

# OS PODERES CAUTELARES DO BANCO CENTRAL DO BRASIL NA LEI 13.506/2017: UMA ANÁLISE DOGMÁTICA

Rafael Edelman de Oliveira Baptista<sup>1</sup>

## RESUMO

Esse artigo analisa os poderes cautelares concedidos ao Banco Central do Brasil pela Lei 13.506/2017, com enfoque na sua interpretação e no estabelecimento de limites à sua aplicação. Partimos da doutrina sobre o tema, e buscamos oferecer nossa contribuição original à compreensão e análise dogmática da matéria. Observamos que análise da cautelaridade administrativa, apesar de também muito rica quando analisada em abstrato, apresenta ganhos analíticos quando estudada em específico, que no nosso caso aqui é o microsistema criado pela Lei 13.506/2017. No plano dogmático, buscamos oferecer contribuições, no contexto específico das medidas cautelares do Banco Central do Brasil, para as interpretações de “verossimilhança e perigo de demora”, princípio da proporcionalidade e dosimetria da multa por descumprimento da medida cautelar.

**Palavras-chave:** Banco Central do Brasil, poderes cautelares administrativos, medidas cautelares, Lei 13.506/2017.

## ABSTRACT

This article analyzes the precautionary powers granted to the Central Bank of Brazil by Law 13,506/2017, focusing on its interpretation and establishing limits to its application. We start from the doctrine on the subject and seek to offer our original contribution to the understanding and dogmatic analysis of the matter. We observed that the analysis of administrative precautionary measures, although also very rich when analyzed in abstract, presents analytical gains when studied specifically, which in our case here is the microsystem created by Law 13,506/2017. On a dogmatic level, we seek to offer contributions, in the specific context of the precautionary measures of the Central Bank of Brazil, to the interpretations of “verisimilitude and danger of delay”, the principle of proportionality and dosimetry of the fine for non-compliance with the precautionary measure.

**Keywords:** Central Bank of Brazil, administrative precautionary powers, precautionary measures, Law 13,506/2017.

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é desenvolver uma análise dogmática dos poderes cautelares do Banco Central do Brasil, tais como delimitados pela Lei 13.506, propondo linhas gerais para a aplicação de tais normas considerando-se as peculiaridades do mercado regulado pela Autarquia. Para tanto, seguiremos o caminho já iniciado pela doutrina especializada, tanto no que diz respeito à

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutorando vinculado ao Departamento de Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

cautelaridade administrativa em geral quanto no que diz respeito às medidas cautelares à disposição do Banco Central do Brasil.

A lei 13.506/2017 introduziu poderes cautelares ao Banco Central do Brasil que não existiam antes no nível legal, a não ser pelo poder geral de cautela previsto no art. 45 da Lei de Processos Administrativos Federais. Estes poderes não eram novidade para a Comissão de Valores Mobiliários, autarquia cujos poderes também são regulados pela lei, por isso o interesse especial deste artigo apenas naquela primeira.

Normalmente, os trabalhos dogmáticos se preocupam com temas mais gerais, e não específicos a setores da economia – por exemplo, encontramos trabalhos sobre poderes cautelares da administração pública, ou do Tribunal de contas da União, mas não sobre a Comissão de Valores Mobiliários ou, como é o nosso caso aqui, o Banco Central do Brasil. Isso se deve por uma séria de razões, nenhuma delas reprovável. Há uma tendência a solução de problemas teóricos mais gerais, bem como há um número reduzido de teóricos e práticos dedicados a determinados microssistemas regulatórios, como é o presente caso. Entretanto, que a prática setorial nos mostra é que seria de muita utilidade a disponibilidade de doutrina específica ao setor financeiro, já que existem peculiaridades que a análise geral, por sua própria natureza, não seria capaz de acessar. O valor da especialização dessa literatura é possível se verificar, como será discutido mais adiante neste trabalho, também na análise da literatura especializada que, ao renunciar ao microssistema e se focar nos aspectos gerais, não pode considerar aspectos importantes da prática cautelar da autoridade administrativa que está na ponta da cadeia fiscalizatória. Afinal, a aplicação da medida cautelar acontece, sempre que há legislação específica para tanto, no contexto setorial, de um microssistema com características, princípios e regras próprias, e não no nível de abstração da teoria geral.

Com isso, acreditamos ser possível contribuir com a construção de uma teoria jurídica muito mais próxima da prática, mas que não deixa de se alimentar da teorização geral – a qual, reforçamos, não perde sua função e importância fundamentais – mas que faz questão de considerar as peculiaridades setoriais na interpretação e aplicação do direito. Nesses termos, a análise do microssistema cautelar da Lei 13.506/2017 funciona também como um estudo de caso, cujas linhas gerais poderiam ser utilizadas para outros microssistemas, como os dos setores de petróleo, energia elétrica ou telecomunicações.

O presente artigo se organiza da seguinte forma. Além desta introdução, fazemos uma revisão da literatura sobre os poderes cautelares do Banco Central do Brasil, na sequência descrevemos as medidas cautelares dispostas na Lei 13.506/2017 e seus limites legais, depois discutimos os requisitos da verossimilhança e perigo na demora aplicados ao setor financeiro, em seguida discutimos o princípio da proporcionalidade aplicado ao microssistema cautelar em comento, então discutimos o problema da dosimetria da penalidade por descumprimento da medida cautelar e por fim concluímos.

## **2 REVISÃO DA LITERATURA**

A literatura sobre o tema da cautelaridade administrativa em geral é recente, sendo que o tema das medidas cautelares é tradicionalmente tratado no âmbito do direito processual. Não obstante, há um conjunto de obras que merecem destaque e análise para fins do presente artigo, seja por discorrerem sobre a

cautelaridade administrativa de forma geral, seja por tratarem das medidas cautelares trazidas pela Lei 13.506/2017.

