

Sub-rogação pelo Fundo Garantidor de Créditos (FGC) em decorrência do pagamento de créditos garantidos

Parecer

Bruno Meyerhof Salama

Introdução e consulta

O Fundo Garantidor de Créditos (FGC) encaminhou consulta a respeito da legalidade da sub-rogação, pelo FGC, em direitos de crédito decorrentes do pagamento de dívidas de instituições associadas relativas a depósitos e créditos garantidos. A sub-rogação pelo FGC nesses casos tem previsão regulamentar e estatutária, e decorre também de norma de Direito Internacional. Ela tem sido, no entanto, objeto de questionamentos judiciais no Brasil.

O FGC é uma associação civil sem fins lucrativos que administra um sistema de proteção a depositantes e investidores no sistema financeiro nacional. Os membros associados do FGC são instituições financeiras, públicas e privadas. Uma situação típica em que o FGC atua como garantidor de depósitos surge quando é decretada a intervenção ou liquidação de um banco associado. Nesses casos, ocorre o seguinte:

- O FGC liquida a dívida do banco insolvente com certos credores, especialmente depositantes, até o limite de R\$ 250.000,00.
- Consequentemente, o FGC se sub-roga no crédito detido pelo credor original contra o banco, até o valor efetivamente desembolsado.

- O FGC pode, então, habilitar contra a instituição insolvente o crédito de que se tornou titular por sub-rogação.
- Da mesma forma, o credor original pode habilitar contra a instituição insolvente o saldo do seu crédito original, se ainda restar.¹

A respeito dessa dinâmica, são-me apresentados os seguintes quesitos:

1º Quesito: Há amparo legal para a sub-rogação pelo FGC em direitos creditórios referentes a depósitos e créditos garantidos?

2º Quesito: Pode a atuação do FGC como garantidor de depósitos e créditos ser equiparada a um seguro?

O exame do tema decorre de três linhas de análise, cada uma delas tratada separadamente. A primeira diz respeito ao Direito Regulatório aplicável, porque a sub-rogação está expressamente determinada por resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN) e, logo, decorre da força normativa de um regulamento.

A segunda diz respeito à sua origem e ao Direito Internacional aplicável, porque a sub-rogação por parte de fundos garantidores de depósitos como o FGC está expressamente prevista em princípios regulatórios publicados pela Associação Internacional dos Garantidores de Depósitos (*International Association of Deposit Insurers — Iadi*), e é usual no direito comparado.

A terceira diz respeito ao Direito Civil aplicável, porque o esquema de *garantia autônoma* posto em prática pelo FGC não pode ser qualificado como seguro, nos termos da lei brasileira.

Tratarei de cada uma dessas perspectivas, respectivamente, nas partes I, II e III adiante. A parte IV contém a resposta aos quesitos.

I. A sub-rogação pelo FGC é determinada pelo Conselho Monetário Nacional

Uma extensa literatura indica que as peculiaridades da atividade financeira tornam os bancos especialmente suscetíveis a crises de liquidez e solvência.² A regulação bancária prevê uma série de mecanismos destinados

¹ Por exemplo: se um depositante tinha à data da liquidação do banco R\$ 300.000,00 em conta-corrente, ele receberá R\$ 250.000,00 do FGC. Adiante, por conta da sub-rogação, o FGC habilitará esse crédito de R\$ 250.000,00 contra o banco. Da mesma forma, o depositante poderá habilitar o crédito de R\$ 50.000,00 contra o mesmo banco insolvente.

² Sobre o tema, v. por exemplo BAGEHOT, Walter. *Lombard street: a description of the money market*. Nova York: John Wiley & Sons, Inc., 1999; DIAMOND, Douglas W.; DYBVIK, Philip

a minimizar os riscos e mitigar os efeitos das crises bancárias. Um deles é o mecanismo de garantia de depósitos.³

A discussão em torno da criação de um mecanismo de garantia de depósitos no Brasil vem de longa data. Formas primitivas incluem o Decreto Federal 36.783, de 1955, e o Fundo de Garantia de Depósitos e Letras Imobiliárias — FGDLI, instituído em 1967.⁴ Esses foram mecanismos bastante limitados e, no geral, de pouco impacto na vida econômica e financeira do Brasil.

Na década de 1980, a ideia de criar um mecanismo de garantia de depósitos voltou a ganhar força.⁵ O comando para a sua criação acabou refletido no texto original da Constituição Federal de 1988, que previu, em seu art. 192, inciso VI, a criação de um “fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União”.⁶ Em resposta a essa previsão, mais de nove Projetos de Lei Complementar tratando da matéria foram apresentados no Congresso. Nenhum deles restou aprovado.

