção nas entidades de créditos¹⁶². A lei submete as entidades de créditos e seus administradores (pessoas físicas ou jurídicas) a uma responsabilização administrativa caso estes violem os seus preceitos.

¹⁵⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1997, p. 454.

¹⁵⁸ RIVEIRO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. Tradução de José Cretella Júnior: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 247 *apud* GUEDES, Demian. Op. cit., p. 84.

¹⁵⁹ CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Padova: CEDAM, 1954, p. 148 *apud* GUEDES, Demian. Op. cit., p. 85.

¹⁶⁰ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 733.

¹⁶¹ GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey: Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. 50, *apud* GUEDES, Demian. Op. cit., p. 85.

¹⁶² As entidades de créditos estão definidas no artigo 1º do Real Decreto Legislativo 1298 de 28 de junho de 1986, a saber: *1. A efectos de la presente disposición, y de acuerdo con la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, se entiende por «entidad de crédito» toda empresa que tenga como actividad típica y habitual*

Em linhas gerais, a lei estipula três tipos de infrações, sendo classificadas em (i) muito graves; (ii) graves; e (iii) leves¹⁶³, cabendo o artigo 4º da lei definir os critérios para a aplicação e definição de cada infração. Seguindo essa lógica, o artigo 8ª e seguintes da lei estipulam as sanções que deverão ser aplicadas, a depender do tipo de infração cometida.

O artigo 9º alínea “b” estipula como uma espécie de uma sanção a revogação da autorização da entidade de crédito¹⁶⁴. Por sua vez, as sanções impostas aos administradores estão dispostas no artigo 13, que variam desde a aplicação de multa a inabilitação para exercer cargo de administração em qualquer outra entidade de crédito.

De acordo com o artigo 19 da lei¹⁶⁵, a competência para a aplicação das sanções é do Banco da Espanha, devendo este aplicar o procedimento previsto no artigo 133 e seguintes da *Ley de procedimiento administrativo, de 17 de julio de 1958*, lei que foi revogada pela *Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, que dispõe sobre o *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, devendo ser aplicado o artigo 134 do referido diploma para a aplicação das sanções pelo Banco da Espanha.

O interessante é que o artigo 134 da *Ley 30/1992* está localizado no capítulo II que trata especificamente sobre os princípios do processo administrativo sancionador (*principios del procedimiento sancionador*). Assim, o artigo 134 traz como a primeira regra para a aplicação de qualquer sanção pelo Banco da Espanha a obrigatoriedade da observância do procedimento legal previsto na lei, estipulando que, em nenhum caso, poderá se impor uma sanção sem a observância do devido processo legal.¹⁶⁶

No mesmo sentido, o artigo 135 estipula os direitos dos indivíduos sujeitos a sanções no processo administrativo, deixando claro o direito à prévia notificação dos envolvidos para que estes possam ter conhecimento das possíveis infrações que podem ser aplicadas, podendo

recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza.

¹⁶³ Artículo 3 da ley.

¹⁶⁴ Artículo 9 - *Por la comisión de infracciones muy graves será impuesta a la entidad de crédito infractora, una o más de las siguientes sanciones: (...)*

b) Revocación de la autorización de la entidad. En el caso de sucursales de entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea, la sanción de revocación de la autorización se entenderá sustituida por la prohibición de que inicie nuevas operaciones en territorio español.

¹⁶⁵ Artículo 19 - *Para la imposición de las sanciones previstas en esta Ley se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 133 y siguientes de la, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes.*

¹⁶⁶ Artículo 134 Garantía de procedimiento

1. El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal o reglamentariamente establecido.

2. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos.

3. En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento.

estes utilizarem-se de todos os meios admitidos em direito para a sua defesa¹⁶⁷. Questão de extrema relevância é a garantia da presunção de inocência nos processos administrativos sancionadores, disposta no artigo 137 da lei em análise¹⁶⁸.

Portanto, na Espanha, para a aplicação da sanção de resolução de uma entidade de classe, ou de qualquer outra sanção, é necessário observar as garantias dispostas acima, em especial, a necessidade de notificação dos interessados para que estes possam exercer o seu direito de defesa.

3.4.2 Em Portugal

Em Portugal, a supervisão de instituições de créditos e sociedades financeiras fica a cargo do Banco de Portugal, por força de sua Lei Orgânica¹⁶⁹, devendo este estabelecer diretivas para a atuação destas entidades, cabendo-lhe, ainda, aplicar medidas de intervenção preventiva e corretiva, nos termos da legislação que rege a supervisão financeira (artigo 17).¹⁷⁰ Por sua vez, o artigo 17-A¹⁷¹ é ainda mais claro no sentido de reafirmar a competência do Banco em desempenhar as funções de autoridade e de resolução nacional, incluindo, entre

¹⁶⁷ Artículo 135 Derechos del presunto responsable

Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos:

A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia.

A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico que resulten procedentes.

Los demás derechos reconocidos por el artículo 35 de esta Ley.

¹⁶⁸ Artículo 137 Presunción de inocencia

1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.

2. Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien.

3. Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.

4. Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades.

Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable.

¹⁶⁹ Disponível em <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/documentos-relacionados/leiorganica.pdf> - Último acesso em 10.10.17.

¹⁷⁰ Compete ao Banco de Portugal exercer a supervisão das instituições de crédito, sociedades financeiras e outras entidades que lhe estejam legalmente sujeitas, nomeadamente estabelecendo diretivas para a sua atuação e para assegurar os serviços de centralização de riscos de crédito, bem como aplicando-lhes medidas de intervenção preventiva e corretiva, nos termos da legislação que rege a supervisão financeira.

¹⁷¹ Compete ao Banco de Portugal desempenhar as funções de autoridade e resolução nacional, incluindo, entre outros poderes previstos na legislação aplicável, os de elaborar planos de resolução, aplicar medidas de resolução e determinar a eliminação de potenciais obstáculos à aplicação de tais medidas, nos termos e com os limites previstos na legislação aplicável.

outros poderes previstos na legislação aplicável, os de elaborar planos de resolução, aplicar medidas de resolução e determinar a eliminação de eventuais obstáculos à aplicação de tais medidas.

Nesta linha, o Decreto-lei nº 298, de 31 de dezembro de 1992, dispõe sobre o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, que trata basicamente sobre: (i) o acesso à atividade e o respectivo exercício por parte das instituições de crédito e das sociedades financeiras e; (ii) o exercício de supervisão das instituições de crédito e das sociedades financeiras, respectivos poderes e instrumentos.¹⁷² O mesmo decreto traz em seu artigo 22 a possibilidade de revogação da autorização pelo Banco de Portugal, caso as instituições violem algumas das premissas dispostas em suas alíneas. Neste sentido, é interessante destacar que a alínea “h” é bastante similar à hipótese prevista na alínea “b” do artigo 15 da Lei nº 6.024/74 (que autoriza o regime de liquidação quando a administração violar normas legais ou estatutárias).

No caso do diploma português em análise, a alínea “h” do artigo 22 dispõe que o Banco de Portugal poderá revogar a autorização, se a instituição de crédito violar as leis e os regulamentos que disciplinam a sua atividade ou não observar as determinações do Banco de Portugal, de modo a pôr em risco os interesses dos depositantes e demais credores ou as condições normais de funcionamento do mercado monetário, financeiro ou cambial. Interessante destacar que a revogação da autorização implica na dissolução e liquidação de instituição de crédito, nos termos do item 5 do artigo 22.

Dando continuidade ao processo de revogação da autorização, o artigo 23.2¹⁷³, tratando sobre a forma de revogação, estipula que a decisão de revogação deve ser fundamentada, notificada à instituição de crédito e comunicada à Autoridade Bancária Europeia e às autoridades de supervisão dos Estados membros da União Europeia onde a instituição de crédito tenha sucursais ou preste serviços. Portanto, é de se frisar a obrigatoriedade de notificação do processo de revogação da autorização e de fundamentação do ato.

Por sua vez, a aplicação de medidas especiais foi tratada no Título VIII, a partir do artigo 139 do decreto-lei¹⁷⁴. A partir daí, o decreto dispõe sobre alguns regimes especiais

¹⁷² Art. 1º do Decreto-lei.

¹⁷³ A decisão de revogação deve ser fundamentada, notificada à instituição de crédito e comunicada à Autoridade Bancária Europeia e às autoridades de supervisão dos Estados membros da União Europeia onde a instituição de crédito tenha sucursais ou preste serviços.

¹⁷⁴ Art. 139-1- Tendo em vista a salvaguarda da solidez financeira da instituição de crédito, dos interesses dos depositantes ou da estabilidade do sistema financeiro, o Banco de Portugal pode adotar as medidas previstas no presente título.

bancários, como, por exemplo, a intervenção corretiva, administração provisória, resolução e liquidação, conferindo ao Banco de Portugal a discricionariedade de aplicar estas medidas de acordo com o risco ou grau de descumprimento das regras legais e regulamentares que disciplinam a sua atividade, bem como a gravidade das consequências na solidez financeira e dos interesses dos depositantes, sempre observando os princípios da adequação e da proporcionalidade. Como no Brasil, a adoção destas medidas não está vinculada a qualquer relação de procedência, podendo o Banco de Portugal, de acordo com as exigências de cada situação, combinar medidas de natureza diferente (artigo 140).

Em síntese, a intervenção corretiva é aplicada quando uma instituição não estiver cumprindo, ou esteja em risco de não cumprir, normas legais ou regulamentares que disciplinem a sua atividade, cabendo ao Banco de Portugal aplicar algumas das medidas previstas no artigo 141 do Decreto. Já a medida de administração provisória implica na possibilidade de o Banco suspender ou destituir membros do órgão de administração, quando as medidas de intervenção corretiva não forem suficientes (artigo 145). Por sua vez, a resolução também é cabível quando a medida de intervenção corretiva aplicada não permitir recuperar economicamente a instituição, permitindo-se a aplicação de mecanismos de reorganização bancária, tais como a alienação parcial ou total da atividade, transferência parcial ou total da atividade para instituições de transição, segregação e transferência de ativos, dentre outros (artigo 145-E). Por fim, o regime de liquidação ocorre quando o Banco de Portugal verifica que nenhum dos modelos foi suficiente para a normalização das atividades, revogando, portanto, a autorização para o exercício da atividade, gerando a dissolução da instituição e a liquidação de seu ativo.

Note-se que o termo liquidação utilizado pela lei refere-se à revogação da autorização pelo Banco de Portugal, ocasionando a dissolução e liquidação de seus ativos. Entretanto, como já mencionado acima, a instituição deverá ser notificada da decisão de revogar com a fundamentação dos motivos para tanto.

Neste sentido, como dispõe o artigo 8º.3 do Decreto-lei nº 199/2006¹⁷⁵, decretada a revogação da autorização, o Banco de Portugal deverá requerer, no Judiciário, a liquidação da instituição de crédito, no prazo máximo de 10 dias úteis após a revogação da autorização.

2- A aplicação das medidas previstas no presente título está sujeita aos princípios da adequação e da proporcionalidade, tendo em conta o risco ou o grau de incumprimento, por parte da instituição de crédito, das regras legais e regulamentares que disciplinam a sua atividade, bem como a gravidade das respetivas consequências na solidez financeira da instituição em causa, nos interesses dos depositantes ou na estabilidade do sistema financeiro.

¹⁷⁵ Art. 8.3- Cabe em exclusivo ao Banco de Portugal requerer, no tribunal competente, a liquidação da instituição de crédito, no prazo máximo de 10 dias úteis após a revogação da autorização, proferida nos termos do artigo 22º do RGICSF.

Durante o processo (agora judicial), a instituição financeira poderá apresentar sua impugnação à decisão administrativa do Banco de Portugal sobre a revogação de sua autorização, nos termos do artigo 15.2¹⁷⁶ do mesmo decreto, solicitando a impugnação ou a suspensão da decisão.

Logo, é possível concluir que Portugal adotou um modelo híbrido, posto que permite a revogação da autorização pelo Banco de Portugal, ocasionando a liquidação da instituição financeira, mas condiciona o regime de liquidação ao Poder Judiciário, permitindo a possibilidade de impugnação pela instituição financeira sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

Por fim, vale lembrar que os países membros da Comunidade Europeia adotaram a Diretiva n° 2001/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 04 de abril de 2001, que prevê normas gerais relativas ao saneamento e à liquidação de instituições de créditos para instituições que se encontrem em mais de um país do espaço comunitário.¹⁷⁷

3.4.3 Na Itália

Como já mencionado, o direito italiano influenciou diretamente a criação do instituto da liquidação extrajudicial, através do instituto da *liquidazione coatta amministrativa* (liquidação administrativa obrigatória), regulada pelo Decreto Real n° 267, de 16 de março de 1942. Antes de analisar o procedimento italiano, cabe fazer uma pequena observação sobre o período da promulgação do decreto vigente até hoje na Itália, posto que o mesmo foi promulgado durante o governo fascista de Mussolini, sendo indiretamente influenciado por características autoritárias e didatoriais. O curioso é que o instituto italiano (fortemente marcado por características autoritárias) influenciou a criação da Lei n° 6.024/74, que, por sua vez, foi também promulgada em um período nacional marcado por raízes autoritárias e didatoriais, já que vivia-se sob a égide da ditadura militar, criando, portanto, um regime de liquidação extrajudicial com fortes traços autoritários (como será analisado no item 3.6 deste trabalho).

¹⁷⁶ - Sem prejuízo do disposto no artigo 128° do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, a impugnação contenciosa do acto de revogação de autorização de uma instituição de crédito bem como o requerimento da suspensão da eficácia do mesmo acto produzem os efeitos previstos na parte final do n° 3 do artigo 40° do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

2- Distribuída a petição de impugnação ou o requerimento de suspensão, o juiz, se o processo houver de prosseguir, determina que se informe da respectiva pendência o tribunal da liquidação, para os efeitos do disposto no número anterior, solicitando às partes, se necessário, a indicação do tribunal e do processo.

¹⁷⁷ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0024>. Último acesso em 10.10.17.

Feitas estas ponderações, cabe agora analisar as principais características do regime italiano. A liquidação administrativa forçada é tratada a partir do Título V, nos artigos 194 a 215. Em linhas gerais, o regime possui um procedimento semelhante à falência italiana¹⁷⁸, mas difere, pois, é aplicada por autoridade administrativa em vez do Poder Judiciário e nos pressupostos autorizadores do pedido, que não se limitam somente à insolvência da empresa. Assim, a liquidação administrativa obrigatória pode ser imposta quando ocorrer (isoladamente ou em conjunto):

- i) Insolvência;
- ii) Violação de regras ou atos que importem em irregularidades graves de gestão e;
- iii) Razões de interesse público.

Por sua vez, e sem exaurir o tema, as instituições que estão sujeitas ao regime podem ser: i) bancos e empresas que fazem parte de um grupo bancário; ii) companhias de seguros; iii) sociedades cooperativas e consórcios de cooperativas, iii) sociedades de valores mobiliários e; iv) caixas de artesanato rural e consórcios agrários. Em uma primeira análise, o que se nota é que o denominador comum das instituições sujeitas ao regime é o fato que elas realizam atividades que merecem uma tutela especial do Estado, pois podem representar interesses públicos dignos de proteção, como, por exemplo, o da estabilidade do setor financeiro. Portanto, como no Brasil, o controle da autoridade administrativa visa excluir do mercado instituições que não são mais capazes de cumprir suas obrigações econômico-financeiras, mas também que não cumprem as normas legais e estatutárias.

Em regra, a autoridade competente para a liquidação administrativa é o Ministério responsável pela supervisão do setor. Como exemplo, no caso das companhias de seguros, o Ministério responsável é o do Desenvolvimento Econômico. Seguindo essa linha, a mesma autoridade administrativa é também responsável pela nomeação dos órgãos do processo, a saber: i) o comissário da liquidação e; ii) conselho de supervisão, tendo o primeiro a tarefa de fornecer material para a liquidação dos ativos da empresa de acordo com as diretrizes dadas pelo Ministério, e o segundo, composto por 3 ou 5 membros (não necessariamente credores) escolhidos por especialistas do setor sob fiscalização, possuindo funções de assessoria e controle do processo.

¹⁷⁸ Também regulada pelo Decreto Real nº 267, de 16 de março de 1942. A falência está prevista no título II.

Em sentido inverso ao que ocorre no ordenamento nacional, o Decreto real nº 267/42 estipula a possibilidade de revisão da medida administrativa mediante recurso em primeira instância para o Tribunal Administrativo, e em segunda para o Conselho de Estado. Além disso, vigora o princípio da revisão judicial do estado de insolvência, previsto no artigo 195, item 5, que permite que a decisão de insolvência seja revista pelo Poder Judiciário por solicitação de qualquer parte interessada, possibilitando, portanto, a garantia da ampla defesa e do contraditório, bem como o controle do ato administrativo. Cabe observar que a declaração de insolvência deve ser declarada por acórdão do Poder Judiciário, a pedido da autoridade que possui a competência para supervisão da empresa ou por qualquer credor.

3.4.4 Em outros países

O presente tópico possui como objetivo fornecer um breve panorama sobre os mecanismos de intervenção, liquidação e reorganização bancária em alguns países, de modo que, ao final deste tópico restará demonstrado a forte participação do Poder Judiciário na procedimentalização do regime de liquidação na experiência estrangeira, possibilitando um maior controle de legalidade do ato, além de uma separação entre institutos de saneamento (que visam à normalização da atividade) e medidas terminativas da instituição, geralmente ligadas ao regime de liquidação e casos de insolvência.

Na Argentina, o regime de intervenção nas instituições financeiras é disciplinado pela Lei nº 21.526, de 14 de fevereiro de 1977, denominada de Lei das Entidades Financeiras, que, em seu artigo 31¹⁷⁹, já indica a necessidade das instituições financeiras em manter reservas de dinheiro que se estabeleçam com relação a depósitos. Em seu capítulo III, no artigo 34, a lei traz a possibilidade da instituição que descumprir disposições legais justificar-se apresentando um plano de regularização e saneamento, nos prazos e condições que o Banco Central da República Argentina estabelecer, possibilitando, portanto, uma espécie de reorganização voluntária, quando ocorrer hipóteses de: a) insolvência ou iliquidez, a juízo do Banco Central, em situação eminente; b) verificação de deficiências de capital mínimo durante os períodos estabelecidos; c) reiterados registros de descumprimentos aos distintos limites ou das relações técnicas estabelecidas e; d) comprovação da responsabilidade patrimonial mínima exigida para sua classe.

¹⁷⁹ Art. 31- Reservas de efectivo*. Las entidades deberán mantener las reservas de efectivo que se establezcan con relación a depósitos, en moneda nacional o extranjera, y a otras obligaciones y pasivos financieros.

Por sua vez, o artigo 35 do mesmo diploma dispõe que poderá o Banco Central da República Argentina, por voto da maioria absoluta de sua Diretoria, autorizar medidas de reestruturação ou até a revogação de sua autorização, quando a instituição se encontra em qualquer das situações previstas pelo artigo 44¹⁸⁰. Vale notar que cabe recurso da decisão do Banco Central de revogação da autorização (com efeito devolutivo) no prazo de 15 dias (artigo 47). Assim, uma vez revogada a autorização, procede-se a liquidação judicial, cabendo ao juiz do comércio o procedimento de apuração de ativos e outras questões atinentes ao regime.