Flávio Garcia Cabral (2018; 2021) é autor do que pode ser considerada a principal obra brasileira sobre medidas cautelares da administração pública e, desta forma, deve ser considerado como paradigma no tema. Em seu livro de 2021 o autor desenvolve análise aprofundada de aspectos gerais à aplicação de medidas cautelares pela administração pública e faz uma apresentação descritiva da lei 13.506/2017, mas sem entrar em detalhes sobre a interpretação ou mesmo críticas à sua redação. Entendemos que, apesar do valor inegável da análise geral desenvolvida por Cabral, a compreensão do fenômeno da cautelar exige que se entre no detalhe de cada microssistema, dadas as suas peculiaridades interpretativas, e é a partir dessa visão que situamos o presente trabalho. Sobre o trabalho de Cabral (2021) analisamos seis pontos, os quais entendemos relevantes para a interpretação da Lei 13.506/2017 desenvolvida no presente artigo.

Um primeiro ponto que devemos considerar é a definição de medida cautelar que utiliza:

são provimentos concretos, adotados por agentes públicos competentes, no exercício da função administrativa, em face, como regra, de sujeitos determinados, diante de situações de risco, visando a, de maneira acautelatória e provisional, impedir e/ou minimizar danos a bens jurídicos tutelados (Cabral, 2021, p. 749).

Concordamos com essa definição, que será a adotada ao longo do presente artigo.

Um segundo ponto na análise de Cabral que merece destaque é a classificação que constrói entre medidas cautelares administrativas negativas e positivas, sendo que aquelas primeiras trazem gravames ou restrições aos direitos dos administrados, enquanto estas últimas antecipam aos administrados a concessão de direitos (Cabral, 2021, p. 732). Concordamos com a relevância dessa classificação, em especial para a análise das medidas cautelares do Banco Central do Brasil, o que será utilizado a seguir.

Um terceiro ponto, que discutimos a partir de Cabral (tema também discutido em Costa, 2023), é a necessária distinção entre medida cautelar e sanção – a medida cautelar não é um fim em si mesma, é um instrumento provisório para a prevenção ou mitigação de um risco, e pressupõe incerteza sobre autoria e materialidade (Cabral; 2021; p. 757 a 795). A sanção, ao contrário, independe do potencial de prevenção ou mitigação do risco a um bem jurídico tutelado pela autoridade administrativa e pressupõe que a lesão tenha ocorrido, e que se tenha certeza sobre sua autoria e materialidade. Medidas cautelares visam mitigar riscos, enquanto sanções visam punir (Cabral, 2021, p. 786).

Um quarto ponto está na base principiológica das medidas cautelares, que segundo o autor se fundamentam na supremacia do interesse público (Cabral, 2021, p. 1486). Cabral, apesar de não tratar explicitamente do tema, deixa implícito que tal supremacia do interesse público deve ser ponderada por outros princípios, como o da boa administração (Cabral, 2021, p. 1571) e prevenção (Cabral, 2021, p. 1590). Sentimos falta, entretanto, do princípio da proporcionalidade nessa equação, que entendemos fundamental para a análise da Lei 13.506/2017. A proporcionalidade aparece, em Cabral, como um requisito de aplicação, e não como um princípio a ser ponderado em conjunto com os

demais (2021, p. 1774). Diante disso, desenvolveremos no item 5, abaixo, a aplicação do princípio da proporcionalidade às medidas cautelares da Lei 13.506/2017.

Em um quinto ponto, observamos que Cabral (2021), ao tratar do perigo de demora e da fumaça do bom direito, não deixa claro qual perigo, materialmente falando, se deve considerar. Observe-se o seguinte excerto, através do qual notamos uma inadequação entre o conceito de perigo e sua aplicação ao microssistema objeto do presente artigo:

O perigo da demora nos procedimentos administrativos representa a ameaça à eficácia do provimento final do processo, é dizer, o motivo para a adoção de medidas cautelares é a existência de indícios de que o resultado final do processo possa se tornar ineficaz. No caso de provimentos cautelares inibitórios, esse requisito é o risco de dano (ou seu agravamento) a algum bem jurídico, decorrente de alguma ilegalidade (2021, p. 1663).

De fato, no microssistema em análise não estamos falando de medidas cautelares que visam a eficácia do provimento final do processo. Estamos falando de medidas inibitórias contra possíveis lesões a bens jurídicos tutelados, mas que não necessariamente decorrem de ilegalidades – e mesmo que decorram, diante do seu caráter preliminar, ainda não estão comprovadas. Ou seja, se a configuração da ilegalidade for requisito para a aplicação de medida cautelar inibitória, tais medidas se tornam impossíveis para o Banco Central do Brasil. O tema da verossimilhança e perigo da demora será desenvolvido no item 4, abaixo.

Um sexto ponto é a necessária reversibilidade da medida. Segundo Cabral, dado o caráter provisório da medida cautelar, ela deve ser ministrada de forma reversível (2021, p. 1863). Entendemos válido complementar alguns aspectos sobre essa reversibilidade que são específicos ao microssistema financeiro. Muitas vezes, a reversibilidade pode ser atingida incluindo-se alguns detalhes na medida, ou garantindo-lhe o sigilo. Por exemplo, quando falamos do afastamento de um administrador. Ainda que provisória, tal medida pode afetar a reputação da pessoa e da instituição em que atua de forma permanente, e conseqüentemente levar à sua falência ou mesmo impossibilitar que o administrador retome suas atividades neste setor da economia. É fundamental, portanto, que neste caso o afastamento seja sigiloso, posto que provisório. A questão da reversibilidade será discutida em conjunto com o tema da proporcionalidade, no item 5, abaixo.

Não obstante os seis pontos analisados acima, e da inegável contribuição de Cabral à teoria da cautelaridade administrativa, observamos um vácuo entre a análise geral que realiza e as necessidades interpretativas do microssistema composto pela Lei 13.506/2017. Vácuo este que não macula o seu trabalho, já que seu escopo proposto era o desenvolvimento de uma teoria geral, e não de teorias específicas. Não obstante, sentimos falta no trabalho de Cabral de aprofundamentos mais específicos nos diferentes microssistemas que comenta, dentro os quais a Lei 13.506/2017.