Foi necessária a eclosão de uma grave crise financeira para que a criação do FGC saísse do papel. A fim de fomentar a recuperação da confiança no sistema financeiro nacional, a criação do FGC foi determinada em 1995 pela Resolução do CMN 2.197. A edição dessa resolução fez parte de um amplo programa governamental de reestruturação e regulação do setor financeiro, programa esse que incluiu também a mudança de diversas legislações, a privatização de bancos estaduais e a criação do Proer (Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional).⁷

H. Bank runs, deposit insurance, and liquidity. *Journal of Political Economy*, v. 91, n. 3. Chicago: The University of Chicago Press, 1983.

³ Opta-se aqui por utilizar a expressão “garantidor de depósitos” pela sua recorrência na literatura nacional e internacional, embora seja comum — e este é o caso do FGC — que tais instituições garantam não apenas depósitos, mas também outros tipos de créditos.

⁴ Também o Decreto-lei nº 1.342/1974 permitiu que o CMN autorizasse o Banco Central a aplicar recursos das reservas monetárias na recomposição do patrimônio ou pagamento de passivos de instituições financeiras a fim de “assegurar a normalidade dos mercados financeiro e de capitais ou a resguardar os legítimos interesses de depositantes, investidores e demais credores acionistas e sócios minoritários”.

⁵ Sobre o tema, v. estudo elaborado pela comissão de estudos criada pelo Decreto 91.159 de 1985; Voto Diban 86/023, de 1986; Sugestão Acrefi de 1988; e estudos da Comissão Diban/Dejur, também de 1988. Cf. BRAGA, Vicente Piccoli M. *Arbitragem regulatória × one size fits all: a discricionariedade na regulação bancária internacional entre Cila e Caríbdis*. Dissertação de mestrado. FGV, 2014.

⁶ Texto eliminado pela Emenda Constitucional 40/2003.

⁷ O Proer vigorou de 1995 a 2001 e foi um programa do governo federal voltado a sanear o sistema financeiro para evitar a propagação de uma crise sistêmica.

Além de determinar a criação do FGC, o CMN regulamentou detalhadamente seu funcionamento, inclusive os mecanismos de pagamento e recuperação de créditos. Em particular, desde o princípio, a sub-rogação pelo FGC em créditos por pagamento de dívidas garantidas estava, como continua estando, expressamente determinada em regulamento do CMN.⁸ Isso quer dizer que a sub-rogação decorre antes de tudo de disposição legal de caráter impositivo, que, portanto, obriga a todos sujeitos ao poder estatal nas circunstâncias relevantes. Segue que a sub-rogação não pode ser reduzida a mero arranjo contratual ou societário dos associados do FGC, porque tem força normativa e é um componente do grande quadro da regulação das finanças no Brasil. É o que passo a demonstrar.

1.1 O FGC é uma associação privada sui generis

O FGC é uma associação privada sem fins lucrativos, mas difere das demais associações civis em pelo menos dois aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, enquanto as associações civis são de modo geral criadas apenas para atender a interesses de seus próprios associados, o FGC foi criado para atender também aos ditames do regulador bancário.

Por conta disso, enquanto as associações civis têm seu regramento de modo geral gestado e compreendido a partir do Direito Privado, as atividades do FGC fazem parte de um esquema regulatório mais amplo. E isso é congruente com seu modelo constitutivo: enquanto as demais associações civis são criadas apenas por ato de autonomia de seus associados, o FGC teve sua criação determinada por resolução editada pelo CMN. Da mesma forma, enquanto o objeto das demais associações civis é determinado privadamente, o objeto social do FGC foi estabelecido pelo CMN.

Segue que a disciplina jurídica do FGC difere da disciplina das demais associações civis. Por exemplo, enquanto que para as associações civis em geral vigora de modo amplíssimo o princípio da liberdade de associação — segundo o qual, na dicção do art. 5º, XX, da Constituição Federal, “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado” —, a definição dos membros associados do FGC foi determinada por ato normativo do CMN.

⁸ Cf. art. 5, III do Anexo I da Resolução CMN 2.211/1995; art. 5, III do Anexo I, da Resolução CMN 3.024/2002; art. 10 do Anexo I da Resolução CMN 4.222/2013; e arts. 3º e 10 da Resolução CMN 4.469/2016.

Especificamente, o art. 1º, parágrafo único, da já citada Resolução 2.197/1995, estabeleceu que “[a]s instituições financeiras que recebem depósitos à vista, a prazo e em contas de poupança, e as associações de poupança e empréstimo serão associadas da entidade e dela participarão como contribuintes”⁹ (grifei). O verbo sublinhado indica um comando: as instituições financeiras mencionadas no regulamento devem estar associadas; não se trata de mera escolha, nem de simples exercício da liberdade de associar-se, ou não.