No Chile, o tema é tratado pela Lei nº 18.840, de 10 de outubro de 1989 (*Ley Organica Constitucional del Banco Central de Chile*). Como dispõe a lei, o Banco Central do Chile não é o único responsável pela supervisão do sistema financeiro, cabendo esta atribuição também à Superintendência de Bancos e Instituições Financeiras estabelecida pelo Decreto-lei nº 1.097 de 25 de julho de 1975, que atua em sintonia com o Banco Central. De acordo com o decreto, a Superintendência pode realizar intervenções localizadas em instituições financeiras que apresentem problemas de insolvência ou naquelas que tenham apresentado problemas de desrespeito às normas vigentes, se recusando a seguir a boa prática bancária. É possível ainda a nomeação de um supervisor, que poderá suspender qualquer decisão tomada pelo conselho de diretores ou por qualquer representante da instituição.

Apenas em situações excepcionais é possível a liquidação forçada. Nestes casos, o superintendente determina com base nos critérios de insolvência e reiterados descumprimentos de leis bancárias, com a possibilidade de interposição de recurso contra a decisão da liquidação.

No Canadá, existem dois procedimentos de regimes especiais. O primeiro é denominado de *Winding-Up Act*¹⁸¹ e o segundo de *Restructuring Act*. Ambos os regimes são aplicados pelo *Office of the Superintendent of Financial Institutions*, criado a partir do *Office of the Superintendent of Financial Institutions Act*.¹⁸² No primeiro regime, a liquidação é decretada quando a instituição se mostrar insolvente e possuir passivos, ao passo

¹⁸⁰ Art. 44 (1) – Revocación de la entidad financiera. Causales*. El Banco Central de la República Argentina podrá resolver la revocación de la autorización para funcionar de las entidades financieras:

a) A pedido de las autoridades legales o estatutarias de la entidad.

b) En los casos de disolución previstos en el Código de Comercio o en las leyes que rijan su existencia como persona jurídica.

c) Por afectación de la solvencia y/o liquidez de la entidad que, a juicio del Banco Central de la República Argentina, no pudiera resolverse por medio de un plan de regularización y saneamiento.

d) En los demás casos previstos en la presente ley.

¹⁸¹ Disponível em <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/W-11/>. Último acesso em 11.10.17.

¹⁸² Disponível em <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/O-2.7/>. Último acesso em 11.10.17.

que no segundo, a liquidação é aplicada para os casos em que não existem passivos, somente a realização de ativos, podendo ser solicitada por seus diretores ou acionistas. Em ambos os casos, é necessária a aprovação do ministro do Estado. O *Office of the Superintendent of Financial Institutions* é uma autarquia que possui autonomia plena, apesar de todas as decisões serem discutidas com o ministro de Estado e, em se tratando de procedimentos de autorização e liquidação, este possui a última palavra.

O processo de liquidação pode ser extrajudicial, cabendo à Superintendência apurar o ativo e pagar os passivos, e judicial, quando a Superintendência entender que o caso em análise possui um alto nível de conflito entre credores e o Banco do Canadá. Nos dois tipos de liquidação é possível a impugnação do ato.

Nos Estados Unidos, a responsabilidade pela fiscalização bancária é do OCC - *Office of the Comptroller of the Currency*, ligado ao Tesouro Nacional. De acordo com o *Chapter 12 do United States Code*¹⁸³, o OCC possui como responsabilidade o poder de decretar a liquidação de qualquer instituição financeira, aprovar a liquidação voluntária e determinar a venda do passivo das instituições.

Por fim, com base no breve panorama apresentado, é possível concluir que a experiência estrangeira possui como característica a participação do Poder Judiciário na procedimentalização do regime de liquidação, permitindo, portando, um maior controle de legalidade do ato e a observância dos direitos envolvidos, além de uma separação entre medidas de saneamento (que visam à normalização da atividade) e medidas terminativas da instituição — geralmente ligadas a casos de insolvência.

3.5 Poder de polícia: um instrumental a serviço da realização coordenada da democracia e dos direitos fundamentais

Tradicionalmente, o poder de polícia é racionalizado a partir da precedência da sociedade sobre o indivíduo, do público sobre o privado, ou da autodeterminação coletiva sobre a autodeterminação individual.¹⁸⁴ O Banco Central, por sua vez, não adotou entendimento diferente do prevalente em sede doutrinária e jurisprudencial, entendendo que a supremacia do interesse estatal — manifestado através da garantia da proteção da economia

¹⁸³ Disponível em: <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title12/chapter12&edition=prelim>. Último acesso em 11.10.17.

¹⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação; transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 115.

pública —, deve prevalecer em relação aos direitos individuais envolvidos na aplicação do regime, atrelando-se, portanto, à usual concepção coletivista do poder de polícia, costumeiramente aceita de maneira acrítica e apriorística¹⁸⁵.

Em obra sobre o tema, e de modo inverso ao que foi consolidado na doutrina administrativa, GUSTAVO BINENBOJM parte da concepção de que a democracia e direitos fundamentais são elementos cooriginariamente constitutivos e legitimadores do Estado democrático de direito, impactando em uma equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada, “eis que elas se pressupõem mutuamente”.¹⁸⁶ Assim, “democracia e direitos fundamentais estão coimplicados, na medida em que guardam entre si uma relação essencialmente dinâmica e maleável até certo ponto, sem fronteiras previamente determinadas”.¹⁸⁷

Logo, não há de se falar em supremacia geral em favor do Estado, nem sujeição geral em desfavor dos particulares, “mas um plexo dúctil de conformações possíveis entre posições individuais e coletivas, que fazem do poder de polícia um variado instrumental a serviço da realização coordenada da democracia e dos direitos fundamentais”¹⁸⁸. Portanto, a revisão do instituto do poder de polícia merece ser reavaliada sob a luz dos direitos e garantias fundamentais e sob a ótica da constitucionalização do direito administrativo, que possui como marco político-jurídico a promulgação da Constituição de 1988.

Neste sentido, o poder de polícia possui limites impostos pelos direitos fundamentais, não havendo espaço para alegações vazias e abstratas de supremacia de interesses estatais sobre interesses individuais. Sobre o tema, GUSTAVO BINENBOJM aborda um conjunto de situações nas quais os direitos fundamentais exercem uma eficácia bloqueadora ao exercício do poder de polícia, ocasionado em inconstitucionalidade, no caso de intervenção legislativa ou administrativa. Ainda segundo o autor, existem hipóteses típicas em que direitos fundamentais se configuram como barreiras à ação ordenadora do Estado. Para a correta aplicação ao tema tratado, merecem destaque duas situações tratadas pelo administrativista.

A primeira situação ocorre quando o poder de polícia contraria frontal e literalmente o âmbito de proteção de um direito fundamental, em que o direito fundamental assume a feição de uma regra, e a ordenação estatal a viola de forma chapada. É o caso, por exemplo, de medidas ordenadoras que pretendesse instituir um regime de licença prévia para a publicação de veículo impresso de comunicação ou para a manifestação da atividade intelectual, artística

¹⁸⁵ *Ibid*, p. 115.

¹⁸⁶ *Ibid*, p. 116.

¹⁸⁷ *Ibid*, p. 116.

¹⁸⁸ *Ibid*, p. 116.

e de comunicação em geral — por violação ao disposto no artigo 220, § 6º e artigo 5º, inciso IX da Constituição.

Por sua vez, a segunda hipótese ocorre quando a pretensão ordenadora não ultrapassa as máximas inerentes ao dever de proporcionalidade. Como explica o autor, neste caso “a intervenção conformadora do poder de polícia situa-se na área de proteção do direito fundamental, mas com a suposta finalidade de concretizar outro direito fundamental ou um princípio de interesse geral, ambos também assegurados pela Constituição”¹⁸⁹.

Logo, nestas hipóteses a legitimidade do exercício do poder de polícia depende da observância de um juízo de proporcionalidade, em seus três exames sucessivos: a) adequação, consubstanciada na exigência de que a medida restritiva seja apta a promover razoavelmente o direito fundamental ou o objetivo de interesse geral contraposto; b) necessidade, que nas palavras do autor implica na “exigência de que a medida restritiva não possa ser substituída por outra que cumpra a mesma finalidade de forma razoável, mas de maneira menos gravosa ao direito restringido”; e c) proporcionalidade em sentido estrito, que exige uma análise de custo-benefício que seja possível afirmar o grau de importância da promoção do direito fundamental ou do objetivo de interesse geral que está sendo restringido¹⁹⁰.

Destarte, a instrumentalização do poder de polícia só será válida (ainda que presente alguma finalidade constitucional) quando vencidas todas as etapas inerentes ao dever de proporcionalidade, garantindo, portanto, sua eficácia bloqueadora.

Tornou-se muito conhecido no Brasil o posicionamento de GORDILLO, em sentido contrário à presença do poder de polícia no direito administrativo. Para o autor argentino, a coação estatal sobre os indivíduos continua a ser uma realidade no mundo jurídico, não carecendo o Estado de de faculdades para limitar os direitos fundamentais em prol do bem comum, mas, sim que essas faculdades não podem subsumir-se em um conceito comum que possua vigência jurídica autônoma. Assim, a limitação deve basear-se em disposições legais e demais princípios jurídicos e não no poder de polícia.¹⁹¹

No mesmo sentido, JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, pondera sobre o risco de um conceito comum do poder de polícia, em invocar o perigo de uma contaminação semântica acarretado pelo uso do instituto para englobar um conjunto inorgânico de atividades administrativas de limitações, gerando, por sua vez, uma tendência a supor a existência de poderes interventores onde não há, legitimando a criação de poderes implícitos.

¹⁸⁹ *Ibid*, p. 119.

¹⁹⁰ *Ibid*, p. 119.

¹⁹¹ GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II, 3ª ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. 18.

Por este motivo, o autor prefere empregar um nome mais neutro, como atividade de ordenação, oriunda do direito alemão.¹⁹²

Logo, não pode o Banco Central, sob o manto do poder de polícia, esmagar outros direitos constitucionais envolvidos na aplicação do regime de liquidação, posto que, como já analisado, existem outros regimes especiais menos drásticos que podem solucionar a crise enfrentada pela instituição. Cabe, portanto, ao BACEN analisar os elementos do caso concreto, aplicando as etapas do dever de proporcionalidade, observando, em especial, se a aplicação da liquidação extrajudicial não possa ser substituída por outro regime menos drástico — cumprindo a finalidade e restringindo de maneira menos gravosa os direitos envolvidos, sob pena de inconstitucionalidade da medida.

Resta concluir que a alegação abstrata e genérica do dever de polícia para justificar a decretação do regime de liquidação extrajudicial deve sofrer temperamentos, de modo a permitir que a instrumentalização da medida de polícia possa ser fundamentada e razoável diante dos elementos concretos de cada caso. Caso contrário, a medida encontra-se eivada de inconstitucionalidade por contrariar frontalmente direitos fundamentais.

3.6 Raízes autoritárias da Lei nº 6.024/74

Como observa a doutrina, o protagonismo histórico do Poder Público nos arranjos sociais, aliado ao patrimonialismo e à tradição de pensamento nacionalista autoritário brasileiro, marcaram a evolução das instituições brasileiras, desde a sua formação colonial até a redemocratização de década de 1980¹⁹³.

É razoável admitir um certo distanciamento da prática da atuação estatal com a nova ordem constitucional. Permanecem raízes de um autoritarismo, marcado pelo protagonismo do Poder Público, especialmente no que toca a processos administrativos restritivos de direitos. Exemplo disso ocorre com a Lei nº 6.024/74, promulgada durante o regime militar, guardando, portanto, um tom autoritário, que, dentre outros descompassos com a nova ordem constitucional, não prevê um processo administrativo prévio para a decretação do regime de liquidação extrajudicial.

¹⁹² PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Princípios de derecho administrativo*. Vol. 2, 2ª ed., Madrid: Iustel, 2009, p. 261.

¹⁹³ Neste sentido ver: GUEDES, Demian. *Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição e processo administrativo*. Belo Horizonte: Letramento, 2016, p. 109.

DEMIAN GUEDES, tratando sobre a deficiência institucional de instrumentos de aplicação do direito, principalmente pelo resquício autoritário, enumera alguns pontos marcantes ainda muito presentes na realidade brasileira, tais como: (i) desequilíbrio processual; (ii) contraditório limitado; (iii) parcialidades de autoridades julgadoras, com poderes consolidados; (iv) critérios diferenciados de distribuição de ônus da prova ou cargas argumentativas; e (v) aplicação de sanções com base em proibições genéricas e sem fundamento suficiente¹⁹⁴. De tal sorte que, se aplicarmos estas deficiências apontadas pelo autor na Lei nº 6.024/74, veremos uma aplicação quase instantânea de todos os pontos deficientes citados, caracterizando, assim, um descompasso com a realidade constitucional e um forte resquício autoritário.

Assim, analisando o primeiro ponto, o processo administrativo não pode servir como um instrumento com o único objetivo de avaliar formalmente as pretensões do Estado, chancelando suas pretensões. A alegação da existência de um interesse público abstrato e genérico pelo Banco Central do Brasil não pode servir de fundamento para uma posição de vantagem do BACEN para a aplicação do regime de liquidação extrajudicial. É preciso que a relação entre a instituição financeira e o regulador seja horizontalizada através de um processo administrativo, de modo que o BACEN exprima as suas pretensões, sob o crivo do contraditório e ampla defesa do particular.

Portanto, o princípio do interesse público não confere prerrogativas processuais ao BACEN, garantindo uma posição de superioridade. Ao contrário, o interesse público repele qualquer atuação estatal que esteja à margem do direito¹⁹⁵. Do mesmo modo, a supremacia do interesse público não pode servir de fundamento para a aceitação de pretensões estatais sob sua alegação, sem, contudo, existir uma devida horizontalidade da relação, através de um processo e da observância das garantias processuais.

A doutrina tratando sobre a supremacia do interesse público observa que ele apresenta-se, na verdade, como uma ideia anticonstitucional: contrária à preponderância dos direitos fundamentais, à cidadania e à dialética — que é o pressuposto básico de princípios como o contraditório e ampla defesa¹⁹⁶.

A ordem constitucional vigente não pode admitir a existência de um princípio esmagador de outros valores constitucionais, de modo que aceitá-lo seria uma espécie de botão do pânico da Administração Pública, que, ao se sentir desconfortável com qualquer fato

¹⁹⁴ GUEDES, Demian. Op. cit., 2016, p. 110.

¹⁹⁵ Neste sentido ver GUEDES, Demian. Op. cit., 2016, p. 112.

¹⁹⁶ *Ibid*, p. 112.

ou situação, possa pressioná-lo, desequilibrando, portanto, a relação processual e limitando garantias como o contraditório e ampla defesa. Logo, a horizontalidade da relação processual deve ser garantida através do contraditório e ampla defesa, garantindo, assim a paridade de armas entre as partes.

Por sua vez, a paridade de armas não é compatível com a parcialidade de autoridades julgadoras. Como será tratado em tópico específico deste trabalho, esta parcialidade ocorre com o Banco Central, já que ele acumula um papel fiscalizador e decisório para a decretação do regime. Dessa forma, além de não garantir um processo administrativo prévio para a decretação da liquidação, o BACEN impõe o regime e julga os administradores por fatos, suposições e afirmações produzidos por ele próprio.

A constituição tangenciou a questão da parcialidade ao impor a observância do princípio da impessoalidade, disposto no artigo 37, sendo também tratada pelo artigo 2º parágrafo único, III, da Lei nº 9.784/1999, que traz a obrigação de “objetividade no atendimento do interesse público, e pela Lei nº 8.112/1990, em seu artigo 150, que determina que “a comissão [disciplinar] exercerá suas atividades com independência e imparcialidade. Cumpre ressaltar que a preocupação com a necessidade de um exercício objetivo e imparcial de poder pela Administração pública é antiga. Em 1862, Visconde do Uruguai, já afirmava que:

O interesse dos administrados é melhor garantido quando o agente administrativo não é o incumbido de decidir as questões suscitadas pelos seus próprios atos, embora o agente que praticou o ato e aquele que conhece da relação pertençam ambos à ordem administrativa¹⁹⁷.

Portanto, a imparcialidade deve se desvincular da visão clássica de abrangência apenas para a titularidade do poder, alcançando o seu exercício, que deve ocorrer de forma objetiva, como o ideal de bom governo. Logo, o conceito objetivo do poder implica na obrigação de persecução objetiva e transparente do interesse público, tendo como corolários “objetividade, exclusividade, isenção, neutralidade e transparência”¹⁹⁸.

A imparcialidade também significa uma independência, ao menos uma independência possível, na medida em que o processo de decretação do regime de liquidação é gestado e decidido no âmbito do Executivo, representado neste caso pelo BACEN. Neste sentido, observa GUEDES que não basta atribuir ações investigativas e acusatórias para um agente ou

¹⁹⁷ CARVALHO, José Murilo de. Entre a Autoridade e a Liberdade. In: SOUZA, Paulino José de. *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 2002, p. 163.

¹⁹⁸ ZAGO, Livia Maria Armentano K. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 134.

órgão, deixando os poderes decisórios com outro, se entre eles houver relações de subordinação recíproca que minem a independência e a imparcialidade do processo decisório como um todo¹⁹⁹. O mesmo autor adverte ainda que a parcialidade das autoridades julgadoras nem sempre deixa marcas perceptíveis no processo, e, para tanto, traz como exemplo uma decisão do Judiciário do Reino Unido, na qual discutia-se a possível violação à garantia da parte a um tribunal administrativo independente, onde foram feitas as seguintes observações²⁰⁰:

A ausência de independência da autoridade pode contaminar a independência do julgamento no que se refere à fixação dos fatos controvertidos, de tal forma que sequer possa ser adequadamente analisada ou retificada por esta Corte. [...]

Assim, a análise textual dos termos de uma decisão não responde às acusações de parcialidade. Esta corte não poder curar os efeitos, muitas vezes, imperceptíveis da falta de independência de um órgão decisório com uma das partes envolvidas na disputa²⁰¹.

Processos administrativos restritivos de direitos, sancionadores ou não, devem gozar da imparcialidade das autoridades julgadoras, com especial observância do contraditório e ampla defesa. Neste ponto, cumpre ressaltar que a distinção realizada pela jurisprudência, que justifica o entendimento do BACEN de que a decretação do regime de liquidação não é um ato sancionatório, implicando, portanto, em um contraditório postergado, não merece prosperar, posto que a decretação do regime de liquidação impõe medidas restritivas de direitos. Logo, como será analisado neste trabalho, a liquidação extrajudicial impõe uma série de medidas restritivas de direitos, como por exemplo a indisponibilidade dos bens, a restrição à locomoção e a perda do cargo.

Outra herança autoritária que pode levar à não observância de direitos fundamentais, desequilibrando a relação processual pela falta de imparcialidade, é o acúmulo de funções normativas, fiscalizatórias e decisórias, problema este aplicado em certo grau ao caso aqui tratado, já que o BACEN, por disposição legal, acumula todas estas funções. GARY LAWSON, tratando sobre o problema no âmbito de atuação das agências e comissões norte-americanas, observa:

“Considere a ação executiva de uma típica agência federal [...] A Comissão promulga uma norma de direito material. A Comissão então autoriza investigações para averiguar se essas regras da Comissão foram violadas. As investigações são

¹⁹⁹ GUEDES, Demian. Op.cit., 2016, p. 127.