Agora, vale analisarmos os autores que trataram especificamente da lei 13.506/2017. O primeiro trabalho escrito no Brasil sobre processos sancionadores no Bacen que pudemos encontrar foi escrito por Antonio Carlos Verzola (2012), sendo anterior à lei e, portanto, à positivação das medidas

cautelares sob a competência do Banco Central do Brasil. Até então, o que se poderia falar era em um poder geral de cautela da autarquia, tal como concedido pelo art. 45 da Lei de Processo Administrativo. Após a edição da lei, três trabalhos sobre o tema merecem destaque.

O primeiro deles (Abrão; Santos; Verçosa; Sztajn, 2018, p. 90) faz breve comentário sobre as medidas cautelares a partir da análise econômica do direito, comentando apenas que o prazo máximo de 120 dias para a instauração de procedimento administrativo sancionador após a aplicação da medida cautelar pode constituir incentivo negativo para os agentes de mercado cumprirem a lei, na esperança da inércia do Banco Central do Brasil. Da nossa parte, entendemos, ao contrário, que a determinação de um prazo máximo de vigência da medida sem que haja instauração de processo administrativo sancionador é medida necessária à proteção dos administrados, para que não tenham seus direitos restringidos por uma medida cautelar sem qualquer forma de controle sobre sua duração. Entendemos acertada a disposição da lei nesse sentido.

O segundo trabalho (Alves; Rocha; Barbosa, 2019) não adentra no tema das medidas cautelares. O terceiro trabalho (Araujo et alii, 2020, p. 97 a 98) passa de forma muito breve e apenas descritiva pelas medidas cautelares, sem aprofundar o tema e sem desenvolver análise crítica que nos permita comentar. É apenas Costa (2023, p. 96 a 99) que vai desenvolver uma análise crítica da Lei 13.506/2017, debatendo com maior fôlego sobre a técnica legislativa utilizada na redação das medidas cautelares. Esse trabalho merece nossa atenção. Costa faz duas críticas à redação da lei: (i) a ausência de efeito suspensivo ao recurso contra a medida cautelar constitui falha grave da lei, na medida em que permite que onerações excessivas a direitos de administrados fiquem sem remédio até que a decisão do recurso de efeito devolutivo seja prolatada (p. 97 a 98); (ii) a pena de multa em caso de descumprimento da medida cautelar é desarrazoada, podendo gerar efeitos irreversíveis aos administrados, devendo, portanto, ser revistas. Concordamos com ambos os pontos da crítica de Costa (2023, p. 97 a 99). Sobre o primeiro, entendemos que a contribuição de Costa seja suficiente, e, portanto, não será aprofundada neste artigo. Sobre o segundo ponto, entendemos que a lei permita espaço interpretativo capaz de integração com os pressupostos constitucionais aplicáveis, o que será desenvolvido no item 6 abaixo. Não obstante, concordamos parcialmente com Costa na medida em que uma solução de efetiva segurança jurídica exija revisão legislativa.

Ainda, vale destacar o artigo de opinião de Moreira (2018), que apresenta ponto de vista crítico sobre as medidas cautelares do Banco Central, defendendo a sua inconstitucionalidade. Além de Moreira, Stajn e Verçosa (2018, p. 23) também aponta elementos de inconstitucionalidade na Lei 13.506/2017, ainda que de natureza formal e em outros artigos que não os das medidas cautelares, e não material e nos artigos que tratam das medidas cautelares, como o faz Moreira. Entendemos que a inconstitucionalidade *prima facie* das medidas cautelares trazidas pela Lei 13.506/2017 seja constatação irrazoável, na medida em que partindo-se da doutrina sobre o tema e da argumentação desenvolvida no presente artigo conclui-se que eventuais problemas materiais da lei são questões de interpretação, passíveis de solução no campo da teoria jurídica. Não desenvolveremos aqui análise mais profunda sobre a constitucionalidade da Lei 13.506/2017.

### **3 MEDIDAS CAUTELARES NA LEI 13.506/2017 E SEUS LIMITES LEGAIS**

O pressuposto para a adoção de medidas acautelatórias é, conforme texto da lei, a presença de “requisitos de verossimilhança e perigo de mora”. Apesar da imprecisão no uso da palavra “mora”, que se refere a inadimplemento de obrigações, tem-se por óbvio que o interesse do legislador era se referir à fumaça do bom direito e perigo na demora, presente em tantas áreas do direito, no Brasil e em outros países.

Os poderes acautelatórios concedidos ao Banco Central estão presentes no artigo 17 da referida Lei 13.506/2017, e são eles: (i) afastamento de quaisquer pessoas sujeitas à regulação da Autarquia de suas funções; (ii) impedir que o investigado atue, em nome próprio, como mandatário ou preposto, em posições de gestão em instituições reguladas; (iii) impor restrições à realização de determinadas atividades ou modalidades de operações reguladas; ou (iv) determinar a substituição do auditor independente, auditor contábil ou responsável pela auditoria cooperativa.

Tais medidas podem ser tomadas mesmo antes da instauração de processo administrativo sancionador. Entretanto, caso o processo não seja instaurado em até 120 dias a contar da intimação para a decisão cautelar, as medidas adotadas perderão efeito, e não poderão ser aplicadas novamente se não forem modificadas as circunstâncias de fato que as determinaram inicialmente. Caso o processo seja instaurado, as medidas adotadas conservarão sua eficácia até que a decisão de primeira instância administrativa comece a produzir efeitos. A medida cautelar também poderá perder eficácia de ofício, a requerimento do interessado ou se cessarem as circunstâncias que a determinaram. Da decisão cautelar cabe impugnação, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 dias, sendo que da decisão que julgar a impugnação caberá recurso ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, também no prazo de 10 dias da decisão.