É claro que essas instituições todas não estão, no sentido do texto constitucional, “compelidas” a associar-se ao FGC. O que a Constituição veda é a associação referida na doutrina como “coativa”, isto é, inescapável.¹⁰ Ocorre que a associação das instituições financeiras ao FGC não é “coativa”, mas sim “obrigatória” (ou “induzida”), porque constitui ônus para a prática de atividade financeira no Brasil.

A associação ao FGC — tolerada constitucionalmente — é, como se vê, obrigatória para as instituições financeiras. Ela é uma contrapartida pelo privilégio de integrar o sistema financeiro nacional, e tem a finalidade de fomentar a confiança no sistema financeiro nacional. Nisso há evidente diferença entre o FGC e as demais associações civis.

Em segundo lugar, a normatividade das regras previstas no estatuto social do FGC tem uma origem diversa das regras comumente previstas em estatutos de associações civis. Enquanto nas associações civis comuns o regramento tem origem autônoma — pois as regras são determinadas apenas pelos associados, dentro do espaço de autonomia privada estabelecido pela legislação civil —, no FGC as regras têm origem heterônoma — isto é, são definidas a partir de um ato de autoridade estatal com competência específica.¹¹

⁹ Também coube à mesma resolução determinar, logo no parágrafo seguinte, que não seriam membros associados do FGC “as cooperativas de crédito e as seções de crédito das cooperativas”. As cooperativas têm hoje seu próprio fundo garantidor, o FGCoop. Importante notar que o FGCoop também contempla expressamente mecanismo de sub-rogação em créditos garantidos e pagos. Cf. Resolução CMN 4.284, anexo I, art. 3º, §1º. Confira-se: “[o] FGCoop, por efetuar o pagamento de dívidas de instituições associadas, tem o direito de reembolsar-se do que pagou nos termos do art. 346, inciso III, do Código Civil, e poderá alienar os ativos adquiridos em decorrência do cumprimento do seu objeto social”.

¹⁰ Sobre a distinção entre associação coativa e obrigatória (ou induzida), v. RUBINO, Domenico. *Le associazioni non riconosciute*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1952. p. 2. V. também ROSEMBLUM, Nancy L. *Compelled association*. In: GUTMANN, Any. *Freedom of association*. New Jersey: Princeton, 1998. p. 75.

¹¹ Para uma formulação clássica das ideias de autonomia e heteronomia, v. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito* (1973). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 48-49 e 178-181.

Já se vê, então, que o FGC é uma associação civil *sui generis*. Ela difere do modelo básico previsto no Código Civil, mas não pode ser equiparada a nenhum dos subtipos de associações civis especificamente disciplinados no ordenamento brasileiro: as associações de finalidades públicas (disciplinadas pela Lei 91/1935, hoje revogada), as associações qualificadas como organizações sociais (cf. Lei 9.637/1998) e as associações qualificadas como organizações sociais de interesse público (cf. Lei 9.790/1999).

Além disso, a origem heterônoma aproxima o estatuto do FGC daquilo que convencionalmente se chama de “lei”, e o afasta do que convencionalmente se chama de “contrato”. De fato, numa associação civil qualquer, o conteúdo do estatuto social é determinado pelos associados em documento próprio, com relativa amplitude para definição das mais variadas questões organizativas, nos termos e limites da legislação civil.

Já o estatuto social do FGC teve seu conteúdo determinado por resolução do CMN — não por um capricho, mas porque há interesse público no regramento das atividades do FGC. Por isso, as regras do estatuto do FGC se revestem não apenas do caráter normativo próprio de um estatuto social, mas também da *autoridade* própria da lei.

Especificamente, a já citada Resolução 2.197/1995 dispôs que o estatuto social do FGC, à ocasião ainda a ser criado, seria posteriormente submetido a “aprovação” pelo CMN.¹² Tal aprovação pelo CMN ocorreu três meses adiante, por ocasião da edição da Resolução CMN nº 2.211/1995.

Ocorre que essa posterior “aprovação” do estatuto social do FGC pela Resolução CMN nº 2.211/1995 não foi uma chancela estatal — digamos, um carimbo com o “de acordo” ou uma homologação de ato jurídico de natureza privada previamente realizado. Se assim fosse, já estaríamos longe das associações civis usuais — para as quais em regra não se requer autorização —,¹³ mas talvez estivéssemos diante da técnica de regulação híbrida entre público e privado que o direito norte-americano chama de “incorporation by reference”, isto é, a técnica legislativa de codificar em lei ou regulamento textos que previamente vigiam apenas como autorregulação.¹⁴

¹² Resolução 2.197/1995, art. 2º, *caput*.