²⁰⁰ GUEDES, Demian. Op.cit., 2016, p. 127

²⁰¹ BIRKINSHAW, Patrick. English Public Law Under European Influence. In: L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen — analyses de droit compare. Jürgen Schwarze (dir.) Bruxelas: Bruylant, 2010, p. 127.

conduzidas pela Comissão que reporta suas conclusões de fato para a Comissão. Se a Comissão entender que as conclusões da Comissão justificam uma ação executiva, a Comissão emite um ato de infração, que será processado pela Comissão e julgado pela Comissão.”²⁰²

O acúmulo das funções normativas, fiscalizatórias e decisórias pelo BACEN merece uma especial atenção, posto que a Lei nº 6.024/74 confere prerrogativas que podem ocasionar em situações de imparcialidade, por exemplo, na possibilidade de a Autarquia julgar o valor e a natureza do seu crédito, nos casos em que os sócios ou credores da liquidanda não concordem com a classificação e pagamentos realizados pelo liquidante (art. 24). Além disso, deve-se levar em consideração que os bancos são obrigados a manter reservas em contas de depósito no BACEN, que em uma eventual situação de insolvência, torna o BACEN credor da instituição.

De outro giro, é possível reconhecer que o atributo da presunção relativa de legalidade, que, como consequência, leva ao reconhecimento parcial de veracidade do ato²⁰³, contribui novamente para um desequilíbrio processual entre o administrado e a Administração, pois implica diretamente no ônus da distribuição de prova. A presunção de legalidade preceitua que o ato praticado se presume legal, produzindo os seus efeitos até o reconhecimento de sua nulidade, que, como consequência, tem-se a presunção de veracidade do mesmo, ou seja, seus pressupostos fáticos são admitidos como verdadeiros, até uma eventual prova em contrário.

Estes pressupostos ganham aceitação de parcela significativa da doutrina, que defende a transferência para o particular do ônus de impugnação do ato administrativo, incumbindo ainda a obrigação de fazer prova da sua invalidade ou inveracidade.²⁰⁴ Apenas uma pequena parcela da literatura entende que a transferência do ônus da prova contra o particular deve sofrer alguns temperamentos de modo a não inviabilizar o exercício de direitos²⁰⁵.

Outro ponto que merece especial atenção é a ausência de publicidade e transparência nos atos estatais. Como observou NORBERTO BOBBIO, “o poder tem uma irresistível

²⁰² LAWSON, Gary. *The rise of the Administrative State*. 107 Harvard Law Review, 1231, 1999, p. 5. Tradução livre.

²⁰³ A subdivisão que leva o reconhecimento de duas presunções em favor do ato administrativo- legitimidade e de veracidade, é reconhecido por DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 164.

²⁰⁴ É o entendimento de: FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao Direito Administrativo*. DASP – Serviço de documentação, 1960, p. 37, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 88, OSÓRIO, Fábio Medina. Op.cit., 2011, p. 360 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2016, p. 165.

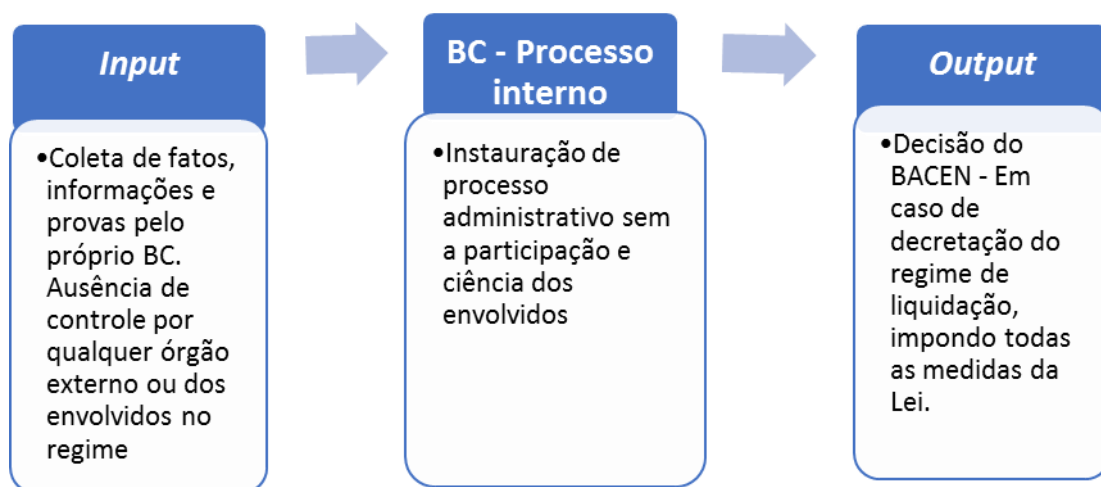
²⁰⁵ É o entendimento de JUSTEN FILHO, Marçal. Op.cit., 2009, p. 303 e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 124.

tendência a esconder-se”²⁰⁶. Em regimes autoritários, ação estatal ocorria sob o manto da invisibilidade, permitindo práticas abusivas e ilegais, além de não possibilitar o controle pelo cidadão. Com a virada para os regimes democráticos, verificou-se a necessidade de controlar esse agir estatal, através de um processo com regras previsíveis e com a transparência necessária para tal. Além do meio pelo qual deve emergir o ato estatal, o processo administrativo deve ser balizado pelos direitos e garantias fundamentais. Neste caso, não basta a existência de um processo para o controle estatal. Necessária se faz a publicidade do mesmo para que esse controle possa ser exercido de forma eficiente.

Assim, em no caso aqui tratado, a Lei nº 6.024/174 peca em dois momentos, pois não permite um meio de controle do ato pelos interessados através de um processo administrativo, e não garante a publicidade necessária sobre o interesse do BACEN na aplicação do regime especial. Vigora o autoritarismo, ou seja, o BACEN, no exercício de sua fiscalização, ao observar eventuais indícios dos pressupostos ensejadores da aplicação dos regimes, inicia um processo interno obscuro, que fica sob o seu manto, de modo que os envolvidos na aplicação do regime só tomam conhecimento da medida quando este órgão decreta qualquer dos regimes, cessando a atividade econômica e impondo severas consequências para os seus administradores.

Ora, o agir do BACEN aqui é livre, posto que não garante a publicidade do interesse deste na aplicação do regime, e não instaura um processo sob o crivo do contraditório para a aplicação do mesmo. Ou seja, o Banco Central controla o *input* e *output* do sistema, não permitindo qualquer tipo de interferência neste processo. Em outras palavras, ele recolhe as informações e fatos que julga necessários para instaurar um processo interno, e se retroalimenta dele — sem o controle de nenhum outro órgão externo, produzindo uma decisão com base em elementos colhidos, produzidos e julgados por ele próprio.

²⁰⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. BOVERO, Michelangelo (org.). Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 387.



O sistema desenhado pela Lei nº 6.024/74 sofreu fortes influências arbitrárias quando criado, posto que nasceu no bojo do regime militar, guardando fortes traços ditatoriais, não permitindo qualquer controle da atividade estatal, ao contrário, encobrindo-a sob o manto do arbítrio do Banco Central. Ocorre que, o comando constitucional atual (art. 37 da Constituição) impõe a publicidade da atividade estatal, com a principal finalidade de conferir total transparência no seu agir. Assim, a publicidade não se exaure com a exteriorização do ato administrativo ao público, após sua hermenêutica realização pela Administração, ela impõe à Administração um agir translúcido durante a preparação da decisão administrativa, na sua exposição final motivada e, posteriormente, durante sua execução.²⁰⁷

Garantir a publicidade do processo administrativo para a aplicação da liquidação extrajudicial é fundamental no Estado democrático de direito, já que permite aos envolvidos controlar não só a legalidade, mas também a conveniência do ato praticado. A processualidade inerente ao processo permite a transparência do agir estatal, permitindo o controle do processo e coibindo eventuais desvios.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, associa o princípio da publicidade ao da transparência, ressaltando sua instrumentalidade para o controle dos atos do Poder Público:

“(…) no Direito Público, e no Direito Administrativo, em particular, o princípio da publicidade assoma como o mais importante princípio instrumental e condição indispensável para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade, e da moralidade da ação do Poder Público, pois será pela transparência de seus atos, ou, como mais

²⁰⁷ GUEDES, Demian. Op.cit., 2016, p. 141.

adequadamente expressado, por sua viabilidade, que se tornará possível constatar a sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica e, em consequência, poderem ser exercidas as várias gormas de controle nela previstos.”²⁰⁸

Nos Estados Unidos, por exemplo, é forte a preocupação com a publicidade e transparência dos atos estatais, não se limitando à mera intimação acerca da instauração de processos ou a publicações de decisões. Tal preocupação é manifestada, no caso das agências, através do conceito de “*revealed procedures*”, ou seja, processos visíveis e compreensíveis, fundamentais para a participação dos cidadãos.²⁰⁹

O Estado de Direito exige um constante diálogo com os cidadãos através da transparência de seus atos. No caso em tela, esse diálogo deve ser retratado através da processualização do agir do Banco Central, que, ao verificar o interesse na aplicação do regime de liquidação, deve instaurar um processo administrativo, possibilitando o controle pelos possíveis envolvidos e interessados. Deve-se, portanto, tornar o agir do BACEN visível, fora da escuridão produzida pela hermenêutica do processo vigente atualmente, que, em certa medida, pode produzir efeitos indesejáveis e repulsáveis sob o ponto de vista legal.

A conclusão para este tópico passa sob a ponderação de DEMIAN GUEDES, que em obra sobre o tema conclui que nem o direito administrativo, nem o Estado Brasileiro foram criados ou moldados para a democracia.²¹⁰

A tese do autor pode ser aplicada na Lei nº 6.024/74, uma vez que a lei é marcada pela permanência de um pensamento autoritário, influenciado pelo protagonismo estatal e a proeminência do Poder Executivo no cenário político institucional, de modo que a Constituição de 1988 não conseguiu romper com essa realidade de forma imediata - apesar da nova orientação centrada em direitos fundamentais. Trata-se de um processo gradual, que vem se acomodando ao cenário atual.

Dessa forma, a Lei nº 6.024/74 é um exemplo de que este quadro autoritário ainda não foi superado por completo, pois permite a adoção de um regime de cunho tão gravoso como o da liquidação extrajudicial, através de um processo decisório hermenêutico, consolidando o protagonismo do Banco Central e neutralizando o contraditório dos envolvidos.

A complexidade da sociedade atual não comporta mais decisões pautadas em processos hermenêuticos, decididos à margem de qualquer controle. “Ficções, presunções e supremacias não conquistam mais corações e mentes: funcionam como “triumfos às avessas”,

²⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 278.

²⁰⁹ AMAN JR., Alfred C. e MAYTON, Willian T. Op. cit., p. 171.

²¹⁰ GUEDES, Demian. Op.cit., 2016, p.159.

minando a autoridade estatal”²¹¹, de modo que a opção pela democracia exige a racionalização de processos estatais, possibilitando a legitimação do ato imposto.

3.7 Pós-modernidade - O processo administrativo como legitimador da pretensão estatal

A partir do século XXI, vive-se a pós modernidade, que, para alguns, é caracterizada como a era da incerteza e da insegurança, consubstanciada através da variação de valores, regras e comportamentos, sendo todo conhecimento relativizado, mantidos como certos apenas até “segunda ordem, sendo impossível dizer se os parâmetros de ontem valerão amanhã.”²¹²

Inovações diárias através de inventos tecnológicos e científicos tornam a realidade complexa e dinâmica, necessitando, portanto, de um processo contínuo de revisão das normas vigentes, que são diariamente desafiadas a darem respostas para situações até então nunca existentes. Esse desafio contemporâneo é ilustrado por PAULO OTERO²¹³ e JACQUES CHEVALLIER²¹⁴, que falam em uma erosão da legalidade ou em uma crise da racionalidade jurídica, que vem sendo substituída gradativamente por um direito pós-moderno, caracterizado pelo declínio dos atributos da generalidade, sistematicidade e estabilidade.

Dentro desse cenário de dinamicidade e complexidade, é natural o surgimento de novas regras, que, por sua vez, se originam em fontes cada vez mais diversificadas, como por exemplo, agências, comissões técnicas, etc., criando, portanto, um ambiente de inflação normativa. JACQUES CHEVALIER tratando do tema destaca:

“ O pluralismo domina a produção do direito. Por um lado, o Estado não aparece mais como a única fonte o direito, a única instância de regulação jurídica: outros produtores de direito e de regulação aparecem, seja em níveis diferentes, seja paralelamente a ele [...]. Por outro lado, o pluralismo conquista o próprio direito estatal, pelo jogo do desenvolvimento no seio do Estado de fontes autônomas de produção do direito.”²¹⁵

²¹¹ *Ibid*, p 161.

²¹² BAUMAN, Zygmunt. *Europa*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006, p. 16.

²¹³ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 893.

²¹⁴ CHEVALIER, Jacques. *Estado pós-moderno*. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 116.

²¹⁵ *Ibid*, p. 144.

Como observado por DEMIAN GUEDES, com estas transformações estruturais, é natural que os fundamentos do direito também mudem, de modo que a norma não se legitima mais pela sua origem estatal ou parlamentar. É preciso retirar legitimação também pelos instrumentos de aplicação das normas aos casos concretos. Assim, mesmo em hipóteses que apenas uma regra seja aplicável, sua incidência dependerá da discricionariedade de ao menos uma autoridade julgadora, “que não hesitará em rejeitar ou sacrificar a aplicação da norma em nome de princípios gerais, explícitos ou implícitos no ordenamento”. Para tanto, com o intuito de controle dessa aplicação discricionária, impõe-se a observância cuidadosa de um processo, como instrumento essencial para conferir previsibilidade, controle e legitimação do poder.²¹⁶

Dessa forma, o processo administrativo, a partir do segundo pós-guerra, deixa de ser visto apenas como um instrumento de atuação da administração pública e passa a ser um instrumento autônomo que visa a proteger e garantir a participação democrática dos cidadãos nas decisões públicas. Neste sentido, como pondera SABINO CASSESE, uma das funções do processo administrativo é a democratização da escolha entre os mais diferentes interesses públicos em jogo, cuja concorrência nem sempre é observada ou equilibrada pela norma.²¹⁷

Portanto, utilizando-se da premissa de CASSESE, a adoção de processo administrativo prévio para a decretação do regime de liquidação extrajudicial permite que o administrador possa expor a sua visão sobre os interesses públicos envolvidos no caso, confrontando-os com o entendimento do particular, e sua concepção sobre os interesses envolvidos, assegurando a participação e o controle do administrado sobre a atuação da Administração, garantido o equilíbrio dos interesses envolvidos.

SERGIO GUERRA, tratando sobre o tema, também pondera que, no estágio em que se encontra o pluralismo social, a intervenção regulatória, em um determinado conjunto social, acaba por refletir em outro seguimento, fazendo com que, em determinadas situações, os benefícios advindos da intervenção para um subsistema sejam irrazoáveis ou desproporcionais aos problemas e desvantagens que acarretarão para outros.²¹⁸ Logo, tendo em vista os diversos interesses abrangidos e a complexidade do cotidiano, a intervenção estatal merece certa flexibilidade para sua correta aplicação, que, no caso aqui tratado, pode ser representada através da garantia do processo administrativo, onde as partes poderão explicitar os seus interesses, de modo a se chegar a uma equalização dos mesmos.

²¹⁶ GUEDES, Demian. Op. cit., 2016, p. 88.

²¹⁷ CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Tradução: Luis Ortega. Madrid: Instituto Nacional de Administracion Publica, 1994, pp. 250-251.

²¹⁸ GUERRA, Sergio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 2005, p. 150.

Assim, a regulação deve ser implementada por meio de uma interpretação prospectiva que deve orientar o agente regulador, ponderando custos e benefícios da ação regulatória, não só à luz dos fatos passados, mas, em especial, voltada para o impacto futuro²¹⁹. Voltando-se ao caso da liquidação extrajudicial, a não aplicação correta do regime pode implicar em impactos para diversos setores da economia.

Entretanto, o Brasil, apesar de testemunhar o aumento da incerteza devido à multiplicação de normas e fontes, aliadas a multiplicações das funções estatais, ainda carece de um processo administrativo à altura das transformações do Estado, de modo que o processo administrativo não acompanhou de forma satisfatória o processo de redemocratização do País e a promulgação da Constituição de 1988 e suas garantias fundamentais, em especial do contraditório e ampla defesa. Por vezes, o processo continua regido por velhos hábitos (normatizados ou não), característicos, em maior ou menor grau, de um regime autoritário de governo e uma visão patrimonialista de Estado.²²⁰

Apesar das críticas, deve-se destacar a edição da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo em âmbito federal, que dispõe de forma clara sobre os princípios da legalidade, finalidade, motivação, ampla defesa, contraditório entre outros, incorporando, assim, direitos e garantias fundamentais. Também merece destaque a legislação infraconstitucional sobre o tema, produzida por unidades da federação com o intuito de conferir efetividade às garantias constitucionais, como no caso dos Estados de Alagoas²²¹, Amazonas²²², Bahia²²³, Goiás²²⁴, Mato Grosso²²⁵, Minas Gerais²²⁶, Pernambuco²²⁷, Rio de Janeiro²²⁸, Rio Grande do Norte²²⁹, São Paulo²³⁰ e Sergipe²³¹.

Fato é que as garantias inerentes ao devido processo legal em âmbito administrativo constituem direitos fundamentais, que devem ser regulados pela legislação infraconstitucional. Assim, na lição de VASCO PEREIRA DA SILVA:

²¹⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 359.

²²⁰ GUEDES, Demian. Op.cit., 2016, p. 159.

²²¹ Lei nº 6.161/2000.

²²² Lei nº 2.794/2003.

²²³ Lei nº 12.209/2001.

²²⁴ Lei nº 13.800/2001.

²²⁵ Lei nº 7.692/2002.

²²⁶ Lei nº 14.184/2002.

²²⁷ Lei nº 11.781/2000.

²²⁸ Lei nº 5.427/2009.

²²⁹ Lei nº 303/2005.

²³⁰ Lei nº 10.177/1998.

²³¹ Lei Complementar nº 33/1996.

(...) os direitos de procedimento surgem, assim como o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana num Estado pós-social de Direito, ou, dito de outra maneira, como uma manifestação desse princípio nas relações jurídicas administrativas.²³²

3.8 Processo Administrativo como garantia fundamental

Em breve cronologia histórica, o “processo administrativo” foi introduzido pela primeira vez na Constituição de 1934, mediante a consagração de um regime processual disciplinador da perda do cargo dos servidores públicos. O tema era tratado no artigo 169, que preceituava que os funcionários públicos só poderiam ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e no qual lhes será assegurada plena defesa.²³³ Por sua vez, a Constituição de 1937 tratou do processo administrativo em dois momentos, ao tratar sobre a demissão de membros do Ministério Público dos Estados e da União (artigo 127)²³⁴ e de funcionários públicos (artigo 189, II)²³⁵, tornando obrigatória a observância do processo administrativo com a garantia da ampla defesa para a constitucionalidade do ato. Já na Constituição de 1967, o processo administrativo foi tratado no artigo 103, II²³⁶, que exigia o processo administrativo com a garantia da ampla defesa para a demissão de funcionário público.

A Constituição de 1988 não rompeu com a tradição de estipular o processo administrativo como um regime processual disciplinador da perda do cargo de funcionários públicos ao tratar do tema em seu artigo 41, § 1º, II²³⁷, prevendo a garantia do processo

²³² SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina Editora, 2003, pp. 430-431.

²³³ Art 169- Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.

²³⁴ Art. 127- Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.

²³⁵ Art 189- Os funcionários públicos perderão o cargo:

(...)

II- quando estáveis, no caso do número anterior, no de se extinguir o cargo ou no de serem demitidos mediante processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa.

²³⁶ Art 103- A demissão somente será aplicada ao funcionário:

(...)

II- estável, na hipótese do número anterior, ou mediante processo administrativo, em que se lhe tenha assegurado ampla defesa.