Como sanção ao descumprimento de medidas acautelatórias poderá ser determinada multa cominatória por dias de atraso, que não poderá exceder um milésimo da receita de serviços da atividade regulada ou R\$ 100.000,00, o que for maior, sendo que dessa decisão também cabe recurso no prazo de 10 dias. É sobre esse curto, mas muito rico, trecho de lei que desenvolvemos nossa análise. Nosso interesse será oferecer uma interpretação dos limites legais à aplicação de tais medidas. Essa análise será feita em três partes que se seguem: (i) verossimilhança e perigo de demora no âmbito do sistema financeiro; (ii) proporcionalidade da medida cautelar diante dos riscos verificados na análise inicial; e (iii) dosimetria da multa por descumprimento da medida cautelar. Após, concluímos.

### **4 VEROSSIMILHANÇA E PERIGO DE DEMORA NO ÂMBITO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL**

Verossimilhança e perigo de demora são requisitos comuns, presentes em diversos sistemas jurídicos associados às medidas cautelares e outras formas de antecipação de tutela, normalmente tratadas pela doutrina sob o nome de “*fumus boni iuris et periculum in mora*”, conforme a expressão em latim.

A verossimilhança diz respeito à “fumaça do bom direito”, tão debatida pela doutrina processualista, segundo a qual em um juízo preliminar – passível de

revisão posterior – a medida a ser adotada aparenta justa e conforme o direito. É o que se pode concluir ao momento da decisão, com base nas informações a que se tem acesso, juízo que pode se confirmar ou se mostrar equivocado a depender de novas informações.

O perigo de demora, por sua vez, tem dois elementos. O “perigo” e o “de demora”. O “perigo” é um risco, ou seja, a possibilidade de que ocorra um dano a um bem jurídico tutelado pela autoridade competente à aplicação da medida cautelar. A segunda parte, “de demora”, diz respeito à iminência da materialização desse risco – com base na experiência passada, é razoável se afirmar que, mantidas as circunstâncias sem que a medida cautelar seja aplicada, o risco se materializará logo, antes, ao menos, do encerramento de um processo administrativo sancionador. A esses dois elementos, um terceiro se soma como corolário, que é a irreversibilidade do dano, uma vez materializado. Ou seja, não basta que o dano (o “perigo”) possa ocorrer logo (“de demora”), ele ainda precisa ser irreversível – isso porque, caso seja plenamente reversível, então será possível se aguardar pelo fim do processo administrativo, não havendo, nesses casos, perigo de demora. Essa irreversibilidade poderá surgir de uma série de circunstâncias, como por exemplo a perda irrecuperável de uma instituição financeira, ou mesmo a incapacidade econômica de se reparar o dano futuramente, mas sua configuração é fundamental para que se possa demonstrar a necessidade da medida cautelar. Tem-se, assim, que a aplicação de uma medida cautelar – qualquer que seja – depende de quatro fatores, a serem demonstrados na motivação do ato: (i) a aparência de justiça na ação, auferida por indícios e outras informações preliminares; (ii) a possibilidade de ocorrência de um dano sob tutela da autoridade responsável por sua aplicação; (iii) a iminência de materialização desse dano, caso a medida cautelar não seja aplicada; e (iv) a irreversibilidade do dano, caso se espere pelo fim do processo – que no presente caso se restringe ao processo administrativo sancionador do Banco Central do Brasil.

Dos quatro requisitos apresentados acima, três são gerais a todos os tipos de medidas cautelares. Um requisito, o perigo, é o que muda a depender da competência da autoridade, e, portanto, receberá nossa maior atenção. O perigo diz respeito especificamente aos riscos cuja atividade administrativa tem por obrigação gerenciar, ou seja, trata-se dos bens jurídicos tutelados pela autoridade. Quando falamos de agências reguladoras, como é o caso do Banco Central do Brasil, esse fator fica ainda mais importante. Agências reguladoras são responsáveis pelo gerenciamento de riscos oriundos dos mercados que regulamentam, que se manifestam na forma de externalidades negativas, seguindo a linha da teoria econômica, ou lesões aos bens jurídicos tutelados, como o tema é normalmente tratado no campo jurídico. A ANVISA, por exemplo, é responsável por riscos decorrentes de medicamentos, a ANP é responsável por riscos decorrentes de operações petroquímicas etc. O Banco Central do Brasil, por sua vez, é responsável por evitar que externalidades negativas inerentes ao sistema financeiro nacional se materializem – mesmo que existam outras competências nessa e em outras agências, quando se trata de supervisão, o que se gerencia são as externalidades negativas do mercado, e, portanto, seus riscos, e são esses os perigos que podem justificar uma medida cautelar a ser aplicada pelo Banco Central do Brasil, ou qualquer outra agência reguladora.

Mais quais são essas externalidades negativas, e, portanto, quais são esses riscos tutelados pelo Banco Central do Brasil? De modo geral, risco é todo evento adverso que pode afetar a consecução de um objetivo; que é capaz de gerar dano a determinado bem jurídico. Desta forma, para se determinar o conjunto de riscos que podem justificar a ação cautelar do Banco Central do Brasil, precisamos antes compreender seus objetivos e, mais especificamente, os objetivos da atividade de supervisão da autarquia, ou ainda quais os bens jurídicos tutelados pela autoridade. A Lei 4595/1964, que cria a autarquia, define os objetivos de sua supervisão de forma lacônica no art. 11, VII:

Exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem.