¹³ Cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Associações sem fins econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 150 (“O exercício da liberdade de associação não admite qualquer espécie de autorização estatal e, nesse sentido, ressalta-se a característica dessa liberdade como autêntica garantia”).

¹⁴ BREMER, Emily S. Incorporation by Reference in an Open-Government Age. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 36. n. 1, p. 131-210, 2013.

Não é nada disso o que ocorreu. A ordem foi outra: primeiro o CMN editou resolução determinando de forma imperativa o conteúdo básico do estatuto social do FGC;¹⁵ nisso consistiu a “aprovação” do estatuto social do FGC pelo CMN. Só então foi o referido estatuto efetivamente adotado, assinado e registrado. Daí dizermos que as regras previstas no estatuto social do FGC tenham a força normativa de regulamento editado pelo CMN. Desconsiderar tais regras — inclusive, como se verá, desconsiderar a regra da sub-rogação prevista no referido estatuto social — equivale a afrontar lei estatal.

1.2 A regra de sub-rogação pelo FGC consta de regulamento do CMN

Já vimos que uma situação comum em que o FGC exerce seu papel de garantidor surge quando é decretada a intervenção ou liquidação de um banco associado. Nesses casos, o FGC liquida a dívida do banco com certos credores, especialmente depositantes, até o teto determinado pelo CMN.¹⁶ Ao solver a dívida do banco liquidado para com um credor (ou depositante), em uma estrutura assimilável àquilo que se convencionou chamar de *garantia autônoma*,¹⁷ o FGC automaticamente se sub-roga no valor daquele crédito contra o banco insolvente.

A sub-rogação é a substituição de uma pessoa ou coisa por outra, com manutenção de ônus e atributos originais. É comum atribuir três funções principais à sub-rogação pessoal:¹⁸ substitutiva (para retirar o caráter personalíssimo da obrigação, de modo que terceiros possam substituir a posição do credor), de garantia (garante ao credor o pagamento do crédito e dá garantia ao *solvens* pelo retorno do valor pago) e de crédito (permite a concessão de crédito, como no caso dos contratos de *factoring*).¹⁹ No direito brasileiro, a sub-rogação pode ser legal (art. 346 do Código Civil) ou convencional (art. 347 do Código Civil).

¹⁵ Cf. Resolução CMN nº 2.211/1995.

¹⁶ Resolução CMN 4.469/2016, anexo I, art. 3º.

¹⁷ V. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias* (2010). 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 125-126, identificando uma garantia autônoma “quando o garante assume, em face do credor de uma obrigação autônoma relativamente à obrigação garantida decorrente de um outro contrato, o contrato base”.

¹⁸ Há ainda a sub-rogação real, em que se substitui o objeto da relação jurídica. Por exemplo, cf. arts. 1.719 e 1.848 do Código Civil.

¹⁹ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5, t. I, p. 488-489.

No caso do FGC, a sub-rogação contra o banco insolvente no direito de crédito relativo ao valor já pago decorre, em primeiro lugar, do disposto no art. 346, III, do Código Civil:

Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:

[...]

III — do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

Ou seja, a sub-rogação pelo FGC conta com modelo jurídico explicitado no Código Civil. Ela ocorre por determinação da lei civil, independentemente de autorização do CMN ou de autorização convencional.

Nada obstante, optou o CMN por também impor expressamente a sub-rogação pelo FGC através de regulamento. Em particular, o CMN disciplinou tal sub-rogação por duas vezes na Resolução CMN 4.469/2016. Confira-se:

Art. 3º O FGC tem por objeto prestar garantia sobre instrumentos financeiros emitidos ou captados pelas instituições associadas, referidas no art. 11 deste estatuto, nas situações de:

[...]

Parágrafo único. O FGC, por efetuar o pagamento de dívidas de instituições associadas, tem o direito de se reembolsar do que pagou nos termos do art. 346, inciso III, do Código Civil. [grifei]

E logo adiante:

Art. 10. Constituem receitas do FGC:

[...]

III — recuperações de direitos creditórios nas quais o FGC houver se sub-rogado, em virtude de pagamento de dívidas de instituições associadas relativas a créditos garantidos; [grifei]

Como se vê, a sub-rogação pelo FGC, além de decorrer da regra de Direito Civil aplicável, é tema de particular e específica disciplina regulamentar por parte da autoridade competente.

1.3 A sub-rogação compõe a regulação do sistema financeiro nacional

A determinação por parte do CMN da sub-rogação pelo FGC em direitos creditórios garantidos e pagos encontra sua justificação na política regulatória posta em prática pelo CMN. É possível compreender tal política regulatória recorrendo-se à literatura internacional e à análise sistemática da regulação do sistema financeiro nacional. Especificamente, é possível identificar quatro motivos a justificar interesse público na sub-rogação pelo FGC.