²³⁷ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público:

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

administrativo disciplinar para a perda do cargo do servidor estável. Entretanto, a Constituição de 1988 inovou, ao dispor, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres individuais e Coletivos), o artigo 5º, LV, que garante aos litigantes e aos acusados em geral, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Neste sentido, como sustenta ROMEU FELIPE BARCELLAR FILHO, o artigo 5º, LV, situou o processo administrativo como garantia constitucional, fixando verdadeira regra geral de conteúdo (contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes) e de previsão de exigibilidade (em face de litigantes ou acusados).²³⁸

Vale notar que a análise isolada do artigo 5º, LV, poderia levar ao entendimento de que o procedimento somente estaria elevado à garantia constitucional quando inserido em processo. Ocorre que o artigo 5º LIV garante o “devido processo legal”, vinculando, portanto, o exercício do poder ao modelo procedimental estabelecido pela Constituição e pela lei. Este é também o entendimento de Odete Medauar, que defende a elação constitucional do processo administrativo ao *status* de garantia constitucional, destinado “a tutelar direitos, porque representa meio para que sejam preservados, reconhecidos ou cumpridos direitos dos indivíduos na atuação administrativa”.²³⁹

Portanto, o processo administrativo, que, mesmo antes da Constituição de 1988, era compreendido como garantia jurídica, passou a ser uma garantia constitucional, gerando duas consequências imediatas: i) fixação de garantias mínimas incidentes diretamente na disciplina do processo; e ii) criação de um controle de constitucionalidade sobre procedimentos administrativos, posto que a Constituição não esgotou o tema.²⁴⁰

Destarte, como observa ROMEU FELIPE BARCELLAR FILHO, “se o processo administrativo impera como garantia constitucional, está confirmada a premissa de investigação da disciplina processual administrativa: partindo da Constituição, a lei deve reconstruir o processo à sua imagem e semelhança”²⁴¹. Logo, a Lei nº 6.024/74 não pode tornar ilusória a concepção de processo consagrada na Constituição ao negar a garantia de um

(...)

II- mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

²³⁸ BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. A distinção entre processo e procedimento administrativo: consequências quanto ao regime jurídico e às garantias do processo disciplinar. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 358.

²³⁹ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 76-77.

²⁴⁰ BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., p. 359.

²⁴¹ *Ibid*, p. 359

processo administrativo prévio para a decretação de regime especial, principalmente o de liquidação extrajudicial, posto que implica em sérias consequências para a sociedade, para o setor regulado e para os envolvidos diretamente no regime.

Dessa forma, o legislador não está livre para tratar das normas do processo administrativo. Este deverá respeitar as garantias mínimas do contraditório, ampla defesa e do processo legal — o que não se observa quando da edição da Lei nº 6.024/74. Além disso, como adverte BARCELLAR FILHO, “processo administrativo não é apenas o que está na lei (lida conforme a Constituição), mas também o que deveria estar e não está, por força de imposição constitucional”²⁴². Este argumento ganha força, já que o artigo 5º, §º 2º da Constituição reconhece ao lado dos direitos fundamentais expressos direitos implícitos que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Assim, como acentua JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, “os direitos e garantias fundamentais apresentam um conteúdo aberto à ampliação e projetado para o futuro. Não há uma tutela ou garantia *numerus calusus* de direitos fundamentais, porque não há um *numerus clausus* dos perigos”²⁴³. No mesmo sentido, JORGE MIRANDA, tratando sobre o tema, observa que “não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais”²⁴⁴.

Logo, não se pode falar em processo sem a presença do contraditório ou ampla defesa. Nas palavras de BARCELLAR FILHO, “estes qualificam o agir estatal no âmbito da processualidade, sintetizando-os enquanto garantia de meios e resultados”²⁴⁵. Na Itália, a literatura sobre o tema deduz a partir do artigo 24, 2º²⁴⁶ da Constituição Italiana, a garantia constitucional do direito ao processo justo, sendo a defesa um direito inviolável em todo o estado e grau de procedimento.²⁴⁷ A doutrina italiana costuma caracterizar o direito ao processo justo quando respeitas algumas premissas mínimas, tais como: i) o direito de ação paralelo ao direito de defesa para iguais chances de sucesso final; ii) a importância do direito à prova e; iii) inadmissibilidade de barreiras processuais que tornem excessivamente dificultoso ou impossível o exercício dos poderes de agir²⁴⁸.

²⁴² *Ibid.*, p. 360.

²⁴³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 672.

²⁴⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998, p. 282-283.

²⁴⁵ BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op.cit.*, p. 361.

²⁴⁶ *La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*

²⁴⁷ Neste sentido ver: BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op.cit.*, p. 361.

²⁴⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo et al. *Lezioni sul processo civile*. Bologna; Il Mulino, 1995, p. 61, *apud* BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 361.

Portanto, a restrição patrimonial, através da decretação da indisponibilidade dos bens dos administradores e a restrição de liberdade de ir e vir, imposta pela Lei nº 6.024/74, com a decretação do regime de liquidação extrajudicial, está em total contradição com a garantia do processo administrativo constitucional, posto que sequer existe um processo prévio, quanto mais a existência do contraditório e ampla defesa.

Neste influxo de ideias, deve-se ressaltar a importância do processo administrativo consubstanciado através do contraditório e ampla defesa, no momento de qualquer imposição, por parte da Administração, de gravame ou sanção que atinja, direta ou indiretamente, o patrimônio dos administrados. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre o tema, acolhendo a tese aqui defendida, como se constata de voto do Ministro Celso de Mello:

É certo que o Estado, em tema de punições de índole disciplinar ou de caráter político-administrativo, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade censória, o postulado da plenitude de defesa, pois cabe enfatizar o reconhecimento da legitimidade ético jurídica de qualquer sanção punitiva imposta pelo Poder Público exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal, consoante adverte autorizado magistério doutrinário.²⁴⁹

Nesta esteira de raciocínio, litigantes e acusados são sujeitos processuais e não meros objetos ou espectadores, receptores passivos da decisão pronta, sem chance de participar.²⁵⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, tratando sobre o tema em processo penal, sustenta que:

“Estática, por outro lado, no que toca a já conhecida posição jurídica do arguido no processo penal inquisitório e que se traduz em se ele visto como mero ‘objeto’ de inquisição, como algo ‘a que é feito’ o processo, mas que nele não participa activamente. A contrastar, uma vez mais, com o papel essencialmente dinâmico que o nosso sistema (sobretudo através dos direitos de contraditoriedade, de audiência e de defesa) confere ao arguido e lhe assegura a posição de ‘sujeito’ co-actuante no processo”.²⁵¹

Em resumo, é possível afirmar que a dedução de uma pretensão pela Administração, em que o provimento seja capaz de atingir a esfera de interesse de outrem — principalmente impondo gravames ou sanções, como no caso da aplicação do regime de liquidação extrajudicial —, exige um processo administrativo com as suas garantias constitucionais inerentes.

²⁴⁹ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24458-DF. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento: 18.02.03. Diário de Justiça da União, 21 fev.2003.

²⁵⁰ FELIPE FILHO, Romeu. Op. cit., p. 263.

²⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Vol. 1, Coimbra: Coimbra Ed., 1974, pp. 254-255.

4 EXTERNALIDADES DECORRENTES DA DECRETAÇÃO DO REGIME SEM UM PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÉVIO NA HIPÓTESE DE VIOLAÇÃO DE NORMAS LEGAIS E ESTATUTÁRIAS

4.1 Assimetria de informação e violação ao contraditório e ampla defesa

Como ponto de partida, deve ser analisada a enorme assimetria de informação presente nas liquidações extrajudiciais, visto que o Banco Central do Brasil, ao verificar uma violação às normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição, inicia a sua coleta de informações, instaurando o processo administrativo para apurar a necessidade ou não da adoção do regime de liquidação.

Durante este processo, o Banco Central recolhe informações sobre os interessados e produz provas, sem qualquer participação dos administradores e sócios²⁵², que sequer conhecem a abertura do processo. Ou seja, a lei, que é de 1974, reforçada pela jurisprudência, não estipulou a possibilidade do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo instaurado para a adoção ou não do regime de liquidação extrajudicial. Logo, a regra que vem sendo adotada é a da instauração do processo administrativo, sem a notificação dos administradores e o devido exercício do contraditório e ampla defesa.

Portanto, os administradores só tomam conhecimento da medida na decretação do regime, ficando sujeitos às medidas punitivas da lei, como a indisponibilidade de bens e a destituição de seus cargos e a necessidade de autorização do Banco Central do Brasil ou do juiz da Falência para ausentar-se do foro da intervenção ou liquidação (artigos 36, 37 e 50 da lei).

Dessa forma, a lei, além de não dar ciência aos interessados sobre a abertura do processo administrativo possibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa no mesmo (apenas após a decretação do regime)²⁵³, estipula, como regra, a indisponibilidade de bens dos administradores²⁵⁴, que permanece até a conclusão do processo, dependendo da

²⁵² Sobre a produção de provas, merece destaque o artigo 32 da lei que estipula que, no curso da liquidação, o liquidante seguro de elementos de prova deverá encaminhá-las ao Ministério Público.

²⁵³ Art. 41. Decretada a intervenção, da liquidação extrajudicial ou a falência de instituição financeira, o Banco Central do Brasil procederá a inquérito, a fim de apurar as causas que levaram a sociedade àquela situação e a responsabilidade de seus administradores e membros do Conselho Fiscal.

²⁵⁴ 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.

avaliação do Banco Central para ser levantada²⁵⁵, a destituição de seus cargos e a necessidade de autorização do Banco Central do Brasil ou do juiz da Falência para ausentar-se do foro da intervenção ou liquidação

Vale destacar que esse entendimento vai na contramão dos artigos 26, 28 e 38 da Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo em âmbito federal. O primeiro obriga a intimação do interessado para a ciência de decisão ou a efetivação de diligências, dispondo em seu parágrafo único que, no prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado. Já o artigo 28, por sua vez, é claro quando dispõe que devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposições de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades. Por fim, o artigo 38 permite ao interessado em fase instrutória e antes da tomada de decisão juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

4.2 Utilização dos pressupostos de urgência da medida como regra. Possíveis problemas

Ponto que merece reflexão é o fato de que podem ocorrer situações nas quais a decretação do regime pela suposta violação de regras legais ou estatutárias não acarreta em prejuízos aos credores e nem à economia e ao mercado financeiro, o que não justificaria a celeridade apontada pela jurisprudência e a consequente necessidade de um “contraditório postergado”.

Dessa maneira, o entendimento que vem prevalecendo na jurisprudência não pode ser utilizado como regra geral, já que podem existir situações nas quais os pressupostos ensejadores do caráter de urgência da medida, como o prejuízo a economia pública e risco aos credores, podem não estar presentes, o que permite, sem maiores problemas, a aplicação do contraditório e ampla defesa durante o processo administrativo e antes da decretação do regime, a depender dos fatos discutidos e analisados durante o processo.

Neste sentido, o artigo 37 estipula que os abrangidos pela indisponibilidade de bens não poderão ausentar-se do foro da liquidação extrajudicial, sem a prévia autorização do Banco Central do Brasil.

²⁵⁵ O STF já se pronunciou sobre o levantamento da indisponibilidade de bens dos administradores, entendendo que a medida só pode ser levantada nos casos de i) encerramento do inquérito instaurado pelo Banco Central do Brasil, de cujas conclusões decorra o reconhecimento de inexistência de prejuízo (art. 44 da Lei nº 6.024/76); ii) inoccorrência de qualquer parcela de responsabilidade dos ex-administradores (art. 49 da Lei nº 6.024/74). V. Petição 1.343-9/DF, Relator Ministro Celso de Mello, à época Presidente do STF, *DJ* 21.08.97.

FREDERICO VIANA RODRIGUES compartilha de posicionamento similar. Para o autor, a discricionariedade do Banco Central deve ser reduzida ao exame do compromisso econômico-financeiro da instituição, “*devendo-se afastar a liquidações em situações em que o comprometimento não importa risco de grave crise (...)*”²⁵⁶. O Superior Tribunal de Justiça compartilhou desse entendimento ao sustar o processo de liquidação extrajudicial no caso de empresas solventes e quando não existentes riscos à ordem e economia pública.²⁵⁷

A questão aqui proposta pode ser representada através do seguinte exemplo: imaginemos uma instituição financeira que sofreu uma liquidação extrajudicial por supostas violações a normas legais e estatutárias. Após a decretação do regime, o BACEN instaurou o inquérito previsto no artigo 41 da lei para apurar eventuais responsabilidades dos administradores. Ao término do inquérito, constatou-se a não violação de normas legais e estatutárias que levaram à decretação do regime, além do fato da empresa possuir à época da decretação uma liquidez acima do satisfatório pelo Banco Central, não representando qualquer risco à economia pública e a credores. Diante disso, a pergunta que se coloca é: se existisse um processo administrativo prévio para discutir a violação às normas, este erro teria ocorrido? Vale lembrar ainda que, no caso de uma empresa com uma boa saúde financeira, a decretação do regime implica na cessação da sua atividade e a imposição de altos custos, como, por exemplo, o salário do liquidante, custos processuais, etc, fato que pode tornar uma instituição financeiramente saudável à época da liquidação em uma situação falimentar com o decorrer do processo.

Por fim, a aplicação da indisponibilidade de bens deve ser também analisada à luz dos elementos do caso concreto para a sua devida aplicação, pois, como exposto, podem existir situações onde esta se mostrará desproporcional pela ausência de risco aos credores e à economia pública. Essa lógica foi positivada no artigo 45 da Lei nº 9784/99, que estipula como requisito para a adoção de medidas acauteladoras durante o processo administrativo a existência de um risco iminente.²⁵⁸

Portanto, a regra geral aplicada pelo Banco Central é a da existência de uma urgência presumida, ou seja, o BACEN, sem analisar as peculiaridades do caso concreto, inverte as regras constantes da Lei nº 9.784/99, possibilitando que o “processo” se inicie pelo fim, manifestado através da decretação da liquidação extrajudicial.

²⁵⁶ RODRIGUES, Frederico Viana. Op. cit., p. 113.

²⁵⁷ AgRg na Pet nº 919/RJ. 1998/0002049-7, Corte Especial, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 17.03.99, DJ 16.11.99.

²⁵⁸ Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

Assim, a análise pelo Banco Central deve ser feita de forma casuística, levando em consideração os elementos de cada caso concreto.

4.3 Consequências da decretação do regime da liquidação extrajudicial para os sócios e administradores

4.3.1 Indisponibilidade, responsabilidade dos administradores e perda do mandato

Inicialmente, a Lei nº 6.024/74 previa como consequência imediata da decretação do regime de intervenção e liquidação extrajudicial a indisponibilidade dos administradores da instituição nos últimos doze meses²⁵⁹. Reconhecia-se o caráter cautelar da medida, destinada a prevenir eventual responsabilidade dos mesmos apuradas no inquérito instaurado pelo Banco Central após a decretação do regime.

Esta situação mudou com a Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, que estendeu aos controladores a responsabilidade solidária por eventuais prejuízos eventualmente apurados.²⁶⁰ Portanto, a indisponibilidade estende-se aos bens dos administradores e dos controladores da instituição financeira. Quanto à responsabilidade dos administradores, o artigo 39 da Lei nº 6.024/74 determina que os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras devem responder, a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido. Por sua vez, o artigo 40 da lei institui a responsabilidade solidária entre os administradores pelas obrigações assumidas durante a sua gestão²⁶¹.

Ainda sobre o tema, existem autores que entendem que a responsabilidade tratada no artigo 39 é subjetiva, em que existe a necessidade de comprovação de culpa ou dolo, dano, violação de direito de terceiro e nexo de causalidade entre conduta e

²⁵⁹ 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.

²⁶⁰ Art. 1º A responsabilidade solidária dos controladores de instituições financeiras estabelecida no art. 15 do Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, aplica-se, também, aos regimes de intervenção e liquidação extrajudicial de que trata a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974.

²⁶¹ Vale ressaltar que este entendimento não é pacífico na doutrina, em sentido inverso, ver: DE LUCCA, Newton. A responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 67, jul-set.1987.

dano.²⁶² No caso do artigo 40, a literatura entende que a responsabilidade não seria do ato praticado, mas sim das obrigações da instituição financeira, concluindo, portanto, para um regime de responsabilidade objetiva, ou seja, desvinculado da necessidade de prova de culpa ou dolo dos sujeitos passivos.²⁶³ Sob este aspecto, apesar de existirem julgados reconhecendo o caráter objetivo da responsabilidade, no caso do artigo 40²⁶⁴, o último posicionamento do STJ sobre o tema, afirma o caráter subjetivo, porém com presunção de culpa dos administradores pelos atos praticados durante sua gestão, havendo, portanto, a inversão do ônus da prova, passando a ser dos administradores.²⁶⁵

Interessante destacar que a indisponibilidade impede a alienação ou oneração dos bens por iniciativa do próprio administrador, mas não a penhora por interesse e a requerimento dos credores.²⁶⁶ No mesmo sentido, os bens dos administradores que tenham sido arrestados a requerimento do Ministério Público podem ser alienados judicialmente para o pagamento de seus credores.²⁶⁷

Por fim, sobre a indisponibilidade, a doutrina vem questionando o real efeito prático do instituto em função da desenvoltura de mecanismos de ocultação do patrimônio que exigem medidas mais efetivas para garantir o patrimônio dos envolvidos. Ressalta-se o efeito psicológico da medida, já que, na maioria das vezes, é raro que o patrimônio da pessoa física possa responder com o equivalente econômico para com a sociedade, além do fato da indisponibilidade com o fito de resguardar interesses em futuras ações de responsabilidade ser inócua²⁶⁸.

Já concluindo, a lei ainda estipula a perda do mandato dos administradores e membros do Conselho Fiscal (artigo 50).

²⁶² SALOMÃO, Eduardo. Op.cit., 2011, pp. 560-561.

²⁶³ VERÇOSA, Haroldo M. D A responsabilidade civil especial nas instituições financeiras insolventes. In: SADDI, Jairo (Org.) Intervenção e liquidação extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional: 25 anos da Lei n. 6.024/74. São Paulo: Textonovo, 1999, p.155.

²⁶⁴ Sobre o tema ver: REsp. n° 21245/SP, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 04.10.94; REsp. n° 171748/RO, Rel. Min. Peçanha Martins, j. 06.05.04, REsp. n° 172736/RO, Rel. Min. Peçanha Martins, j. 10.06.03.

²⁶⁵ REsp. n° 447939/SP, Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 04.10.07.

²⁶⁶ Neste sentido ver: REsp. n° 113039/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 06.12.99, DJ 28.02.00.

²⁶⁷ REsp. n° 200183/SP, julgado em 18/05/1999, DJ 18.05.99, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

²⁶⁸ PAULIN, Luiz Alfredo. Algumas propostas de mudança para a Lei 6.024. In: SADDI, Jairo (Org.). Op.cit., p. 310.

4.3.2 Necessidade de autorização do Banco Central do Brasil ou do juiz da Falência para ausentar-se do foro da intervenção ou liquidação.

A Lei nº 6.024/74, em seu artigo 37, dispõe que os administradores não poderão ausentar-se do foro, da intervenção, da liquidação extrajudicial ou da falência sem prévia e expressa autorização do Banco Central do Brasil ou no juiz da falência.