Entretanto, com base na própria atividade do Banco Central do Brasil, o conteúdo jurídico do artigo 11, VII deve ser compreendido a partir da Resolução BCB 131/2021, art. 3º, §1º, segundo o qual:

§1º Constituem bens jurídicos tutelados, para fins desta Resolução, aqueles cuja legislação impõe ao Banco Central do Brasil o dever de resguardar, em especial:

I - a estabilidade e a solidez do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios e do Sistema de Pagamentos Brasileiro;

II - o regular funcionamento das instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil;

III - o adequado relacionamento das instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil com clientes e usuários de produtos e de serviços financeiros; e

IV - a prevenção da utilização do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios e do Sistema de Pagamentos Brasileiro para a prática de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores e para o financiamento do terrorismo.

O inciso II do referido dispositivo, ao nosso entender, por sua generalidade acaba perdendo sentido jurídico, sendo que a ideia de “regular funcionamento das instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil” acaba sendo definida, em realidade, pelos demais três incisos, estes sim capazes de definir, materialmente, o escopo da atividade de supervisão da autarquia. Diante disso, diferenciamos aqui três objetivos, ou bens jurídicos, tutelados pela atividade de supervisão do Banco Central do Brasil e que, portanto, podem justificar a imposição de medidas cautelares: (i) garantia da estabilidade sistêmica no ambiente financeiro; (ii) proteção dos usuários de serviços financeiros; e (iii) prevenção à lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e proliferação de armas de destruição em massa – para facilitação, no decorrer deste artigo podemos nos referir apenas por “PLD/FT”. Cada um dos três objetivos elencados será analisado em mais detalhes.

Estabilidade sistêmica no ambiente financeiro é, talvez, o principal objetivo da atividade de supervisão de um banco central, e do conjunto dos bancos centrais ao redor do mundo. 1929 e 2008 são marcos na história contemporânea por esse motivo. O tipo de externalidade negativa relacionada à estabilidade do sistema financeiro é, no limite, a crise econômica que, diante do grau de interconexão da

economia global contemporânea, pode ganhar ares globais. Portanto, a atividade de monitoramento e mitigação dos riscos sistêmicos oriundos do sistema financeiro é atividade fundamental de interesse público que está sob a competência do Banco Central.

Também, o Banco Central tem por competência proteger os usuários de serviços financeiros. Instituições supervisionadas pelo Banco Central detém a guarda e a movimentação de dinheiro na economia. No caso brasileiro, o PIX, sistema nacional de pagamentos instantâneos, é mais utilizado inclusive que o dinheiro em espécie (Elias, 2023). O dinheiro é o que movimenta a economia contemporânea, e a poupança popular – fora os poucos e lúdicos casos de dinheiro vivo estocado – é guardada por instituições supervisionadas pelo Banco Central. Tais instituições podem, caso irresponsáveis, sumir com o dinheiro de um poupador, ou submeter-lhe a tarifas escondidas, ou ainda realizar exigências descabidas para uso dos recursos depositados. É competência do Banco Central garantir que tais usuários não sejam lesados.

Por fim, ao Banco Central também compete a prevenção à lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e proliferação de armas de destruição em massa. Trata-se de uma série de medidas que visam mitigar o uso das estruturas de diferentes setores da economia por criminosos que visam lavar dinheiro e/ou financiar atividades de terror. No plano internacional, o principal órgão organizador das medidas de combate a tais crimes é o GAFI – Grupo de Ação Financeira Internacional. No Brasil, essa atividade é liderada pelo COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, mas para o setor financeiro e de pagamentos, o responsável é o Banco Central. O objetivo é gerar informações que permitam às autoridades policiais combater, de forma cada vez mais eficientes, tais crimes.

A ausência de perigo na demora é vício insanável da medida cautelar. No caso do Banco Central estamos falando de um rol claro e definido de perigos que podem justificar a medida cautelar, composto pelos três objetivos elencados acima. Não havendo risco a um dos três bens jurídicos elencados acima, não há o que se falar em medida cautelar aplicada pelo Banco Central.

Em resumo, assim como toda medida cautelar, as que são analisadas aqui, vinculadas à atividade de supervisão do Banco Central, para serem aplicadas dependem da configuração da verossimilhança do direito, da iminência de um dano, e da sua irreversibilidade, mas o perigo capaz de motivar tais medidas precisa ser da competência da atividade de supervisão da autarquia, que se pauta pela estabilidade sistêmica, proteção dos usuários e prevenção à lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e proliferação de armas de destruição em massa.

## **5 PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA CAUTELAR VERSUS RISCOS VERIFICADOS NA ANÁLISE INICIAL**

Quais as balizas que garantem a proporcionalidade da medida cautelar do Banco Central em relação aos riscos verificados na análise inicial, e quais padrões devem ser considerados para a sua justa determinação? A resposta a essa pergunta é o que pretendemos construir nesse tópico.

A proporcionalidade é um princípio geral da administração pública, aplicando-se, desta forma, também a toda atividade administrativa cautelar. Não é proposta deste artigo discutir a dogmática do princípio da proporcionalidade, amplamente

estudada tanto por administrativistas (Moreira, 2010, p. 93; Cabral, 2021, p. 1765; Melo, 2023, p. 91 a 93; Oliveira, 2006, entre outros) quanto por constitucionalistas (Alexy, 2015, p. 116 a 120; Silva, 2011, p. 167 a 182, entre outros). Entretanto, partiremos aqui de uma das leituras dominantes sobre o princípio, tal como desenvolvida por Virgílio Afonso da Silva, em consonância com o trabalho clássico Alexy (2015). A mesma linha interpretativa do princípio da proporcionalidade é adotada por Cabral (2021, p. 1774 a 1783). A aplicação do princípio da proporcionalidade, em linha com todas as correntes mencionadas acima, depende da aplicação de três critérios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. De forma resumida, o critério da adequação seria concretizado pela resposta à seguinte indagação “a medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido?” (Silva, 2011, p. 169 a 170). A necessidade, por sua vez, diz respeito à relação entre a gravidade da medida e o seu resultado, podendo ser concretizada pela indagação ‘existe medida menos gravosa ao direito do administrado que possa atingir o mesmo resultado?’ (Silva, 2011, p. 171). Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito representa uma exigência de equilíbrio entre os dois critérios anteriores e a restrição aos direitos envolvidos, a fim de garantir que medidas adequadas e necessárias não afetem injustificadamente direitos fundamentais (Silva, 2011, p. 175).