Em primeiro lugar, a sub-rogação pelo FGC se justifica como medida de incentivo à higidez das práticas e condutas no sistema financeiro nacional. O que aconteceria se não fosse observada a sub-rogação pelo FGC prevista na Resolução CMN 4.469/2016? É certo que o credor original não poderia manter seu direito creditório integral frente à instituição insolvente. Se isso ocorresse, qualquer recebimento posterior seria um duplo pagamento pelo mesmo crédito, e, logo, uma evidente hipótese de enriquecimento sem causa. Segue que, se não houvesse sub-rogação pelo FGC, o valor da dívida pago pelo FGC ao credor ou depositante teria que ser simplesmente excluído do passivo do banco socorrido.

Mas excluir do passivo do banco a dívida (ou porção da dívida) paga pelo FGC ao credor do banco não seria adequado do ponto de vista da política regulatória. É que grandes credores do banco insolvente, seus controladores ou administradores, poderiam começar a estrategicamente trabalhar com a expectativa de salvamento pelo FGC como forma de cancelamento ou redução de dívidas do banco. Seria uma fraude, mas uma fraude difícil de ser demonstrada. E a regulação, para recorrermos à metáfora clássica do juiz Holmes, lida com a hipótese de que os destinatários das regras jurídicas sejam “homens maus”.²⁰ Se a sombra do oportunismo não estivesse escondida em cada canto do mercado financeiro, não precisaríamos de regulação.

Em segundo lugar, a sub-rogação se justifica como medida de fomento à confiança no sistema financeiro nacional. A recuperação de créditos nos quais o FGC tenha se sub-rogado constitui receita do FGC.²¹ Mas aqui é preciso notar que o FGC é uma associação sem fins econômicos, que, portanto, não distribui resultados nem paga dividendos para seus associados. As receitas do FGC

²⁰ HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. *Harvard Law Review*, v. 10, n. 457, 1897.

²¹ Resolução CMN 4.469/2016, anexo I, art. 10, III.

servem para criar um colchão de reserva que será usado para lidar com crises futuras. Por isso, interessa não apenas às instituições financeiras, mas também ao regulador, destinar as receitas de sub-rogação ao FGC: não para aumentar a lucratividade dos bancos, mas para aumentar o poder de fogo do FGC para proteger a poupança popular na eventualidade de surgirem crises bancárias. Em síntese: toda a sociedade brasileira se beneficia da cobertura ofertada pelo FGC, porque tal cobertura fomenta a confiança pública no sistema financeiro nacional.

Em terceiro lugar, a sub-rogação por parte do FGC é consistente com a política regulatória posta em prática no Brasil nos últimos anos de constantemente ampliar a atuação do FGC. Criado originalmente para servir apenas como garantidor de depósitos, o FGC foi paulatinamente adquirindo outras funções ligadas à manutenção da estabilidade e prevenção de crises bancárias sistêmicas. Só que tal ampliação de funções do FGC é incompatível com a redução de suas fontes de receita. Daí, novamente, a preocupação do CMN em ininterruptamente determinar a sub-rogação pelo FGC em regulamento.

Finalmente, do ponto de vista regulatório interessa que um dos maiores credores da instituição em regime de intervenção, liquidação, estado de insolvência ou massa falida seja o FGC. Ao contrário dos demais credores, o FGC não está interessado simplesmente em maximizar a recuperação do valor dos recebíveis da massa. Por fazer parte da rede de segurança de todo sistema financeiro, o FGC tem interesse em, no curso do processo de liquidação ou intervenção, buscar a estratégia de resolução (ou recuperação) que mais contribua para a normalização e estabilização de todo o mercado financeiro. Isso pode incluir, por exemplo, ações voltadas a proteger o valor da marca da entidade insolvente de modo a maximizar a recuperação de valores no médio prazo.

Como se vê, quando tratamos do funcionamento do FGC não estamos a lidar simplesmente com uma iniciativa isolada das instituições financeiras brasileiras, mas sim com um elemento do grande quadro regulatório das finanças — quadro este que, como veremos adiante, não se limita ao Brasil e tem na sub-rogação pelo garantidor de depósitos um componente importante, que não pode ser tratado separadamente do restante do arcabouço regulatório. Enxergar apenas a árvore sem ver a floresta é um exercício no mínimo incompleto, e bastante arriscado.