Em uma primeira análise, é possível suscitar dúvida no tocante à violação da livre locomoção, prevista no artigo 5º inciso XV da Constituição.²⁶⁹ Entretanto, a jurisprudência já se pronunciou no sentido da possibilidade da medida²⁷⁰. A doutrina também compartilha da necessidade de autorização prévia expressa do BACEN ou do juiz da falência para os sujeitos envolvidos no regime, em decorrência da necessidade de prestar informações no inquérito destinado a apurar as suas responsabilidades.²⁷¹ Contudo, mediante justificativa cabal, a autoridade competente deverá consentir no deslocamento pleiteado, desde que não prejudique o andamento do inquérito, da mesma forma que, em caso de uma viagem urgente e por motivos relevantes, a explicação a posteriori sanará a falta de autorização.

Portanto, para a doutrina, a medida da restrição à locomoção é fundamentada com base nos elementos de segurança e certeza no retorno, e na solvabilidade patrimonial, com vistas à cobertura dos prejuízos advindos²⁷². Também é comum fazer correlações com o artigo 104, inciso II da Lei nº 11.101/2005, de 09 de fevereiro de 2005²⁷³, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, impondo ao falido o dever de não se ausentar do lugar onde se processa a falência sem motivo justo e comunicação expressa ao juiz, descartando assim argumentos sobre a não receptividade da lei frente à Constituição, já que a lei é de 2015.

Ocorre que, mais uma vez, essa medida torna-se injustificada, já que, como já analisado, o regime pode ser decretado com base em supostas violações a normas legais ou estatutárias, sem, contudo, existir diante do caso concreto qualquer insolvência patrimonial, podendo, perfeitamente, os envolvidos no regime prestarem informações em datas previamente agendadas.

²⁶⁹ XV- é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

²⁷⁰ REsp. nº 475044/SP, Rel. Min. José Delgado, j. 17.12.02, DJ 24.03.03.

²⁷¹ ABRÃO, Nelson, *Direito bancário*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p. 315.

²⁷² *Ibid*, p. 315.

²⁷³ Art. 104. A decretação da falência impõe ao falido os seguintes deveres: (...) III– não se ausentar do lugar onde se processa a falência sem motivo justo e comunicação expressa ao juiz, e sem deixar procurador bastante, sob as penas cominadas na lei.

4.3.3 O inquérito administrativo

O artigo 41 da Lei nº 6.024/74 estipula que, decretada a intervenção, a liquidação extrajudicial ou a falência de instituição financeira, o Banco Central do Brasil procederá a inquérito, a fim de apurar as causas que levaram a sociedade àquela situação e a responsabilidade de seus administradores e membros do Conselho Fiscal.

Como já exposto, a jurisprudência, com base neste artigo, consolidou entendimento no sentido da existência de um contraditório postergado, ou seja, após a decretação do regime especial, que se procederá a instauração do inquérito para apurar as causas que levaram a adoção do regime e a responsabilidade dos administradores membros do Conselho Fiscal. Assim, o § 2º do artigo 41, além de estabelecer que o inquérito será instaurado imediatamente à decretação da intervenção ou liquidação, estipula o prazo de 120 dias, prorrogáveis por igual prazo, para a conclusão do inquérito.

No inquérito, o BACEN poderá: (i) examinar, quando e quantas vezes julgar necessário, a contabilidade, os arquivos, os documentos, os valores e mais elementos das instituições; (ii) tomar depoimentos solicitando para isso, se necessário, o auxílio da polícia; (iii) solicitar informações a qualquer autoridade ou repartição pública, ao juiz da falência, ao órgão do Ministério Público, ao síndico, ao liquidante ou ao interventor; (iv) examinar, por pessoa que designar, os autos da falência e obter, mediante solicitação escrita, cópias ou certidões de peças desses autos e; (v) examinar a contabilidade e os arquivos de terceiros com os quais a instituição financeira tiver negociado e no que entender com esses negócios, bem como a contabilidade e os arquivos dos ex-administradores, se comerciantes ou industriais sob firma individual, e as respectivas contas junto a outras instituições financeiras.²⁷⁴

O contraditório, por sua vez, é garantido pelo § 3º da lei que assegura aos ex-administradores o direito de acompanhar o inquérito, oferecer documentos e indicar diligências. Concluída a apuração, os ex-administradores serão convidados por carta a apresentar, por escrito, suas alegações e explicações dentro de cinco dias comuns.²⁷⁵

Ponto que merece especial atenção diz respeito ao preceito contido no artigo 43 da lei que dispõe que, após a apuração e transcorrido o prazo de cinco dias para as alegações, o inquérito será encerrado com um relatório, com ou sem defesa, do qual constarão, em síntese, a situação da entidade examinada, as causas de queda, o nome, a quantificação e a relação dos bens particulares dos que, nos últimos cinco anos, geriram a sociedade, bem como o montante

²⁷⁴ Art. 41, § 4º da Lei nº 6.024/74.

²⁷⁵ Art. 42 da Lei nº 6.024/74.

ou a estimativa dos prejuízos apurados em cada gestão. Ora, a jurisprudência e parcela da literatura defendem a existência de um contraditório postergado em virtude da celeridade da aplicação do regime para evitar danos à economia. No entanto, esquecem-se de que a Lei nº 6.024 estipula claramente a possibilidade de conclusão de inquérito, sem a apresentação de defesa, em descompasso com a ampla defesa e o contraditório.

Outro descompasso da lei que fere diretamente o contraditório e ampla defesa é o prazo de cinco dias para os ex-administradores apresentarem, por escrito, suas alegações e explicações quando concluída a apuração do inquérito. O desequilíbrio neste caso é gritante, já que a lei prevê o prazo de 120 (cento e vinte dias), prorrogáveis, se necessário, por igual prazo para o término do inquérito, deixando apenas o prazo de 5 (cinco) dias para os ex-administradores apresentarem suas alegações e explicações.

Ao tratar sobre a conclusão do inquérito, a Lei nº 6.024/74 estabeleceu dois caminhos possíveis a depender da existência ou inexistência de prejuízos. Assim, se o inquérito concluir pela inexistência de prejuízo, será, no caso de intervenção e de liquidação extrajudicial, arquivado no próprio Banco Central do Brasil, ou, no caso de falência, será remetido ao competente juiz, que o mandará apensar aos respectivos autos²⁷⁶. Nesta hipótese, o Banco Central do Brasil ou o juiz da falência, de ofício ou a requerimento de qualquer interessado, determinará o levantamento da indisponibilidade²⁷⁷.

Por sua vez, concluindo o inquérito pela existência de prejuízos, será ele, com o respectivo relatório, remetido pelo Banco Central do Brasil ao Juiz da falência, ou ao que for competente para decretá-la, o qual o fará com vista ao órgão do Ministério Público, que, em oito dias, sob pena de responsabilidade, requererá o sequestro dos bens dos ex-administradores.²⁷⁸

O artigo 32 ainda estipula que apurados, no curso da liquidação extrajudicial, seguros elementos de prova, mesmo indiciária, da prática de contravenções penais ou de crimes por parte dos antigos administradores e membros do Conselho Fiscal, deverá o liquidante encaminhar ao Ministério Público, para que este promova a ação penal. Este ponto merece uma ressalva, já que por mais que o inquérito previsto na lei não possua a finalidade de apurar a responsabilidade criminal dos envolvidos, ele pode gerar uma ação penal com base em provas que não passaram pelo crivo do contraditório e ampla defesa, sem contar toda a discussão envolvida em torno de provas ilícitas ou emprestadas.

²⁷⁶ Art. 44 da Lei nº 6.404/74.

²⁷⁷ Parágrafo único do art. 44 da Lei nº 6.404/74.

²⁷⁸ Art. 45 da Lei nº 6.404/74.

A Medida Provisória nº 784, de 07 de junho de 2017, apesar de ter perdido a sua vigência, complementava o tema, estipulando que, apurada a responsabilidade dos administradores e membros do Conselho Fiscal, e incorrendo estes nas infrações dispostas no artigo 3º da medida provisória, poderia o Banco Central do Brasil instaurar processo administrativo sancionador, com todas as garantias inerentes ao devido processo legal, em especial a do contraditório e ampla defesa, para aplicação das infrações dispostas nos artigos 3º e 4º. Por fim, a medida provisória em seu artigo 5º estipulava as penalidades de admoestação pública, multa, proibição de praticar determinadas atividades ou prestar determinados serviços e inabilitação para atuar como administrador e para exercer cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social de instituição financeira.

A Medida Provisória nº 784 inovou ao trazer (ainda que de modo temporário) o termo de compromisso para o âmbito do processo administrativo sancionador no escopo de atuação do BACEN e da CVM, onde estes poderiam, em juízo de conveniência e oportunidade com vistas a atender o interesse público, deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada de decisão de primeira instância, o processo administrativo destinado a apurar supostas infrações, na hipótese do investigado assinar termo de compromisso, no qual se obrigue a: i) cessar a prática sobre investigação ou seus efeitos lesivos; (ii) corrigir as irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos quando for o caso e; (iii) cumprir as demais condições que forem acordadas no caso concreto²⁷⁹.

Por fim, outra inovação trazida pela Medida Provisória foi a possibilidade de acordos de leniência com pessoas físicas e jurídicas que confessarem a prática de infração às normas legais ou regulamentares, com extinção da ação punitiva ou redução de um terço a dois terços da penalidade aplicável, mediante efetiva, plena e permanente colaboração para a apuração dos fatos, da qual resulte utilidade para o processo, com especial atenção para: i) identificação dos demais envolvidos na prática da infração e; ii) obtenção de informações e de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.²⁸⁰ Como será analisado no item 6.4, recentemente, foi aprovada a Lei nº 13.506/2017, que dispõe sobre o processo administrativo sancionador no âmbito do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que incorporou a possibilidade do acordo administrativo e termo de compromisso.

²⁷⁹ Art. 12 da Medida Provisória 784, de 07 de junho de 2017.

²⁸⁰ Art. 30 da Medida Provisória 784, de 07 de junho de 2017.

4.4 Imparcialidade do Banco Central do Brasil - BACEN como juiz universal

Como já exposto, a concepção de uma liquidação bancária ser processada extrajudicialmente foi fundamentada em dois pilares: (i) celeridade do processo, e (ii) capacidade técnica do órgão regulador do setor — vale lembrar que esta concepção foi também acolhida pelos nossos tribunais.²⁸¹

A consequência prática do regime ser processado fora do Poder Judiciário é o afastamento de várias questões de apreciação deste poder na decretação do regime, em especial a garantia e observância dos direitos e garantias fundamentais. Neste sentido, a literatura reconhece o aspecto autoritário da liquidação extrajudicial, exercendo esta uma função judicante.²⁸² SADDI, tratando sobre o tema, observa o caráter autoritário da liquidação extrajudicial, posto que foi editada em “período da história brasileira em que vigorava o arbítrio, forcejando os então burocratas do poder a excluir da apreciação do Judiciário questões das mais variadas”, e conclui que o Banco Central vê-se investido das atribuições de juiz, executor e elaborador dos destinos de qualquer instituição financeira.²⁸³

No entanto, como já apresentado, a experiência brasileira demonstrou que “as liquidações de bancos no Brasil arrastam-se durante anos, consumindo bilhões de reais, envolvendo suspeitas de desvio de recursos e favorecimentos”.²⁸⁴ Essa ineficiência na condução do processo de liquidação pelo Banco Central vem ganhando contornos negativos na opinião pública, gerando denúncias contra diretores, liquidantes e funcionários do Banco Central. É o caso, por exemplo, dos bancos Vetor e Open, que, por sua vez, geraram uma matéria jornalística na revista *IstoÉ*, cujo trecho merece transcrição.

A denúncia expôs um dos grandes nós do sistema financeiro, que são as liquidações extrajudiciais. Depois de perderem sua autonomia e passarem para o controle do BC, as instituições ficam sob comando de funcionários do banco, que as assumem com poderes quase imperiais. O sistema é arcaico, não tem transparência e é de difícil fiscalização, afirma o procurador da república Arthur Gueiros, que encaminhou a denúncia à PF. Os liquidantes agem de forma arbitrária, como se fossem senhores

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 90.135-3, rel. Leito de Abreu, 17.03.81, DOU, 22.04.81, p. 3.485, e Revista Trimestral de Jurisprudência, Vol. 97, p. 709; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 40.712-RS, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 26.06.96, p. 29.686; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 59096952, rel. Des. Araken de Assis, 26.11.92, *Jurisprudência do TJRS*, 1993.

²⁸² SADDI, Jairo. Algumas propostas de mudança para a Lei nº 6.024. In: *Intervenção e liquidação extrajudicial no sistema financeiro nacional. 25 anos da Lei n. 6.024/74*. São Paulo: Texto Novo/UNICID, 1999, pp. 291-319.

²⁸³ *Ibid*, p. 293.

²⁸⁴ CAPARELLI, Estela; SOUZA, Leonardo. “Liquidação de banco se arrasta e falha, diz BC”. *Folha de S. Paulo*, 17.06.01, Dinheiro, p. 6.

feudais. Falta um controle externo ao próprio BC e isso dá margem a irregularidades.²⁸⁵

A ineficiência da gestão do regime é tamanha que, ao se confrontar o dispêndio mensal da falência do Banco Progresso S/A com a Liquidação Extrajudicial que a precedeu, chega-se aos assustadores valores de R\$ 100.000,00 da falência e R\$ 600.000,00 da liquidação²⁸⁶.

Dessa forma, é possível concluir pela existência de uma posição privilegiada do Banco Central do Brasil na decretação do regime de liquidação extrajudicial. Essa afirmação é reforçada pela atuação da Autarquia em reorganizar o ativo e passivo da liquidanda, além de ser este quem decreta o regime.

Essa posição de superioridade pode permitir arbitrariedades por parte do Banco Central, já que este é quem decide sobre a classificação, legitimidade e valor dos créditos declarados, competindo ainda ao Banco Central decidir sobre eventuais recursos (artigos 23 e 24 da Lei nº 6.024/74)²⁸⁷. Portanto, a superioridade em relação aos demais interessados retira do Banco Central a isenção própria dos órgãos judicantes.

Em observância à legislação do setor, os bancos são obrigados a manter reservas em contas de depósito no Banco Central, mais conhecidas como reservas bancárias, que garantem a liquidez do banco em face de sua capacidade multiplicadora da moeda. Assim, os saques realizados acarretam débitos na sua conta de reservas. Logo, se os saques não forem equilibrados por depósitos, os bancos perdem parte de suas reservas, de modo que, caso o banco não consiga compensar essas perdas no mercado interbancário, este recorre ao redesconto do Banco Central, que atua como prestamista de última instância em favor de sua liquidez.²⁸⁸

²⁸⁵ MELO, Liana; ALVES FILHO, Francisco. “A máfia das liquidações”. IstoÉ, São Paulo, nº 1632, pp. 36-38, 10 de jan.2001. No mesmo sentido, vale destacar outras acusações que variam desde a criação, por diretores e funcionários do Banco Central, de empresas encarregadas de prestar serviços a bancos em regime de Liquidação extrajudicial, até a contratação de assessores, que por vezes, são ex-funcionários do BACEN que fixam honorários astronômicos em diversas liquidações.

²⁸⁶ GRAMACHO, Wladimir. “Liquidante some com R\$ 32 mil do Progresso”. *Folha de S. Paulo*, 24 de jun.2001, Dinheiro, p. 6.

²⁸⁷ Art. 23. O liquidante juntará a cada declaração a informação completa a respeito do resultado das averiguações a que procedeu nos livros, papéis e assentamentos da entidade, relativos ao crédito declarado, bem como sua decisão quanto à legitimidade, valor e classificação. Parágrafo único. O liquidante poderá exigir dos ex-administradores da instituição que prestem informações sobre qualquer dos créditos declarados. Art. 24. Os credores serão notificados, por escrito, da decisão do liquidante, os quais, a contar da data do recebimento da notificação, terão o prazo de dez dias para recorrer, ao Banco Central do Brasil, do ato que lhes pareça desfavorável.

²⁸⁸ RODRIGUES, Frederico Viana. Op. cit., p.140.

Portanto, levando em consideração que a iliquidez bancária é motivo para a decretação do regime da liquidação, e que é constante a decretação do mesmo por este motivo, o Banco Central, nestes casos, figura no processo como um dos principais credores da liquidanda, por “lhe haver acobertado a conta de reservas”.²⁸⁹ Assim, como observa parcela da doutrina, “essa condição poderia garantir ao Banco Central, na falência do banco, a função de síndico, mas nunca de julgador”.²⁹⁰ Entretanto, a Lei nº 6.024/74, em seu artigo 34²⁹¹, equipara o Banco Central a “juiz” no decorrer do processo de liquidação, cabendo a ele julgar o valor e a natureza de seu crédito, nos casos em que os sócios ou credores da liquidanda não concordem com a classificação e pagamentos realizados pelo liquidante²⁹².

O tema da superioridade e imparcialidade foi discutido nos autos dos Embargos à Execução promovidos pela Massa Falida do Banco Progresso S.A junto à 23ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais²⁹³. Discutia-se a natureza e o valor do crédito do Banco Central, quando este tentou executá-lo, quando convertido o regime da liquidação em falência. Como argumento central, sustentou a embargante que a apuração do crédito do Banco Central não foi regular por violar os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório.

A decisão baseou-se no fato de que, “estando sob o paradigma de um Estado Democrático de Direito, não se há admitir imposição unilateral de um título executivo, qualquer que seja, sem a participação efetiva do devedor”, concluindo ainda “que os princípios do interesse público e da segurança jurídica, embora válidos, não devem ser considerados como preponderantes, neste caso, porque significaria negar sua própria existência”.

Ainda sobre a imparcialidade e superioridade do Banco Central do Brasil na condução de regimes especiais, em especial o da liquidação extrajudicial, merece destaque o relatório final da subcomissão temporária da liquidação de instituições financeiras (CAELIF), de autoria do Senador Aelton Freitas, que teve como objetivo acompanhar e analisar a liquidação

²⁸⁹*Ibid*, p.140.

²⁹⁰*Ibid*, p.140.

²⁹¹Art . 34. Aplicam-se a liquidação extrajudicial no que couberem e não colidirem com os preceitos desta lei, as disposições da Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945), equiparando-se ao síndico, o liquidante, ao juiz da falência, o Banco Central do Brasil, sendo competente para conhecer da ação revocatória prevista no artigo 55 daquele Decreto-lei, o juiz a quem caberia processar e julgar a falência da instituição liquidanda.

²⁹² RODRIGUES, Frederico Viana. Op.cit., p.140.

²⁹³ BRASIL. 23ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais. Embargos à Execução nº 200.3800.008208-3, Juiz Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes, 12.07.00.

extrajudicial de instituições financeiras pelo Banco Central do Brasil, que chegou a conclusões interessantes sobre o tema²⁹⁴.

A primeira constatação diz respeito ao elevado número de servidores do Banco Central do Brasil envolvidos na condução do processo de liquidação. Ao fim de 2004, existiam 82 (oitenta e duas) liquidações extrajudiciais em curso, e 28 (vinte e oito) servidores ou ex-servidores do Banco Central na figura de liquidantes, além de 77 (setenta e sete) pessoas oriundas do BACEN trabalhando diretamente nas liquidações.

Por sua vez, a segunda constatação versa sobre a pouca transparência na avaliação dos ativos e passivos, que, aliada à falta de fiscalização dos liquidantes pelo BACEN, dá margem à corrupção.

Logo, as premissas aqui citadas tentam sustentar a imparcialidade do Banco Central na condução do processo da liquidação. É no mínimo conflitante a ideia de que o Banco Central, ao decretar o regime, irá proceder na administração de forma imparcial.

²⁹⁴ Disponível em <http://legis.senado.gov.br/comissoes/comissao?3&codcol=38>. Último acesso em 01.08.17.