Trazendo agora a regra geral para o nosso campo específico. O primeiro critério, o da adequação, diz respeito sempre à concretização de um objetivo perseguido pela autoridade administrativa quando da aplicação da medida cautelar. No caso do Banco Central do Brasil estamos falando então da prevenção de um risco, urgente e verossímil, de lesão a um dos três grandes grupos de bens jurídicos tutelados pela atividade de supervisão da autoridade: estabilidade sistêmica, proteção dos usuários e PLD/FT. Nesse contexto, vale analisarmos a medida do artigo 17, IV, da Lei 13.506/2017. A medida diz respeito à substituição da auditoria independente, da sociedade responsável pela auditoria contábil ou da entidade responsável pela auditoria cooperativa. Trata-se de uma medida específica que não se adequa a qualquer dos fins da supervisão do Banco Central. Não há que se falar em substituição da auditoria contábil para a proteção do consumidor, e nem para PLD/FT, uma vez que não há relação organizacional entre tais funções. Trata-se de uma medida, portanto, que pela adequação somente se aplicaria em casos de lesão à estabilidade do sistema financeiro, casos em que a higidez das demonstrações contábeis é fundamental para a manutenção da função de supervisão. De resto, é possível se conceber cenários hipotéticos em que as demais medidas elencadas no artigo 17 se adequam a quaisquer dos três objetivos da supervisão do Banco Central. Em todos os casos, entendemos necessárias indagações específicas de modo a garantir que a medida aplicada vai de fato fomentar, tanto quanto possível, o objetivo tutelado. A partir disso, propomos uma reformulação da indagação a ser utilizada para a ponderação da adequação aqui analisada: ‘A medida cautelar X vai fomentar no máximo razoável a tutela da estabilidade sistêmica, proteção do consumidor ou PLD/FT?’ A ela se soma a indagação complementar ‘quais outras medidas a autoridade administrativa pode adotar, em conjunto com a cautelar, para potencializar os objetivos perseguidos e minimizar os impactos ao administrado?’

Sobre o segundo critério, o da necessidade, algumas considerações merecem ser feitas. Aqui estamos tratando de medidas acautelatórias negativas, ou seja,

medidas que restringem direitos dos administrados aplicadas a partir de um juízo preliminar, possivelmente antes da realização de qualquer contraditório sobre a matéria. A cognição da autoridade, nestas hipóteses, é por definição incompleta uma vez que se está ainda nas etapas preliminares do processo, ou mesmo não há sequer processo instaurado. Ademais, as medidas cautelares tipificadas na Lei 13.506/2017 são similares, inclusive, às sanções passíveis de aplicação ao final de um processo administrativo sancionador, de tal modo que entendemos possível classificar tais medidas como “quase-sanções”, ainda que não tenham finalidade punitiva. Para fins de comparação, observe-se três das penalidades tipificadas no art. 5º da Lei 13.506/2017:

III - proibição de prestar determinados serviços para as instituições mencionadas no caput do art. 2º desta Lei;

IV - proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação;

V - inabilitação para atuar como administrador e para exercer cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei;

Eventuais medidas cautelares aplicadas equivocadamente podem ser corrigidas através de recurso ao qual não cabe efeito suspensivo, apenas devolutivo, de modo que seu efeito se mantém até eventual decisão revisora.

Na perspectiva do administrado, um afastamento, ainda que cautelar, pode gerar prejuízos à sua reputação potencialmente irreparáveis. Por terem essa característica de quase-sanção, mesmo que a medida seja revertida ao fim, que haja absolvição em processo administrativo sancionador vinculado, ou mesmo que tal processo nem sequer venha a ser instalado, há um potencial relevante de dano ao administrado decorrente da medida cautelar que não pode ser desconsiderado. Tais fatores tornam a ponderação da necessidade de uma medida cautelar, no contexto da Lei 13.506/2017, especialmente delicada. Segundo a lei, pode-se decretar o afastamento de uma pessoa administrada, o impedimento de atuar, o impedimento de operar em determinadas atividades, ou o afastamento da auditoria independente. É possível se conceber cenários em que seja cabível a aplicação imediata da proibição de operação – é o caso, por exemplo, da oferta sem autorização de serviços financeiros que exijam autorização.

O mesmo raciocínio não se aplica, entretanto, aos casos de afastamento ou substituição da auditoria. As medidas de afastamento ou substituição são capazes de fazer cessar condutas praticadas pelos administrados que estariam, em um juízo de urgência e verossimilhança, lesando um ou mais dos bens jurídicos tutelados pelo Banco Central. Condutas podem cessar pela vontade dos indivíduos que as praticam, e não necessariamente pela imposição estatal. Desta forma, antes da aplicação da medida cautelar, é necessário que a autoridade administrativa realize determinadas indagações para garantir a sua necessidade. Já se tentou conversar com o administrado? O administrado já foi notificado da inadequação da sua conduta? Houve, em algum momento, recusa explícita do administrado em ajustar sua conduta, seja expressa ou tácita? Ou seja, tentou-se ajustar a conduta do administrado antes da imposição da medida cautelar? Quando a mitigação do risco depende de um ajuste de conduta, talvez a forma mais ágil e efetiva de solução do problema seja a mudança de comportamento do administrado, e não o seu afastamento. Em hipóteses em

que a mitigação do risco dependa de mudança rápida no curso de ação de uma instituição regulada, pode ser que o afastamento cautelar de um administrador tenha o efeito oposto, e dificulte tal mudança de curso. Esses fatores devem ser levados em consideração durante a ponderação de necessidade da medida.