II. A sub-rogação pelo FGC decorre de previsão de direito internacional

A sub-rogação pelo FGC em créditos garantidos e pagos foi determinada pelo CMN como parte de uma estrutura regulatória abrangente. Cabe agora mostrar que a disciplina da sub-rogação pelo FGC determinada pelo CMN é não apenas consistente com as práticas regulatórias internacionais, mas é também direcionada por certas disposições de Direito Internacional.

2.1 Garantidores de depósito em perspectiva comparada

Garantidores de depósitos são entidades que se comprometem a salvar guardar depósitos na hipótese de o banco depositário entrar em dificuldades. Logo, mesmo que o Tesouro de muitos países garanta implicitamente seus depositantes ou credores, não se pode dizer que tais países tenham um “garantidor”.²² É a qualidade de ser explícito que torna uma entidade, tal qual o FGC, um garantidor de depósitos.

A função principal do “garantidor” é, como não poderia deixar de ser, garantir depósitos e outros tipos de créditos titularizados por depositantes e certos credores dos bancos e outras instituições financeiras. Essa atividade é conhecida na literatura especializada como *paybox*, ou *paybox* clássico. Pouco a pouco, entretanto, as funções dos garantidores foram se expandindo. Hoje, além da função garantidora básica, outras três funções são reconhecidas: de *paybox plus*, de minimizador de perdas e de minimizador de riscos.²³

²² Sobre obrigações que surgem em situações de crise sistêmica, v. Bruno Meyerhof Salama e Osny da Silva Filho, *Elasticity, incompleteness, and constitutive rules*, Columbia Law School Blog Blue Sky, 30/7/2013.

²³ *Grosso modo*, a função de *paybox plus* diz respeito à eventual atuação na provisão de liquidez a bancos em dificuldades ou ao desempenho de outras funções pontuais no contexto de resoluções bancárias. Quando os garantidores se engajam ativamente na seleção e consecução de estratégias visando diminuir os custos decorrentes das resoluções bancárias, esses têm seus mandatos classificados como de minimizador de perdas (*loss minimizer*, na dicção da literatura especializada). Quando além dessas outras funções os garantidores possuem uma gama considerável de competências acerca da minimização de riscos, aí incluídos poderes de supervisão prudencial, esses têm seus mandatos classificados como de minimizador de risco (*risk minimizer*). Sobre o tema, v. FSB — Financial Stability Board. *Thematic Review on Deposit Insurance Systems: Peer Review Report*, 2012.

Mundo afora, os garantidores de depósito variam quanto à sua natureza.²⁴ A depender da jurisdição, pode-se tratar de um órgão público, de uma entidade privada, ou mesmo mista, na hipótese de uma administração conjunta, tal como ocorre na Alemanha e Japão. O mais comum, contudo, é que se trate de um órgão público.²⁵ No Brasil, o órgão é privado (como vimos, o FGC é uma associação civil). Os problemas daí resultantes, contudo, são mitigados pela força normativa do seu regramento, conforme exposto na Parte I acima.

A literatura especializada aponta que a criação de garantidores de depósito remonta ao ano de 1829, quando o estado de Nova York instituiu o primeiro garantidor de depósitos, o *New York Safety Fund*, em resposta à intensa insatisfação pública com diversas crises bancárias.²⁶ A estrutura desse primeiro garantidor teve inspiração declarada nas regulações aplicáveis aos mercadores de Hong, do sistema de comércio do Cantão, na China.²⁷ Tais regras impunham que os comerciantes autorizados a negociar com estrangeiros pudessem ser exigidos pelas obrigações uns dos outros. Portanto, a ideia-gênese da garantia de depósitos é a de *mutualidade*, porque em contrapartida ao privilégio de acessar um mercado os participantes deveriam garantir seus pares.²⁸

A partir disso, a ideia ganhou o mundo, com garantidores estaduais se multiplicando pelos estados dos Estados Unidos e com o primeiro garantidor nacional sendo instituído na antiga Tchecoslováquia, em 1924.²⁹ Contudo, foi apenas a partir das décadas de 1960 e 1970 que, na esteira da globalização financeira, a criação de garantidores de depósito se difundiu globalmente. Atualmente, 113 jurisdições contam com alguma modalidade explícita de sistema de garantia de depósitos.

²⁴ Os garantidores variam, também, quanto à obrigatoriedade da adesão pelos bancos, quanto à extensão da cobertura, quanto à fonte dos recursos e quanto ao momento do financiamento.

²⁵ Este é, inclusive, o caso dos Estados Unidos, como descrito na parte III.

²⁶ Cf. BRAGA, Vicente Piccoli M. *Arbitragem regulatória × one size fits all: a discricionariedade na regulação bancária internacional entre Cila e Caríbdis*. Dissertação de mestrado. FGV, 2014.