5 DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DO REGIME — É PRECISO MOTIVAR

Além de não garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo para a decretação do regime de liquidação extrajudicial, o Banco Central do Brasil adota um posicionamento no sentido da existência de uma discricionariedade para decidir sobre a modalidade e o momento para a decretação de algum regime especial.²⁹⁵

Assim, como já analisado neste trabalho, são três tipos de modalidades de regimes especiais que podem ser impostas a instituições sujeitas à fiscalização:

- i) Regime de administração especial temporário (regulado pelo Decreto-lei nº 2.321, de 1987);
- ii) Intervenção; e
- iii) Liquidação extrajudicial (ambas reguladas pela Lei nº 6.024/74).

Dentro do universo dos três regimes, a liquidação extrajudicial é o que possui as medidas mais drásticas para a empresa, bem como para os seus sócios e administradores, como, por exemplo, a indisponibilidade de bens e a possibilidade de extinção da instituição.²⁹⁶

Como exposto, o Judiciário já se posicionou sobre a discricionariedade do Banco Central, adotando o posicionamento deste último, manifestado no voto vencedor da então Desembargadora Federal Eliana Calmon, no julgamento da Apelação Cível nº 950101491-6 do Distrito Federal.²⁹⁷

O grau de discricionariedade atribuído ao Banco Central do Brasil foi positivado na lei de liquidação extrajudicial, em seu artigo 15, parágrafo primeiro, que dispõe que o Banco Central do Brasil decidirá sobre a gravidade dos fatos determinantes da liquidação extrajudicial, considerando as repercussões destes sobre os interesses dos mercados financeiros e de capitais e poderá, no lugar da liquidação, efetuar a intervenção se julgar esta medida suficiente para a normalização dos negócios da instituição e preservação daqueles interesses.

²⁹⁵ Entendimento exposto pelo Procurador- Geral do Banco Central, Sr. Isaac Siney Menezes Ferreira no Seminário internacional sobre regimes de resolução no sistema financeiro Brasileiro em 06.05.13-Brasília. Apresentação disponível em http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresenta%E7%E3o_Isaac_Sidney_Semin%E1rio_Regimes_Resolu%E7%E3o_06052013.pdf. Último acesso em 19.09.16.

²⁹⁶ Partindo-se da premissa que o Poder Judiciário pode reverter a decretação do regime.

²⁹⁷ Apelação Cível nº 950101491-6/DF – Acórdão publicado em 14.12.95.

A incerteza também aumenta na medida em que a Lei nº 6.024/74 valeu-se de conceitos jurídicos indeterminados, como no caso da alínea “b” do artigo 15, quando utiliza-se da expressão graves violações, e no caso na discricionariedade para a aplicação do regime, em que a mesma deixa a cargo do Banco Central do Brasil que ele defina o que se pode entender por gravidade dos fatos (artigo 15, § 1º).

A imperatividade da aplicação de regimes especiais pelo BACEN, apesar de permitir alguma margem de manobra, pode ser objeto de críticas, já que abre possibilidade para situações em que instituições, que estejam em situações de insolvência, continuem em funcionamento, podendo agravar ainda mais a situação da instituição, aumentando, portanto, o prejuízo para os seus credores. Sobre este ponto, a experiência brasileira é rica em exemplos.

Caso emblemático ocorreu na década de 1980, com o Grupo Coroa Brastel, onde ficou comprovada a existência de documentos preparados pela comissão de sindicância do BACEN que atestavam o conhecimento do Banco Central, desde 1979, da grave situação do grupo, inclusive com um parecer de seus inspetores indicando a existência de “caixa 2”, e a emissão de letras de câmbio em duplicidade²⁹⁸. Entretanto, mesmo diante de tais constatações, o BACEN só decretou a intervenção da instituição e a consequente liquidação em 1983, causando um prejuízo para cerca de 34.000 investidores do grupo, o que gerou para o BACEN uma ação judicial²⁹⁹ sob a acusação de omissão em sua supervisão.³⁰⁰

Já no caso do Banco Econômico, calcula-se que, se o BACEN tivesse agido com maior rapidez, o rombo do banco teria custado menos de R\$ 700 milhões no início de março

²⁹⁸ Sobre o tema, é oportuna a transcrição de uma parte do relatório da sindicância interna realizada pelo BACEN, disponível nos autos do AC 89.01.00426-7/MG, TRF 1.ª Região, fls. 281 e 203. “Em 19.03.80 [...] o então chefe da Refim/RJ, Sr. Devanildo de Oliveira, comunicava ao Defim a gravidade das irregularidades constatadas na Coroa S.A Crédito, Financeiro e Investimento, ao encaminhar o relatório da inspeção realizada naquela financeira. Meses depois, um expediente datado de 28.11.80 e dirigido à Chefia da REFIM/RJ [...] o auditor desta Autarquia, Sr. José Carlos Batista, fazia referência às mesmas irregularidades, assinalando que “o íntimo relacionamento entre as empresas do grupo ignorava os mais elementares princípios administrativo e contábeis, em razão do que firmava a sua convicção de que só uma inspeção integrada poderia alcançar resultados mais consistentes. Relatório de inspeção de 30.06.81 constatou ineficiência de capital de giro para bancar o total de seu financiamento e de sua responsabilidade perante seus investidores em Letras de Câmbio. Descobriu-se, em maio/82, pela fiscalização do Bacen a conta bancária n.º 623-160128, junto à agência 1º de março do Banco Nacional S.A, conhecida pelo codinome “caixa 2”, por não registrada na contabilidade da empresa Coroa S.A – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários [...]”.

²⁹⁹ AC 95.01.26055-0/DF, TRF 1.ª Região, Rel. Juiz Fernando Gonçalves, j. 25.03.96 que condenou o BACEN por sua omissão quanto às irregularidades verificadas. Entretanto, a decisão foi revertida pelo STJ, no REsp 44500/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 28.11.00, que destacou que fiscalizar não significa atuar, e pela inexistência de nexo de causalidade entre a ação ou omissão do Estado e o dano sofrido.

³⁰⁰ PINTO, Gustavo Mathias Alves. Op.cit., p. 138.

de 1994, ou o dobro disso dois meses após. O prolongamento da situação por cinco meses fez com que o rombo se elevasse para cerca de R\$ 3 bilhões no momento da intervenção.³⁰¹

A intervenção ocorrida no Banco Santos, em novembro de 2004, também foi objeto de críticas. Neste caso, a degradação financeira da instituição já vinha sendo noticiada pela mídia desde 2001, com a suspeita de operações de “maquiagem” em suas contas³⁰², além de documentos do próprio BACEN indicando a suspeita de existência de operações consideradas “não usuais” por parte do Banco desde 2002, quando a autoridade monetária enviou técnicos à sede do Banco. Todos esses relatos foram confirmados pelo rebaixamento do *rating* do Banco Santos pela agência Fitch, em dezembro de 2003, em virtude da preocupação com a deterioração de sua carteira de crédito, seguido pelo rebaixamento do *rating* do banco em janeiro de 2004 pela Standard&Poors por razões semelhantes.³⁰³ Assim, utilizando como referência a data de 31 de março de 2004, em que o BACEN apontou que o patrimônio líquido exigido do banco acusava um déficit de R\$ 463,69 milhões, e os 226 dias decorridos entre este apontamento e a consequente intervenção, o déficit na instituição quase dobrou, aumentando consideravelmente os prejuízos para os seus investidores³⁰⁴, não sendo o caso do então presidente do Senado, José Sarney, que um dia antes da intervenção realizou saque de R\$ 2,2 milhões de investimentos junto ao Banco.

Diante desse cenário, algumas questões devem ser levantadas: (i) um processo administrativo capaz de liquidar uma instituição, onde os seus administradores não tomam conhecimento do mesmo e não exercem o direito do contraditório ou ampla defesa, pode contar com este grau de discricionariedade do administrador? (ii) qual o controle exercido? Em outras palavras, não se permite a participação no processo, e cabe ainda ao Banco Central do Brasil analisar o modelo que será adotado?

Neste sentido, é necessária a motivação explícita pelo Banco Central do Brasil dos fatos que o levaram à adoção da liquidação extrajudicial, para que haja um controle do ato administrativo pelos administradores e sócios, de modo que permita eventuais questionamentos perante a esfera administrativa ou judicial.

Portanto, o Banco Central deve fornecer os elementos para a escolha do regime de liquidação extrajudicial, em vez de um regime menos drástico, como, por exemplo, a intervenção ou o R.A.E.T.

³⁰¹ Dados de Ronaldo Brasiense na reportagem que lhe rendeu o prêmio Esso de jornalismo em 1998, ver: ISTO É. A conta do Proer, 29 jul. 1998, p. 108 e ss.

³⁰² FOLHA DE SÃO PAULO. BC via problemas no Banco Santos desde 2001, 26 dez. 2004, p. B3.

³⁰³ FOLHA DE SÃO PAULO. Banco Santos põe em dúvida agências de risco, 28 nov. 2004, p. B17.

³⁰⁴ FOLHA DE SÃO PAULO. BC Via problemas no Banco Santos desde 2001, 26 dez. 2004, p. B3.

Nesse sentido, a literatura estrangeira já trabalha com um cenário de “procedimentalização” do ato regulamentar, fazendo correlações com a produção de efeitos mais eficientes, além de reduzir a discricionariedade do administrador, quando este se vê diante da necessidade de expor os motivos da adoção de uma determinada norma. A título de exemplo, merece destaque o artigo 24 alínea “c” da lei espanhola “ley del gobierno” 50/1997, que dispõe sobre o procedimento de elaboração dos regulamentos, devendo o administrador, na exposição de motivos da norma adotada, fundamentar as razões que levaram à adoção de determinada regra, reduzindo, portanto, de certa forma, a discricionariedade do administrador.³⁰⁵

Sobre o tema, observa JUAREZ FREITAS que “*o dever de tornar público as razões do administrador (para praticar ou deixar de praticar determinado ato)*”³⁰⁶ adquiriu foro amplo também na Itália³⁰⁷, Alemanha³⁰⁸ e Inglaterra³⁰⁹.

Como sustenta TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, a motivação de decisões administrativas é um primeiro critério de deslinde entre a discricionariedade e arbitrariedade, de maneira que o que não é motivado é só por esse fato arbitrário.³¹⁰ Logo, como sustenta CELSO RIBEIRO BASTOS, os motivos servem de suporte para a prática do ato administrativo, sejam eles exigidos por lei, sejam eles alegados facultativamente pelo agente público, de modo que a desconformidade entre os motivos e a realidade acarreta na invalidade do ato.³¹¹

No caso tratado, não basta somente a motivação do ato da decretação extrajudicial. É necessário que o administrador fundamente e justifique o motivo da adoção do regime da

³⁰⁵Artículo 24 Del procedimiento de elaboración de los reglamentos:
(...)

c) Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado.

Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan.

³⁰⁶ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 95.

³⁰⁷ Ver FRAGOLA, Umberto. *Gliattamministrativi*, Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1964, pp. 32-36.

³⁰⁸ Ver MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: C.H Beck'sche Verlag, 1985, pp. 185-186.

³⁰⁹ Ver BARNETT, Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, Londres: Cavendish Publishing, 2004, p. 776.

³¹⁰ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad. Madrid: Civitas, 1991, p. 107.

³¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. *Controle dos motivos do ato administrativo. Temas de direito público: estudos e pareceres*, Vol. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 322.

liquidação extrajudicial e não outro regime especial. A diferença pode parecer sutil, no entanto, é de extrema importância na produção de efeitos para os interessados, pois permite a estes um maior controle do ato, já que terão acesso à fundamentação que levou à adoção de um regime e não outro.

Como leciona SERGIO GUERRA, somente com uma motivação idônea dos atos regulatórios, que intercedam com interesses plurais da sociedade (nos quais se destacam os interesses e garantias fundamentais), poder-se-á legitimar a ação regulatória descentralizada, afastando qualquer sensação de arbítrio e despotismo que a ordem constitucional repele³¹². Por outro lado, desvendar as razões que motivaram a decisão torna o processo de revisão dos atos da entidade regulatória mais fácil, possibilitando ainda um controle judicial transparente sobre a validade do ato em face das normas.

É certo, portanto, afirmar que a sociedade e o agente regulado (neste caso, a instituição financeira) possuem o direito de conhecer as razões técnicas que nortearam o Banco Central a decretar o regime de liquidação extrajudicial, sobretudo por se tratar de um ato discricionário, onde há uma liberdade na aplicação da modalidade do regime. Assim, o Banco Central, ao decretar qualquer regime especial — principalmente o da liquidação extrajudicial, deverá indicar os motivos, de fato e de direito, que o levaram a adotar a decisão, permitindo um controle da sociedade, dos envolvidos, e, sendo o caso, do Poder Judiciário.

Neste sentido, é de crucial importância a aplicação do princípio do *hard look*, posto que este obriga a entidade regulatória a valorizar devidamente os elementos de fato e de direito constantes do caso concreto, sob pena de anulação da norma final pelos Tribunais³¹³.

Sobre o princípio do *hard look*, SÉRGIO VARELLA BRUNA observa que tal princípio deve ser considerado sob dois aspectos: material, compreendendo o exame da razoabilidade do ato, e do ponto de vista processual, com a devida observância das garantias do contraditório, ampla defesa, fundamentação, dentre outros.³¹⁴ De maneira semelhante, sustenta CABRAL DE MONCADA que o *hard look* vem exercendo um papel de relevo na limitação da liberdade discricionária de agentes reguladores, já que impõe a obrigação de decidir de acordo com o que conta do *record*, ou seja, do resultado material produzido, de forma exaustiva e completa, tornados públicos os elementos de fato e de direito³¹⁵.

³¹² GUERRA, Sergio. Op.cit., p. 264.

³¹³ Sobre o tema ver: GUERRA, Sergio. Op.cit., p. 265.

³¹⁴ BRUNA, Sérgio Varella. Procedimentos normativos da administração e desenvolvimento econômico. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 251.

³¹⁵ MONCADA, Luis S. Cabral de. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Editores, 2001, p. 265.

Portanto, conferir certa liberdade ao regulador não significa dizer que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade.³¹⁶ A margem conferida por lei ao BACEN na aplicação do regime não é absoluta, pelo contrário, está limitada por valores constitucionalmente assegurados — neste caso, pela necessidade de motivação do ato com a sua devida publicização, de modo que o regime escolhido possa passar pelo crivo do contraditório dos envolvidos. Destarte, deverá este explicitar todo o material produzido que o levou a tomar aquela decisão, acompanhada dos motivos e fatos de direitos, de modo que a decisão técnica possa gozar de controle e legitimidade, sob pena de anulação, pois daí poderão resultar inúmeros vícios, em especial o do desvio de finalidade.

Dessa forma, como sustenta AUGUSTO GORDILLO³¹⁷, existe um desvio de poder toda vez que um funcionário público atua com uma finalidade distinta da perseguida pela lei. Assim, a opção pelo regime de liquidação, quando, no caso, o regime de intervenção seria suficiente para a normalização dos negócios da instituição, pode estar maculada por vício de finalidade, posto que a medida prevista na Lei nº 6.024/74 autoriza a escolha do regime para a normalização dos negócios da instituição.

Ora, em se tratando de uma instituição que possua situação econômico-financeira saudável e que não represente grandes riscos para o Sistema Financeiro, é possível a adoção (diante de uma avaliação dos elementos do caso) do regime de intervenção ou R.A.E.T. para a normalização das atividades, não havendo espaço para a cessação da atividade econômica da instituição, sob pena de ultrapassar os limites impostos pela Lei nº 6.024/74, configurando, portanto, vício de finalidade — que poderá acarretar ainda na anulação do ato.

Assim, o regime escolhido pelo Banco Central deve ser motivado de forma coerente, de modo a garantir a legitimidade do ato regulatório, a segurança jurídica e o equilíbrio dos interesses pluralistas envolvidos, bem como a observância dos direitos fundamentais.

5.1 Liquidação extrajudicial como medida extrema

Como já exposto, há quem defenda que a discricionariedade da aplicação do regime de liquidação extrajudicial não é ilimitada. Neste sentido, FREDERICO VIANA RODRIGUES observa que a “discricionariedade não é ampla ou irrestrita, especialmente no que se refere à

³¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 53.

³¹⁷ GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. 5ª ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, pp. IX-23-24.

aferição do comprometimento econômico ou financeiro da instituição, pois alguns fatos podem perturbar os negócios da sociedade sem, contudo, imputar-lhes risco de crise”.³¹⁸

Desta forma, partindo da premissa que o Banco Central do Brasil não possui uma discricionariedade ilimitada para a decretação de regimes especiais (principalmente de um regime drástico como a liquidação extrajudicial), alguns autores³¹⁹ defendem que, para justificar a medida e sua consequente legitimidade, devem existir, no caso concreto, sérios comprometimentos econômicos ou financeiros da instituição. No entanto, apesar de compartilhar deste entendimento, o mesmo não é unânime na literatura³²⁰.

LUIZ ALFREDO PAULIN possui um entendimento similar. Para o autor, não é qualquer indisciplina ou comprometimento que autoriza a decretação da liquidação nos casos de graves violações a normas legais ou estatutárias. Assim, entende que a liquidação extrajudicial não possui caráter sancionatório, e, para tanto, não pode substituir o procedimento normal para a apuração de faltas cometidas. Conclui, portanto, que “a ocorrência de situações envolvendo perigo iminente e grave não é suficiente para autorizar a liquidação extrajudicial, salvo se a decretação desse regime venha a ser entendida como ato sancionatório (...)”³²¹. Ainda sobre o tema, PAULIN lembra que:

(...) se coloca à disposição das autoridades, instrumento que, desde logo, permite neutralizar o administrador ou os administradores que estejam a cometer irregularidades, sem que com isto tenha que se intervir ou liquidar instituições financeiras, com, repita-se, resultados funestos para o mercado, poupadores e aplicadores.³²²

O instrumento citado pelo autor é o quase esquecido artigo 9º da Lei nº 9.447³²³, de 14 de março de 1997, o qual autorizava o Banco Central do Brasil, que, tão logo fosse instaurado

³¹⁸ RODRIGUES, Frederico Viana. Op.cit., p. 113.

³¹⁹ Ver RODRIGUES, Frederico Viana. Op.cit., p. 114; e FARIA, Werter. *Liquidação extrajudicial, intervenção e responsabilidade civil dos administradores das instituições financeiras*, Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 15.

³²⁰ Compartilhando de um entendimento diverso, adverte Werter Faria, “o poder discricionário do Banco Central do Brasil na apreciação desse pressuposto é mínimo, pois a liquidação deixaria de satisfazer o interesse público específico se o comprometimento fosse reversível e transitório”.

³²¹ PAULIN, Luiz Alfredo. “Conceito de Intervenção Judicial e Liquidação Extrajudicial. Pressupostos para a sua decretação”. In: SADDI, Jairo (Coord.). Op. cit., p. 144.

³²² *Ibid*, p. 144.

³²³ Dispõe sobre a responsabilidade solidária de controladores de instituições submetidas aos regimes de que tratam a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e o Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; sobre a indisponibilidade de seus bens; sobre a responsabilização das empresas de auditoria contábil ou dos auditores contábeis independentes; sobre privatização de instituições cujas ações sejam desapropriadas, na forma do Decreto-Lei nº 2.321, de 1987, e dá outras providências.

o processo administrativo, possa determinar o afastamento dos indiciados da administração dos negócios da instituição, enquanto perdurarem as suas atividades.³²⁴

Logo, por ser o regime de liquidação extrajudicial uma medida extrema, a decretação do regime deve observar alguns pressupostos mínimos, tais como; i) necessidade de grave comprometimento econômico da instituição, que coloque em risco a economia e credores; ii) necessidade de realização de um juízo prévio para verificar se o mero afastamento dos administradores (nos termos do revogado artigo 9º, inciso I da Lei nº 9.447/13) ou a aplicação de outro regime menos drástico bastaria para neutralizar possíveis riscos à economia e aos credores da instituição.