Por fim, o critério da proporcionalidade em sentido estrito também merece considerações no contexto do microssistema que estamos analisando. A análise da proporcionalidade em sentido estrito envolve um difícil equilíbrio, sujeito a algum grau de subjetividade, para o que tentaremos oferecer diretrizes interpretativas. Para tanto, observemos o seguinte caso hipotético. Uma instituição financeira de grande porte oferece um serviço de crédito em larga escala, para milhões de usuários. O Banco Central recebe denúncias sobre taxas não transparentes cobradas nessa operação de crédito, bem como sobre incentivos ao hiper endividamento em uma dezena de casos. As informações oferecidas nas denúncias são suficientes para demonstrar a verossimilhança, e o potencial de impacto imediato aos consumidores sugere a urgência da medida. Pois bem, a medida aplicável neste caso seria a do art. 17, III, que determina restrições à realização de determinadas atividades ou modalidades de operação. Mas quais exatamente devem ser as restrições aplicadas? A interrupção de toda a operação de crédito talvez seja a medida que, pelo critério da adequação, mais seja capaz de fomentar a proteção ao bem jurídico tutelado. No que diz respeito à necessidade, também, apesar de ser em larga escala vamos supor que a referida operação não representa parcela substancial do faturamento da instituição financeira hipotética, e, portanto, não representaria grande dano caso fosse interrompida. Superam-se assim os critérios da adequação e necessidade. Entretanto, seria mesmo proporcional a interrupção de toda a operação? O legislador teve o cuidado de utilizar a expressão “impor restrições”, o que dá margem à autoridade para que determine medidas intermediárias, capazes de atender de forma adequada, necessária e proporcional aos objetivos da sua atividade de supervisão. Uma solução possível para esse caso hipotético seria restringir apenas as funções que, em tese, geram a taxa não transparente e a possibilidade de hiper endividamento, até que se complete a cognição sobre a matéria e se possa chegar a uma decisão definitiva. O que se extrai desse exemplo, de forma indutiva, é que há espaços intermediários entre as medidas cautelares tipificadas na Lei 13.506/2017, e que a correta aplicação da proporcionalidade em sentido estrito pode exigir, por vezes, que essas possibilidades alternativas sejam adotadas.

Como corolário das considerações acima sobre a proporcionalidade aplicada às medidas cautelares trazidas pela Lei 13.506/2017, observamos também que há ganhos interpretativos quando se faz a análise dos dispositivos legais no contexto do microssistema estudado. Esse tipo de constatação gera interesse e abre espaço para que outras análises de microssistemas também sejam desenvolvidas, já que nesse nível é possível se encontrar contraexemplos e aperfeiçoamentos relevantes para as análises dogmáticas gerais, como a desenvolvida por Cabral (2021).

## **6 DOSIMETRIA DA MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR.**

Quais as balizas para a dosimetria da pena de multa por descumprimento da medida cautelar na Lei 13.506/2017? Conforme discutido na revisão da

literatura, essa dosimetria é objeto da crítica de Costa (2023, p. 98-99), segundo quem os valores determinados são irrazoáveis, sendo capazes de gerar prejuízos irreversíveis aos administrados (p. 98) e a limitação da periodicidade a apenas diária não condiz com as possibilidades de descumprimento, que podem ocorrer apenas uma vez (p.99).

De fato, o valor determinado pode facilmente atingir proporções irrazoáveis e levar a prejuízos irreversíveis ao administrado, a depender da interpretação a ser dada ao dispositivo. Por um lado, a escolha da receita como fator de dosimetria é, possivelmente, a determinação que pior pode afetar os administrados, já que esse termo, a depender de como seja entendido, não tem relação necessária com o lucro da instituição financeira (ou qualquer companhia, que seja). O termo “receita” pode ser entendido tanto como receita bruta quanto como receita líquida. A receita bruta é a simples soma de todos os valores recebidos pela venda de produtos ou serviços, e não leva em conta descontos, devoluções, qualquer outra forma de redução do valor original das vendas ou mesmo os custos de operação. A receita bruta não tem relação necessária com o lucro ou a rentabilidade de um negócio, e nem com a capacidade financeira de uma organização. A receita líquida, por sua vez, considera não só os valores recebidos a título de venda de bens e serviços, mas também os redutores desses valores, como descontos, devoluções e custos operacionais. A receita líquida é uma forma muito mais precisa de se avaliar a rentabilidade, ou ao menos o potencial de rentabilidade, de um negócio, de modo que apenas negócios com receita líquida positiva podem ser (não significa ainda que de fato são) lucrativos. Para ilustrar o exposto acima, observe-se o seguinte exemplo. Uma instituição financeira vem passando por dificuldades financeiras e o Banco Central decide pelo afastamento cautelar de parte da sua administração. Essa instituição financeira teve receita bruta de aproximadamente R\$ 2.000.000.000,00 no último ano corrente, o que implicaria em multas diárias de até R\$ 2.000.000,00 por dia de atraso. Mas vamos supor que a referida instituição tenha uma estrutura de custos muito próxima da sua receita anual (o que é comum em mercados altamente competitivos, como o financeiro), na faixa dos R\$ 1.800.000.000,00. A receita líquida então vai ser 200.000.000,00, e é a receita líquida o valor que a instituição tem para cumprir com todas as suas obrigações não operacionais, incluindo impostos e multas eventualmente aplicadas. Desta forma, cada dia-multa aplicado com base na receita bruta, pode comprometer 10% da receita líquida, o que para uma organização com o grau de responsabilidade de uma instituição financeira pode comprometer mesmo a sua solvência. Valor muito menor já seria suficiente para compor ameaça crível capaz de compelir os administrados a não descumprirem a medida cautelar. O objetivo da penalidade é garantir o cumprimento da medida, e não inviabilizar a solvência da instituição financeira, o que também iria contra um dos bens jurídicos tutelados pelo Banco Central, que é a estabilidade sistêmica.