²⁷ FDIC. Federal Deposit Insurance Corporation. *A brief history of deposit insurance in the United States*. 1998. p. 3; GOLEMBE, Carter H. The deposit insurance legislation of 1933: an examination of its antecedents and its purposes. *Political Science Quarterly*, v. 76, n. 2, p. 183, jun. 1960.

²⁸ Sobre o tema, SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 683. No mesmo sentido, SALAMA, Bruno M.; BRAGA, Vicente P. M. *Dois equívocos sobre o FGC*. Valor Econômico, p. a12, 8/8/2014.

²⁹ CAMARA, Modibo K.; MONTES-NEGRET, Fernando. *Deposit insurance and banking reform in Russia*. World Bank Policy Research Working Paper 4056, Nov. 2006, p. 2.

2.2 Expansão internacional da indústria bancária

A multiplicação de garantidores de depósito ao redor do mundo é reflexo da globalização financeira. Até meados do século XX, as atividades financeiras internacionais basicamente se limitavam ao comércio internacional. A atividade bancária internacional era incomum. Como expus em outro trabalho,

[t]anto as estruturas societárias e organizações de controle do negócio, quanto as estruturas físicas, clientes, credores e produtos bancários — tudo estava frequentemente, dentro de um só país. Nas últimas décadas, contudo, essa situação mudou radicalmente. A realização de operações bancárias internacionais deixou de ser exceção e passou a ser regra.³⁰

A globalização das finanças e a criação de bancos multinacionais a partir da década de 1970 puseram em marcha um processo de criação de um direito internacional bancário. Contudo, no mais das vezes os países não conseguiram atingir o grau de coesão política necessário para a edição de tratados e outros instrumentos típicos do Direito Internacional Público. Ao contrário, a relativa convergência e globalização jurídica foi posta em prática através da cooperação de reguladores em fóruns internacionais de diálogo e coordenação de políticas.

O primeiro e mais marcante desses fóruns foi criado em 1974, quando os presidentes dos bancos centrais do grupo das dez nações mais ricas do Ocidente à época, juntamente com Luxemburgo, decidiram criar o Comitê da Basileia. Ao contrário de instituições financeiras internacionais que editam regras que têm status de normas de direito internacional público, como o Fundo Monetário Internacional e a Organização Mundial do Comércio, o Comitê da Basileia não tem status de organização internacional, e atua de maneira relativamente informal.

Publicadas sempre na forma de recomendações, as regras e princípios do Comitê da Basileia foram pouco a pouco se tornando o caso icônico do que em Direito Internacional Público se convencionou chamar de *soft law*. A *soft law* compreende normas estabelecidas em instrumentos sem força

³⁰ SALAMA, Bruno M. De onde viemos? Inovação e resposta regulatória na indústria bancária no pré-crise. *Revista Direito GV*, v. 10, p. 328, 2010.

jurídica obrigatória que, no entanto, podem produzir efeitos jurídicos indiretos, principalmente influenciando o processo de criação regulatória nos diversos países.³¹

Com o tempo, foram surgindo diversos outros órgãos internacionais que, de forma similar ao Comitê da Basileia, estabeleciam regras do tipo *soft law* aplicáveis aos sistemas financeiros nacionais. Exemplos marcantes incluem o Comitê de Estabilidade Financeira (*Financial Stability Board* — FSB), a Organização Internacional das Comissões de Valores (*International Organization of Securities Commissions* — Iosco), a Associação Internacional de Supervisores de Seguro (*International Association of Insurance Supervisors* — Iais), e o Conselho de Normas Internacionais de Contabilidade (*International Accounting Standards Board* — Iasb), dentre outros.

Para os garantidores de depósitos também existe um órgão internacional produtor de *soft law* que define princípios e melhores práticas. Trata-se da Associação Internacional dos Garantidores de Depósitos (*International Association of Deposit Insurers* — Iadi). Como veremos a seguir, há uma diretiva do Iadi estabelecendo que o garantidor de depósitos deve sub-rogar-se nos créditos decorrentes de pagamento de dívidas de instituições financeiras garantidas.

2.3 A sub-rogação nas regras do Iadi e as diretivas da União Europeia

O Iadi tem por objetivo estabelecer os princípios e definir as melhores práticas para garantidores de depósito mundo a fora.³² O Iadi opera na sede do Banco de Compensações Internacionais (*Bank of International Settlements* — BIS), na Basileia, com autonomia administrativa e financeira. A associação foi fundada em 2002, mas tem origem em grupos de estudos conduzidos desde antes no Comitê de Estabilidade Financeira (*Financial Stability Board* — FSB).