Interessante destacar que o Chefe do Departamento de Liquidações Extrajudiciais do Banco Central do Brasil, Sr. Clímerio Leite Pereira, no Seminário Internacional de Planejamento da Recuperação e da Resolução Bancária, demonstrou de forma clara o seu entendimento, no sentido da necessidade de grave comprometimento econômico que coloque em risco a estabilidade do setor para a decretação do regime de liquidação.³²⁵

Por fim, o Decreto-lei nº 2.321, de 1987, ao tratar sobre o regime de Administração temporária, em seu artigo 4º³²⁶, estendeu ao R.A.E.T. todas as hipóteses de aplicação do regime de liquidação extrajudicial, ou seja, caso o BACEN enfrente uma situação onde haja uma possível violação a normas legais ou estatutárias, poderá este optar pelo R.A.E.T., não aplicando, portanto, o regime drástico da liquidação extrajudicial. Este fato reduz ainda mais a discricionariedade do Banco Central, posto que limita a decretação do regime de liquidação extrajudicial para hipóteses de graves comprometimentos econômicos ou financeiros da instituição, já que alguns fatos podem perturbar os negócios da sociedade sem, contudo, imputar-lhes risco de crise.

³²⁴ Art. 9º Instaurado processo administrativo contra instituição financeira, seus administradores, membros de seus conselhos, a empresa de auditoria contábil ou o auditor contábil independente, o Banco Central do Brasil, por decisão da diretoria, considerando a gravidade da falta, poderá, cautelarmente:

I- determinar o afastamento dos indiciados da administração dos negócios da instituição, enquanto perdurar a apuração de suas responsabilidades. Este dispositivo foi revogado recentemente pela Medida Provisória nº 784, de 07 de junho de 2017.

³²⁵ Apresentação pelo Sr. Clímerio Leite Pereira, Chefe do Departamento de Liquidações Extrajudiciais do Banco Central do Brasil, no Seminário Internacional de Planejamento da Recuperação e da Resolução Bancária em 16 e 17 de junho de 2016- Brasília. Apresentação disponível em <http://www4.bcb.gov.br/lid/liquidacao/SeminarioRecuperacaoBancaria/2016/3%20-%20Regimes%20de%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20e%20Perspectivas%20para%20os%20Planos%20de%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20-%20Climerio%20Leite.pdf>. Último acesso em 01.08.17.

³²⁶ Art. 4º O Banco Central do Brasil poderá, além das hipóteses previstas no art. 1º do Decreto-lei nº 2.321, de 1987, decretar regime de administração especial temporária, quando caracterizada qualquer das situações previstas no artigo 15 da Lei nº 6.024, de 1974.

6.1 Pensando soluções

Diante do cenário exposto e das considerações feitas à aplicação da Lei nº 6.024/74 pelo Banco Central do Brasil e pelos tribunais nacionais, cabe agora propor um novo modelo condizente com a ordem constitucional vigente.

De maneira geral, o modelo proposto é relativamente simples, o que não implica em mudanças significativas de cunho legal tratando-se apenas de uma nova interpretação e aplicação dos preceitos da Lei nº 6.024/74 com base em uma leitura constitucional (já que a lei em questão é de 1974).

Assim, tratando-se da hipótese em análise, ou seja, no caso da decretação do regime de liquidação extrajudicial por supostas violações a normas legais e estatutárias, proponho o seguinte modelo a ser adotado pelo Banco Central do Brasil:

- i) Notificação dos administradores e possíveis envolvidos em uma suposta violação de normas legais e estatutárias;
- ii) Abertura de um processo administrativo com a participação dos envolvidos (exercendo o contraditório e ampla defesa) para apurar se houve violação às normas. Durante o processo, caso o Banco Central do Brasil verifique a não existência de riscos à economia e a credores, poderá este afastar os administradores da instituição para apurar eventuais responsabilidades (nos termos do revogado artigo 9º da Lei nº 9.447/97), ou, sendo o caso, somente apurar as responsabilidades dos administradores, não devendo decretar o regime de liquidação ou intervenção.
- iii) Caso constate-se no decorrer do processo administrativo possíveis riscos à economia pública e credores será possível a decretação do regime de intervenção ou R.A.E.T. por um período determinado, com a possibilidade de aplicação da indisponibilidade dos bens dos administradores.

- iv) Ao término do processo, caso a instituição apresente sérios comprometimentos econômicos e, caso seja constatada a violação de normas legais e estatutárias, deverá ser aplicado o regime de liquidação extrajudicial, instaurando-se um novo inquérito para a apuração das responsabilidades dos administradores, além da possibilidade da decretação da indisponibilidade dos bens destes e de todas as medidas previstas na lei.

6.2 Projeto de Lei Complementar nº 37, de 13 de maio de 1999 — transferência para o Poder Judiciário para a aplicação do regime

Outra mudança significativa sobre o tema é o Projeto de Lei nº 37 de 1999³²⁷, de autoria do Deputado Geddel Vieira Lima, que possui como objeto a regulamentação do Sistema Financeiro Nacional. Em sua exposição de motivos, o projeto propõe o seguinte:

(...) que os processos de liquidação extrajudicial sejam transferidos do Banco Central do Brasil para o Poder Judiciário, pondo fim ao sistema de extrajudicial de liquidação de empresas com vista a eliminar os enormes percalços e dificuldades até aqui verificados na condução e solução desses processos.³²⁸

Essa tendência de transferência da aplicação do regime para o Judiciário é apontada por alguns autores como uma consequência da fragilidade dos argumentos que sustentavam o regime de liquidação, tais como o da celeridade do regime, mobilidade e especialização, “*entendia-se que, realizados fora do âmbito judicial, os atos liquidatários seriam mais ágeis (...)*”³²⁹, fato que não se mostrou na prática durante todos os quarenta e dois anos de vigência da lei, em que foi possível observar diversos litígios judiciais envolvendo o instituto, o tornando um processo lento e duradouro.

No mesmo sentido, o relatório final da subcomissão temporária da liquidação de instituições financeiras (CAELIF), de autoria do Senador Aelton Freitas, que teve como objetivo acompanhar e analisar a liquidação extrajudicial de instituições financeiras pelo Banco Central do Brasil, sugere que a administração do regime de liquidação extrajudicial

³²⁷ Atualmente o projeto de lei está apensado ao PLP nº 47/1991 que pretende regulamentar o disposto no artigo 192 da Constituição Federal, revogando a Lei nº 4.595, de 1964.

³²⁸ BRASIL. Projeto de Lei Complementar nº 37, 13 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Último acesso em 04.10.16.

³²⁹ RODRIGUES, Frederico Viana. Op.cit., p. 145.

seja realizada pelo Poder Judiciário por meio do rito sumário, cabendo somente ao BACEN a decretação do regime de intervenção e, caso necessário em um segundo momento após a análise das circunstâncias do caso concreto, decretar a liquidação extrajudicial e requisitar a falência.³³⁰

Recentemente, foi divulgado em notícias jornalísticas que o Banco Central chegou a um consenso com outras áreas do governo sobre um novo marco regulatório que altera o processo de resolução do sistema financeiro. Segundo as notícias, o Planalto do Planalto deve encaminhar em breve o texto ao Congresso.³³¹ Ainda de acordo com as notícias, o novo marco permite, em último recurso, a aplicação de recursos do Tesouro Nacional em instituições insolventes — algo até então vedado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, e a criação de um conselho de credores para avaliar as propostas do liquidante, a fim de reduzir questionamentos jurídicos posteriores.

Como indica a matéria jornalística, o novo marco regulatório começou a ser discutido em 2013, fato que ganha força com a realização pelo Banco Central do Seminário Internacional sobre Regimes de Resolução no Sistema Financeiro Brasileiro, realizado nos dias 06 e 07 de maio de 2013 no Edifício Sede do Banco Central em Brasília. Neste sentido, como demonstra a apresentação realizada pelo atual diretor de Administração do Banco Central, Sr. Maurício Costa de Moura³³², a necessidade de um novo marco legal apresenta-se pela dificuldade para a resolução de bancos de importância sistêmica com base na lei 6.024/74, a necessidade de conferir maior celeridade, a garantia de eficiência aos regimes especiais e a demanda do setor para uma legislação mais moderna.

A apresentação também estipulou algumas diretrizes para o novo marco, dentre elas a: i) preservação do interesse público (manifestado através de uma estabilidade financeira); ii) continuidade dos serviços financeiros críticos; iii) uso de recursos públicos somente após esgotadas outras fontes; iv) celeridade na decretação e condução dos regimes; v) zelo no uso dos recursos e; vi) colaboração com outras jurisdições. Interessante destacar que, segundo a apresentação, o novo marco regulatório irá extinguir o regime especial de intervenção, cabendo ao Banco Central a definição do melhor regime para o caso concreto, entre o Regime Especial de Administração e a Liquidação Extrajudicial, ganhando destaque o Regime Especial de Administração por permitir a manutenção das atividades normais da instituição,

³³⁰Disponível em <http://legis.senado.gov.br/comissoes/comissao?5&codcol=38>. Último acesso em 01.08.17.

³³¹ <http://www.valor.com.br/financas/5149228/bc-fecha-projeto-de-lei-sobre-resolucao-bancaria>. Último acesso em 17.10.17.

³³² Disponível em http://www.bcb.gov.br/secre/apres/Mauricio_Costa_de_Moura-Apresentacao_Seminario_%20V3.pdf. Último acesso em 17.10.17.

além de possuir um eficiente conjunto de ferramentas, como, por exemplo, a suspensão temporária das exigibilidades, vedação ao vencimento antecipado de dívidas e absorção de prejuízos e recapitalização compulsórias (*bail-in*) — sendo possível o uso de recursos públicos somente após o *bail-in*. Sobre este ponto, é necessário esclarecer que, como sustenta o Banco Central, a possibilidade de utilização de recursos públicos é remota, ou seja, somente em último caso e sempre após o *bail-in*, devendo ainda ser aplicada somente a instituições sistemicamente importantes, após a autorização prévia do Conselho Monetário Nacional.

Sobre as liquidações, foi exposto que o marco regulatório irá conter regras específicas para consórcios e fundos de investimento, mecanismos para a realização imediata dos ativos e pagamento mais célere aos credores, além do já mencionado conselho de credores que, segundo apresentado, configura-se como uma instância de apoio ao liquidante, compartilhando as decisões deste com os credores, conferindo maior celeridade na condução do regime, pois garantiria uma redução da litigiosidade entre credores e o liquidante.

Ainda de acordo com o Seminário, não devem mudar as regras sobre a reorganização da instituição que permanecerá, mediante autorização do Banco Central, a indicação do administrador ou liquidante pelo Banco Central e os efeitos da medida com a aplicação do regime especial, como o afastamento dos administradores, indisponibilidade de bens, inquérito administrativo, os papéis do Ministério Público e o Poder Judiciário, além da possibilidade de extensão do regime especial para outras entidades (financeiras ou não), que possuam integração de atividade ou vínculo de interesse, a fim de preservar os interesses da poupança popular e a integridade do acervo da entidade.

Por fim, vale observar que as alterações propostas pelo novo marco legal são frutos das recomendações internacionais do *Financial Stability Board* (FSB) para regimes de resolução eficientes, com foco nas entidades que possam acarretar problemas sistêmicos. Trata-se, portanto, do *Key Attributes of Effective Resolution Regimes (Key Attributes)*, que constituem a base para as reformas dos arcabouços legais de resolução, publicados pelo *Financial Stability Board* (FSB), do G20, em novembro de 2011.³³³

6.3 Aplicação de um modelo híbrido para o regime de liquidação

Cuida o presente tópico sobre a possibilidade de adoção de um regime híbrido — com a participação do Banco Central e do Poder Judiciário na aplicação do regime de liquidação

³³³ Disponível em http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_111104cc.pdf. Último acesso em 17.10.17.

extrajudicial na hipótese de violações a normas legais ou estatutárias. Como já apresentado neste trabalho, alguns países vem adotando esta prática, destinando ao Judiciário questões mais complexas, como, por exemplo, direitos dos credores, declaração do estado de insolvência da instituição, dentre outros.

Assim, em contraposição à transferência total do regime de liquidação extrajudicial para o Poder Judiciário (como proposto pelo Projeto de Lei nº 37/1999), o modelo referencial que será proposto permitirá uma ação conjunta entre o Banco Central do Brasil e o Poder Judiciário, ambos com atribuições distintas e fundamentais para a garantia da estabilidade do setor e a garantia dos direitos fundamentais discutidos ao longo deste trabalho.

No modelo proposto, caberá ao Banco Central do Brasil continuar exercendo sua atividade de supervisão e fiscalização das instituições financeiras (em consonância com a Lei nº 4.595/64). Entretanto, esta autarquia, ao detectar indícios de irregularidades de normas legais ou estatutárias pela administração da instituição, poderá adotar as seguintes ações:

- i) Se a instituição sob fiscalização não apresentar sinais de insolvência e o descumprimento das normas não implicar na possibilidade de comprometimento da situação economico-financeira da empresa, poderá o BACEN instaurar processo administrativo, inclusive sancionador — com a devida notificação e aplicação das garantias do contraditório e ampla defesa, para apurar eventuais responsabilidades dos envolvidos e a consequente normalização e observância das normas legais ou estatutárias. Neste caso, a atividade da instituição não será suspensa, podendo, em último caso e a depender dos elementos do caso concreto, ser aplicado ainda o afastamento dos administradores (nos termos do revogado artigo 9º, inciso I da Lei nº 9.447/13);
- ii) Caso a instituição não apresente sinais de insolvência, mas o descumprimento das normas legais e estatutárias possa levar a um comprometimento da situação economico-financeira da instituição, poderá o Banco Central decretar o regime da Administração Temporária Especial (R.A.E.T.), após instauração de um processo administrativo com a observância do contraditório e ampla defesa, sem prejuízo de instauração de outro processo administrativo sancionador para apurar eventuais responsabilidades dos envolvidos e a consequente aplicação das sanções cabíveis. Busca-se, portanto, evitar uma situação de insolvência

gerada através do descumprimento de normas legais, possibilitando também a manutenção das atividades da instituição, preservando o princípio da função social da empresa.

Contudo, quando o Banco Central, no exercício de sua atividade de supervisão e fiscalização, observar indícios de insolvência e descumprimento de normas legais, deverá este, a depender dos elementos do caso concreto, adotar as seguintes diretrizes:

- i) Em caso de baixo comprometimento econômico-financeiro da instituição, deverá o BACEN instaurar processo administrativo e notificar os administradores da instituição financeira sob fiscalização, sobre a observância de estado de insolvência para que estes possam apresentar defesa ou garantias que possam ser aplicadas ao caso em análise;
- ii) Em caso de alto comprometimento econômico-financeiro, poderá o BACEN aplicar o regime R.A.E.T., devendo, ainda, notificar os administradores e encaminhar o pleito de insolvência para o Poder Judiciário, para que este possa declarar o estado de insolvência e, sendo o caso, proceder com a liquidação judicial. Neste caso, os administradores poderão apresentar todos os recursos judiciais cabíveis, inclusive para sustar a decisão do Banco Central sobre o estado de insolvência, como, por exemplo, no caso de uma má avaliação de um ativo feita por este.

A aplicação de um modelo híbrido, com a participação do Banco Central e do Poder Judiciário, permite uma maior eficiência ao controle do Sistema Financeiro Nacional, posto que a supervisão e fiscalização do setor continuará a cargo do Banco Central — órgão técnico, possibilitando, ainda, a garantia da observância de direitos constitucionais (afastada pela Lei nº 6.024/74) com a decretação e procedimentalização do regime pelo Poder Judiciário.

A Lei nº 6.024 avança na noção de liquidação coativa, abraçando em partes a legislação italiana de 1936, adotando uma postura preventiva de ocorrência de prejuízos que sujeitam a risco anormal os credores ou grave violação das normas legais ou estatutárias, esquecendo-se dos direitos constitucionais dos envolvidos. A orientação aqui proposta atende ao processo de redemocratização implementado pela Constituição Federal.

A transição para a decretação do regime de liquidação pelo Poder Judiciário permite alguns avanços. Como primeiro ponto, possibilita uma maior transparência das decisões sobre crises bancárias. Sobre este aspecto, PAULO SALLES DE TOLEDO observa que:

“[a Lei nº 6.024] é uma lei que se ressentia de falta de transparência. As soluções, boas ou más, dadas pelo Banco Central à crise das instituições financeiras, apenas proclamadas, até tem os seus fundamentos. Não se fica conhecendo, ou pelo menos não são revelados ao grande público, ou mesmo aos que atuam nos procedimentos, os motivos que levaram o Banco Central àquelas decisões.”³³⁴

Outro avanço consiste na própria essência da natureza da liquidação, que possui como elementos básicos em seu processo a fixação de valores e a conversão em bens e direitos para satisfação dos credores. Neste sentido, como sustenta JAIRO SADDI, a participação dos credores no processo é absolutamente fundamental para que uma solução seja encontrada. Assim, se uma instituição está insolvente e os credores desunidos, não há outro resultado senão a dilapidação do patrimônio, até pelos encargos da massa liquidanda.³³⁵

Por fim, o modelo proposto também permite um maior controle sobre os atos do liquidante judicial, responsabilizando-o se assim for o caso. Sobre este ponto, merece destaque a constatação feita também por JAIRO SADDI de que, via de regra, liquidantes extrajudiciais são ex-funcionários de carreira do Banco Central que, pela própria natureza do cargo público que ocupam (ou ocuparam), não possuem a experiência necessária para o trato com assuntos privados e mercantis, estando, portanto, os credores mais bem representados por liquidantes judiciais com uma experiência administrativa mais consistente.³³⁶

6.4 Acordo Administrativo e Termo de Compromisso em processo de supervisão do Banco Central na hipótese de violação de normas legais

Recentemente, foi promulgada a Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, prosseguindo com a reestruturação administrativa nos processos de supervisão, fiscalização e punição no Sistema Financeiro Nacional.

³³⁴ TOLEDO, Paulo de. *A reforma da lei de falências e a experiência do Direito estrangeiro*. Revista do Advogado-AASP, nº 36, març. 1992, p. 83.

³³⁵ SADDI, Jairo. Op.cit., p. 298.

³³⁶ *Ibid*, p. 298

A lei introduz a possibilidade de o Banco Central celebrar termo de compromisso, podendo este, em juízo de conveniência e oportunidade, deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que proceda a tomada da decisão de primeira instância, o processo administrativo sancionador destinado à apuração de infração prevista na lei ou nas demais normas legais e regulamentares.

Os critérios exigidos para a celebração do termo de compromisso são: i) cessar a prática sob investigação e seus efeitos lesivos; ii) corrigir as irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos; e iii) cumprir as demais condições que forem acordadas no caso, inclusive o recolhimento de contribuição pecuniária. Ainda segundo a lei, vale destacar que o termo de compromisso não importará na confissão quanto à matéria de fato, nem o reconhecimento da ilicitude da conduta, trazendo, portanto, uma maior segurança jurídica às partes envolvidas. A nova legislação deixa clara a impossibilidade de celebração de termo de compromisso para as infrações graves, bem como a não suspensão do andamento do processo administrativo para os casos de mera apresentação de proposta, dependendo de prévia aprovação por órgão colegiado do Banco Central. Quanto à publicidade do ato, o texto prevê que o termo deverá ser publicado de forma clara e suficiente para compreensão de suas cláusulas, no sítio do Banco Central, no prazo de cinco dias. Entretanto, a lei garantiu o caráter sigiloso do termo enquanto proposta.