Desta forma, conclui-se que balizar a aplicação da multa pela receita bruta, e nesse ponto concordamos com Costa, é irrazoável e desproporcional. Entretanto, o texto da lei não esclarece se o critério utilizado é o da receita bruta ou receita líquida, já que a expressão utilizada é apenas “receita”. Por isso entendemos que aqui é possível uma solução interpretativa. Pelo exposto no parágrafo anterior, conclui-se que o uso da receita bruta como medida para a dosimetria da pena é medida fundamentalmente desproporcional, e portanto não pode ser aceita pela administração pública na cominação de tais penalidades. O

que sobra, interpretativamente, é a receita líquida, esta sim capaz de proporcionar resultados condizentes com os princípios que regem a atividade cautelar da administração pública. Conforme adiantado acima, entendemos que seja importante revisão legislativa esclarecendo que a lei fala de receita líquida, mas entendemos também que, interpretativamente, não é possível a leitura da lei como se referindo à receita bruta.

## **7 CONCLUSÃO**

A análise dogmática de microssistemas, como o que realizamos aqui sobre as medidas cautelares trazidas pela Lei 13.506/2017, é campo de pesquisa ainda pouco explorado e com muito potencial para o desenvolvimento da ciência jurídica. O presente trabalho busca contribuir para esse campo. As conclusões da análise micro, conforme observado ao longo do texto, podem trazer contraexemplos e extensões relevantes para a compreensão do fenômeno jurídico no plano macro. Também, a análise de microssistemas se mostra relevante também por estar no mesmo plano da prática jurídica, em especial quando tratamos de setores regulados – é no plano do microssistema que as empresas reguladas desenvolvem suas atividades.

Diante da literatura sobre o tema, observa-se que há fenômenos relevantes que não foram analisados no detalhe merecido tanto no que diz respeito às medidas cautelares da administração pública de modo geral, quanto às análises da Lei 13.506/2017 publicadas desde a sua edição. Sobre esse tema é que pretendemos, através do presente artigo, deixar nossa contribuição à dogmática. Acreditamos que tenham sido três tais contribuições.

A primeira delas é a necessidade de vinculação da análise de verossimilhança e perigo de demora a um dos três grupos de bens jurídicos tutelados pela autarquia, quais sejam, a estabilidade do sistema financeiro, a proteção aos usuários e a prevenção à lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e proliferação de armas de destruição em massa. O “perigo” é, necessariamente, o risco de lesão a um dos incisos do art. 3º, §1º, da Resolução BCB 131/2021.

A segunda contribuição é a necessária adequação das medidas cautelares ao princípio da proporcionalidade. Sobre isso, observamos que se está diante de medidas cautelares negativas, que necessariamente restringem direitos dos administrados, e que isso demanda especial cautela da autoridade, quando da sua aplicação. Tais medidas, quando cogitadas, precisam necessariamente passar por juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que vão moldar a medida de modo a conciliarem, na medida do possível, a perseguição dos objetivos da supervisão com a menor restrição possível aos direitos dos administrados.

A terceira contribuição diz respeito à dosimetria da pena por descumprimento da medida cautelar. Sobre esse ponto, partimos da crítica de Costa (2023) segundo o qual tais medidas seriam inconstitucionais por poderem gerar prejuízos irrazoáveis e irreversíveis, além de sua periodicidade obrigatoriamente diária poder se desvincular das infrações possíveis. Discordamos parcialmente dessa interpretação, pois conforme demonstrado é possível integrarmos o texto da lei desde que consideremos que o termo “receita” seja compreendido como “receita líquida”, e não “receita bruta”. De toda forma, concordamos com Costa na medida em que a solução capaz de trazer mais segurança jurídica para o problema é a revisão do texto legal, e não o recurso interpretativo.

Com o que foi elaborado até aqui, esperamos ter contribuído com o debate sobre a cautelaridade administrativa de modo geral, e as medidas cautelares do Banco Central do Brasil em específico. Na certeza de que o presente trabalho não encerra o tema, ficamos no aguardo de eventuais desenvolvimentos posteriores, senão nossos, de outros autores que venham a se interessar sobre matéria tão instigante.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique; SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; SZTAJN, Rachel. **Processo Sancionador: Banco Central e CVM - Lei nº 13.506/2017**. São Paulo: Editora IASP, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. 120 p.

ALVES, Rui Fernando Ramos; ROCHA, Pedro Henrique Pessanha; BARBOSA, Fabiano Jantalia (orgs.). **O novo regime sancionador nos mercados financeiro e de capitais: uma análise da lei 13.506/17**. São Paulo: Editora IASP, 2019.

CABRAL, Flávio Garcia. **Medidas Cautelares Administrativas: Regime Jurídico da Cautelaridade Administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

CABRAL, Flávio Garcia. Os pilares do poder cautelar administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 115-139, jul./set. 2018.

COSTA, Pedro Luiz Chagas. **Processo administrativo das instituições financeiras: à luz da Lei de Processo Administrativo Sancionador no Âmbito do Banco Central do Brasil**. Curitiba: Editora Juruá, 2023.

ELIAS, Juliana. **Pix passa dinheiro e é mais usado para pagamentos que transferências, diz pesquisa**. São Paulo: CNN Brasil, 19 jul. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/pix-passa-dinheiro-e-e-mais-usado-para-pagamentos-que-transferencias-diz-pesquisa/>. Acesso em: 28 jan. 2024.

MELLO, Celso Antônio Bandeira; ZOCKUN, Carolina; ZOCKUN, Maurício; ZANCANER, Weida. **Curso de Direito Administrativo**. 36. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023. Edição do Kindle

MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo: Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O Banco Central do Brasil agora é juiz!!! **Direito UNIFACS - Debate Virtual**, n. 211, jan. 2018.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

VERZOLA, Antonio Carlos. **Processos Sancionadores nos Mercados financeiro e de Capitais - BACEN e CVM**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012.