No que toca aos efeitos produzidos pelo termo de compromisso, estes dependerão do cumprimento de todas as condições nele estipuladas. Assim, em caso de cumprimento total, além da suspensão do prazo prescricional, o procedimento administrativo será arquivado. Na hipótese de descumprimento, o Banco Central adotará as medidas judiciais e administrativas para a execução das obrigações assumidas no termo e determinará a instauração ou o prosseguimento do processo administrativo, a fim de dar continuidade à apuração das infrações e aplicar as sanções cabíveis.

Contudo, apesar da assinatura do termo de compromisso não importar na confissão quanto à matéria e nem no reconhecimento da ilicitude, o mesmo só produz efeitos na esfera de atuação do Banco Central, o que, em tese, não impediria outras ações promovidas por outras instituições, como, por exemplo, o Ministério Público, que conta com expressa previsão na lei no sentido da possibilidade deste último, em requisitar informações ao Banco Central ou ter acesso às bases de dados sobre os termos de compromissos celebrados pela Autarquia.

Outro instrumento é a possibilidade do BACEN celebrar acordo administrativo em processo de supervisão com pessoas físicas ou jurídicas que confessarem a prática de infração

às normas legais ou regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, com a extinção de sua ação punitiva ou redução de um terço a dois terços da penalidade aplicável, mediante efetiva cooperação para a apuração dos fatos, da qual resulte utilidade para o processo, em especial quando: i) identificar os demais envolvidos na prática da infração, quando couber; e ii) resulte na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Todavia, além da exigência da confissão da prática, a celebração do acordo depende ainda da observância de alguns critérios obrigatórios, tais como:

- a) necessidade da instituição ser a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;
- b) cessar as práticas irregulares quando da assinatura do acordo; e
- c) o Banco Central não tiver provas suficientes para assegurar prosseguir no processo administrativo sancionador.

A nova legislação faz uma exceção à cumulatividade dos requisitos acima mencionados, quando se tratar da hipótese da instituição não ser a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação, podendo a mesma gozar do acordo, entretanto, valendo-se apenas do benefício da redução de um terço da penalidade a ela aplicável.

Como ocorre no termo de compromisso, a rejeição do acordo administrativo pelo Banco Central não implica em confissão quanto à matéria de fato, nem o reconhecimento da ilicitude da conduta analisada, ficando o BACEN proibido de divulgar qualquer informação sobre o mesmo até a celebração do acordo, quando deverá publicá-lo em seu site. Contudo, a mesma crítica feita ao termo de compromisso é aplicável ao acordo, já que poderá o Ministério Público requisitar informações ou acesso ao sistema informatizado do Banco Central sobre os acordos administrativos em processo de supervisão celebrados pela Autarquia, não lhe sendo oponível sigilo.

Os efeitos da celebração do acordo, na hipótese de cumprimento, são a suspensão dos prazos prescricionais com relação ao proponente signatário e a extinção da ação de natureza administrativa punitiva ou na aplicação do fator de redução da pena. Já o descumprimento implica na impossibilidade do beneficiário em celebrar novo acordo administrativo em

processo de supervisão pelo prazo de três anos, contado a partir do conhecimento pelo BACEN do referido descumprimento.

Outra inovação foi a possibilidade do Banco Central deixar de instaurar processo administrativo sancionador, no caso de baixa lesão ao bem jurídico tutelado, devendo utilizar outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência. O que se percebe, portanto, é uma abertura para novas medidas regulatórias que possam se apresentar menos drásticas e eficientes na fiscalização de eventuais descumprimentos de normas legais ou regulamentares.

No mesmo sentido, outras alterações foram disciplinadas pela lei, como, por exemplo, a submissão de multa em valor superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) ao reexame automático por órgão colegiado, previsto em seu regimento interno, do qual faça parte ao menos um diretor do Banco do Central para a sua efetividade e consequente notificação às partes, e a previsão de efeito suspensivo nos recursos contra as decisões condenatórias, em regra negado pela Lei nº 6.385/76.

Por sua vez, no que toca à regulação e fiscalização do mercado de valores, apesar da Lei nº 6.395/76 prever o termo de compromisso como instrumento de resolução negociada do processo administrativo, a lei estendeu à CVM a possibilidade de realizá-lo em processo de supervisão, nos mesmos moldes previstos para o âmbito de competência do Banco Central. A lei prevê também, dentre outras alterações, novas tipificações para crimes contra o mercado de capitais e contra o Sistema Financeiro Nacional, alterando a redação dos crimes de manipulação do mercado de capitais ou market abuse, insider trading, exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função.

Diante do projeto apresentado e das novidades introduzidas, é possível verificar uma tentativa de abertura ao diálogo entre o BACEN e os investigados durante sua atividade de fiscalização, através de um novo instrumental regulatório que permite a adoção de medidas menos drásticas, sem, contudo, deixar de se tutelar bens jurídicos envolvidos. Assim, apesar do termo de compromisso e do acordo administrativo possuírem seu campo de incidência restrito aos processos administrativos sancionadores, nada impede que este novo instrumental regulatório seja aplicado em regimes especiais, principalmente em casos de liquidação extrajudicial por violações de normas legais ou estatutárias.

Portanto, é perfeitamente possível, no decorrer do processo administrativo instaurado para a decretação do regime de liquidação extrajudicial, a realização de termo de compromisso quando o Banco Central verificar infrações a normas legais ou estatutárias, se

comprometendo a instituição a cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos, ou, sendo o caso, corrigir as irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos.

O mesmo raciocínio se aplica ao acordo administrativo, este, contudo, com algumas ressalvas, já que exige a confissão da prática de infração às normas legais ou regulamentares além dos requisitos obrigatórios dispostos no projeto.

Desta forma, o que se percebe é uma abertura para novas medidas regulatórias que possam se apresentar menos drásticas e eficientes na fiscalização de eventuais descumprimentos de normas legais ou regulamentares, fortalecendo ainda mais o que vem se sustentando ao longo deste trabalho, no sentido da aplicação do regime de liquidação para casos excepcionais que possam representar prejuízos à economia e credores.

Por fim cabe ressaltar que a iniciativa legislativa atualiza o arcabouço regulatório referente ao processo administrativo sancionador, majoritariamente previsto em normas infralegais com mais de meio século de existência.

CONCLUSÃO

Após todas as considerações realizadas, a conclusão é a da não procedência do entendimento que vem sendo adotado pelo Banco Central do Brasil, reforçado pela jurisprudência de que a decretação do regime de liquidação extrajudicial não possui natureza sancionatória, e, portanto, não goza das garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório.

O entendimento que deve prevalecer é o de que as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, manifestadas através de um devido processo legal, devem ser respeitadas no momento em que o Banco Central do Brasil observar possíveis violações a normas legais ou estatutárias.

Esse posicionamento decorre do entendimento de que são dois momentos distintos que não podem ser confundidos (como vem ocorrendo). Um momento é o da aplicação ou não do regime da liquidação extrajudicial, e o outro é quando ocorre a decretação do regime onde as responsabilidades dos administradores serão apuradas.

O que vem se sustentando até o momento é no sentido de que o contraditório é garantido após a decretação do regime de liquidação extrajudicial, conforme dispõe o artigo 41 da lei, sendo por isso entendido como um contraditório postergado.

O inquérito instaurado após a decretação do regime inicia um outro processo administrativo, que possui como objetivo apurar as responsabilidades dos administradores em supostas violações de normas. Assim, ao término desse processo, a Administração pública poderá aplicar uma sanção. Neste último caso, não se discute a aplicação da ampla defesa e contraditório, garantidos através do devido processo legal, bem como a natureza sancionatória do processo.

Outro momento é a necessidade de instauração de um processo administrativo para a aplicação, ou não, do regime de liquidação extrajudicial. Nesse caso, é possível reconhecer os efeitos sancionatórios da liquidação extrajudicial (indisponibilidade e destituição dos administradores), bem como a necessidade de um devido processo legal com as garantias da ampla defesa e do contraditório, para que os envolvidos possam gozar da garantia da presunção de inocência, possibilitando, portanto, que os administradores e envolvidos possam produzir provas defensivas contra eventuais acusações.

Portanto, estamos diante de dois processos administrativos com objetivos distintos; um se resume à aplicação do regime de liquidação extrajudicial, e o outro se destina a apurar

eventuais responsabilidades dos administradores, no caso, da decretação do regime, devendo ambos gozarem de todas as garantias constitucionais aplicáveis ao processo. A ordem constitucional vigente não admite duas cargas axiológicas diferentes para os processos administrativos.

No mesmo sentido, deve haver um melhor esclarecimento sobre as políticas de regimes especiais, isto porque não se deve confundir medidas terminativas, que implicam na exclusão da instituição do setor, com medidas saneadoras, que se destinam a corrigir eventuais irregularidades praticadas pela sociedade ou por sua administração. No Brasil, ainda se justifica a adoção do regime de liquidação extrajudicial por violação a normas legais ou estatutárias como um regime que deve ocasionar a extinção da sociedade, quando, a depender do caso concreto, é perfeitamente viável a adoção de medidas de saneamento para a correção das irregularidades e manutenção da instituição financeira.

Portanto, não se justifica adotar um regime terminativo como o da liquidação em casos que poderiam ser solucionados com base em medidas saneadoras. Infelizmente, o Brasil, em descompasso com a realidade internacional, ainda adota uma legislação da década de 70, fortemente marcada por características autoritárias, que adota como regra geral a adoção do regime de liquidação para casos de violação de normas legais ou estatutárias, permitindo a dissolução de instituições, por vezes, com uma boa capacidade econômico-financeira, por irregularidades que poderiam ser sanáveis por outras medidas de saneamento menos drásticas.

Assim, a adoção do regime de liquidação, para casos que não apresentem graves comprometimentos econômicos para a economia pública e credores, ganha um caráter sancionatório, posto que implica na cessação da atividade econômica da instituição (sem o direito ao contraditório) além de todas as medidas previstas na lei.

Como analisado ao longo deste trabalho, a liquidação é um instrumento terminativo que implica na dissolução da sociedade, devendo ser aplicada em situações de comprometimento econômico-financeiro, e, de preferência, sob a procedimentalização do Poder Judiciário para a melhor observância dos direitos e interesses envolvidos.

Por fim, diante de todo o exposto, é necessária uma reavaliação da Lei nº 6.024/74, de modo que esta seja interpretada em consonância com a ordem constitucional, garantindo todos os direitos e garantias, em especial ao do contraditório e ampla defesa. Não se pode admitir a convivência de uma lei da década de 70, marcada por fortes traços autoritários e didatoriais, com a ordem constitucional vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson, *Direito bancário*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

_____. *Direito bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Direito bancário*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e concordata*. São Paulo: Saraiva, 2002.

AMAN JR., Alfred C. e MAYTON, Willian T. *Administrative Law*. St. Paul: West Group, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. A distinção entre processo e procedimento administrativo: consequências quanto ao regime jurídico e às garantias do processo disciplinar. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARNETT, Hilaire. *Constitucional & Administrative Law*, Londres: Cavendish Publishing, 2004.

BASTOS. Celso Ribeiro Bastos. *Controle dos motivos do ato administrativo. Temas de direito público: estudos e pareceres*, Vol. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. *Europa*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

BESSONE, Darcy, *Instituições de direito falimentar*, Saraiva: São Paulo, 1995.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação; transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BIRKINSHAW, Patrick. English Public Law Under European Influence. In *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen — analyses de droit compare*. Jürgen Schwarze (dir.) Bruxelas: Bruylant, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. BOVERO, Michelangelo (org.). Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRUNA, Sérgio Varella. Procedimentos normativos da administração e desenvolvimento econômico. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BULHÕES, Carlos Eduardo. Liquidação extrajudicial. In *Opiniões jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CAMPILONGO, Celso F. et. al. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, São Paulo: Max Lionad, 2002.

CAPARELLI, Estela; SOUZA, Leonardo. “Liquidação de banco se arrasta e falha, diz BC”. *Folha de S. Paulo*, 17/6/2001, Dinheiro.

CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Tradução: Luis Ortega. Madrid: Instituto Nacional de Administracion Publica, 1994.

CHEVALIER, Jacques. *Estado pós-moderno*. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COELHO, João Ricardo. *Os institutos da intervenção e da liquidação extrajudicial de instituições financeiras - A atuação do Banco Central e as “quebras” ocorridas entre 1974 e 1984*. Trabalho apresentado ao Curso de Direito Empresarial, promovido pelo Centro de Atividades Didáticas do Indipo.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Vol. 1, Coimbra: Coimbra Ed., 1974.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1997.

ERLING, Marlos Lopes Godinho. *Regulação do Sistema Financeiro Nacional: desafios e propostas de aprimoramento institucional*, São Paulo: Almedina, 2015.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao Direito Administrativo*. DASP – Serviço de documentação, 1960.

FARIA, Werter. *Liquidação extrajudicial, intervenção e responsabilidade civil dos administradores das instituições financeiras*, Porto Alegre: Fabris, 1985,

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. Padova: Dott. Antonio Milano, 1989.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madri: Civitas, 1991.

FERRAN, Eilis; GOODHART, Charles. *Regulation financial services and markets in the 21st century*. Oxford: Hart Publishing, 2001.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FMI. *Global Financial stability report: responding to the financial crisis and measuring systemic risk*, Washington: International Monetary Fund, 2008.

FRAGOLA, Umberto. *Gliattamministrativi*, Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1964.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*, 5ª ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

_____. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II, 3ª ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GRAMACHO, Wladimir. “Liquidante some com R\$ 32 mil do Progresso”. *Folha de S. Paulo*, 24 de jun.2001, Dinheiro.

GRAUS, Eros Roberto. “Liquidação e intervenção em instituição financeira – anulação de ato administrativo complexo – discricionariedade e revisão judicial”, in RDA.

GUASP, Jaime. Administracion de justicia y derechos de la personalidad. in *Revista de Estudios Políticos*, Vol. IX.

GUEDES, Demian. *Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição e processo administrativo*. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

_____. *Processo Administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUERRA, Sergio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAWSON, Gary. *The rise of the Administrative State*. 107 Harvard Law Review, 1231, 1999.

LIMA, Felipe Herdem. Devido Processo Administrativo na Lei de Liquidação Extrajudicial, in BOTTINO, Thiago (Coord.), *Reflexos Penais da Regulação*. Curitiba: Juruá, 2016.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: C.H Beck'she Verlag, 1985.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso de. In *Jurisprudência em Matéria de Intervenção e Liquidação Extrajudicial*, Vol. 2, - SADDI, Jairo e CAMARGO, Rodrigo Ferraz de FGC (Org.), São Paulo: Textonovo, 2000.

MELO, Liana: ALVES FILHO, Francisco. "A máfia das liquidações". IstoÉ, São Paulo, nº 1632, 10 de jan.2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Editores, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Princípios de derecho administrativo*. Vol. 2, 2ª ed., Madrid : Iustel, 2009.

PAULIN, Luiz Alfredo. Conceito de intervenção e liquidação extrajudicial – pressupostos para a sua decretação. In: SADDI, Jairo (Org.). *Intervenção e liquidação extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional: 25 anos da Lei nº 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999.

_____. Algumas propostas de mudança para a Lei 6.024. In: SADDI, Jairo (Org.). *Intervenção e liquidação extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional: 25 anos da Lei nº 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e liquidação de sociedades*, Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1995.

PINTO, Gustavo Mathias Alves Pinto. *Regulação Sistêmica e Prudencial no Setor Bancário Brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2015.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Curso de direito falimentar*, 2ª vol., 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Frederico Viana. *Insolvência Bancária-Liquidação extrajudicial e falência*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SADDI, Jairo. Algumas propostas de mudança para a Lei nº 6.024. In: *Intervenção e liquidação extrajudicial no sistema financeiro nacional. 25 anos da Lei nº 6.024/74*. São Paulo: Texto Novo/UNICID, 1999.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*, 1ª ed., São Paulo: Atlas Jurídico, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISCH, Julya Sotto Mayor. *Mercado de Capitais- Regime Sancionador*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Vasco Mannuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina Editora, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Paulino José de. *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 2002,

TOLEDO, Paulo de. *A reforma da lei de falências e a experiência do Direito estrangeiro*. Revista do Advogado-AASP, nº 36, març. 1992.

TOSSETI, Gian Maria. Da intervenção nas instituições financeiras sob a égide da Lei nº 6.024/74, *Revista de Direito Mercantil*, Vol. 41.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*, 11ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2009.

TZIRULNIK, Luiz. *Intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WALD, Arnold. O arresto e a indisponibilidade na Lei n. 6024/74, *Revista de Direito Mercantil*, nº 33.

WARREN, Kenneth. *Administrative Law in the Political System*. Cambridge: Westview, 2004.

YAZBEK, Otavio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Elsevier, 2007.

ZAGO, Livia Maria Armentano K. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Sites consultados:

<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,bc-ja-liquidou-seis-corretoras-desde-o-inicio-da-lava-jato,70001832031>. Último acesso em 12.10.17.

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/O-2.7/>. Último acesso em 11.10.17.

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/W-11/>. Último acesso em 11.10.17.

<http://legis.senado.gov.br/comissoes/comissao?3&codcol=38>. Último acesso em 01.08.17.

<http://legis.senado.gov.br/comissoes/comissao?5&codcol=38>. Último acesso em 01.08.17.

<http://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao;jsessionid=037BB3DC11519C58C08969445D16204E?0&codcol=1273>. Último acesso em 01.08.17.

<http://uscode.house.gov/browse/prelim@title12/chapter12&edition=prelim>. Último acesso em 07.11.17.

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:lircrg2TFhQJ:bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/60243/58555+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Último acesso em 18.10.17.

http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresenta%E7%E3o_Isaac_Sidney_Semin%E1rio_Regimes_Resolu%E7%E3o_06052013.pdf. Último acesso em 19.09.16.

http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresenta%E7%E3o_Isaac_Sidney_Semin%E1rio_Regimes_Resolu%E7%E3o_06052013.pdf. Último acesso em 12.10.17.

http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresenta%E7%E3o_Isaac_Sidney_Semin%E1rio_Regimes_Resolu%E7%E3o_06052013.pdf. Último acesso em 19.09.16.

http://www.bcb.gov.br/secre/apres/Isaac_Sidney-Palestra_PG_ContenciosoJudicialemRegimesEspeciais_5-5-2013.pdf. Último acesso em 01.08.17.

http://www.bcb.gov.br/secre/apres/Mauricio_Costa_de_Moura-Apresentacao_Seminario_%20V3.pdf. Último acesso em 17.10.17.

<http://www.camara.gov.br>. Último acesso em 04.10.16.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>. Último acesso em: 05.11.2017.

http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_111104cc.pdf. Último acesso em 17.10.17.

<http://www.valor.com.br/financas/5149228/bc-fecha-projeto-de-lei-sobre-resolucao-bancaria>. Último acesso em 17.10.17.

<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131318>. Último acesso em 05.11.2017.

<http://www4.bcb.gov.br/Lid/Liquidacao/default.asp>. Último acesso em 23.03.17.

<http://www4.bcb.gov.br/lid/liquidacao/SeminarioRecuperacaoBancaria/2016/3%20-%20Regimes%20de%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20e%20Perspectivas%20para%20os%20Planos%20de%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20-%20Climerio%20Leite.pdf>. Último acesso em 01/08/2017.