³¹ Para uma discussão abrangente do papel da *soft law* especificamente no setor financeiro, v. GIOVANOLI, Mario. A new architecture for the global financial market: legal aspects of international financial standard setting. In: GIOVANOLI, Mario (Ed.). *International monetary law: issues for the new millenium*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 35-36.

³² A Iadi também realiza levantamentos anuais de dados com todos os seus membros e desenvolve uma série de trabalhos de orientação abordando diversos assuntos ligados à atividade de garantia de depósitos. A organização também oferece auxílio no estabelecimento de mecanismos de garantia de depósitos aos países interessados.

O Iadi atualmente possui 80 membros, dentre os quais o Brasil, além de 10 países associados e 13 países parceiros.

Em 2009, o Iadi editou em conjunto com o Comitê da Basileia os *Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems*, ou “Princípios Essenciais para Sistemas de Garantia de Depósitos Efetivos”, como é hoje usual traduzir. Esse documento foi revisado e compilado em 2014. A questão da sub-rogação pelo garantidor de créditos é tratada no Princípio 16, nos seguintes termos:

Principle 16 — RECOVERIES. The deposit insurer should have, by law, the right to recover its claims in accordance with the statutory creditor hierarchy. Essential criteria 1. The deposit insurer’s role in the recovery process is clearly defined in law. The deposit insurer is clearly recognised as a creditor of the failed bank by subrogation.

Essential criteria 2. The deposit insurer has at least the same creditor rights or status as a depositor in the treatment in law of the estate of the failed bank.

Em tradução livre ao português:

Princípio 16: RECUPERAÇÃO. O garantidor de depósitos deve, por lei, ter direito de recuperar seus direitos de acordo com a hierarquia dos credores.

Critério essencial 1. O papel do garantidor de depósitos no processo de recuperação de créditos deve estar claramente definido em lei. O garantidor de depósitos é claramente reconhecido por sub-rogação como credor do banco insolvente.

Critério essencial 2. O garantidor de depósitos deve ter pelo menos os mesmos direitos creditícios e o mesmo status do depositante na disciplina jurídica da massa do banco insolvente. [grifei]

Repare: a lei deve dar ao garantidor o direito de perseguir a recuperação dos valores pagos através de sub-rogação. Além disso, a sub-rogação é tratada como um critério “essencial”, o que reforça sua importância no amplo esquema de regulação bancária de que fazem parte os garantidores de depósito. Essas considerações são perfeitamente consistentes com os argumentos apresentados na Parte I acima, em que se enfatizou a disciplina estabelecida pelo CMN para o sistema financeiro nacional.

A força dessa diretiva internacional do Iadi pode ser percebida também com o exame do direito comparado. Em particular, a União Europeia a consagrou como regra aplicável a todos seus Estados-membros. Especificamente, em 2014 a União Europeia promulgou a Diretiva³³ 2014/49/EU,³⁴ relativa aos sistemas de garantia de depósitos e em atualização à Diretiva 94/19/EC, de 30/5/1994.

Confira-se o teor do Considerando 41 do referido documento:

(41) A fim de assegurar o reembolso, os SGD [sistemas de garantia de depósitos] deverão ficar sub-rogados na titularidade dos direitos dos depositantes reembolsados contra a instituição de crédito em situação de insolvência. Os Estados-Membros deverão ter a possibilidade de limitar o período em que os depositantes cujos depósitos não tenham sido reembolsados ou reconhecidos nos prazos fixados para o reembolso têm direito ao reembolso dos seus depósitos, a fim de permitir que os SGD exerçam os direitos em cuja titularidade ficaram sub-rogados até à data em que esses direitos devam ser reclamados num processo de insolvência. [grifei]

Logo adiante, no mesmo sentido, lê-se:³⁵

Artigo 9º Direitos contra os SGD [sistemas de garantia de depósitos]

1. Os Estados-Membros asseguram que o direito ao reembolso dos depositantes possa ser objeto de ação contra o SGD.
2. Sem prejuízo de outros direitos que lhes caibam ao abrigo do direito nacional, um SGD que efetue pagamentos a título de garantia num quadro nacional fica sub-rogado nos direitos dos depositantes em processo de liquidação ou de saneamento, num montante igual ao

³³ Diretiva é um instrumento legal que cria aos Estados-membros destinatários uma obrigação de fim, a ser alcançado dentro de determinado período pelo processo legislativo interno de cada país.

³⁴ UE — União Europeia. DIRETIVA 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014, relativa aos sistemas de garantia de depósitos. 2014.

³⁵ Note-se que a Diretiva anterior (94/19/EC, de 30/5/1994) também já dispunha sobre a sub-rogação em seu artigo 11º, *in verbis*, “[s]em prejuízo de quaisquer outros direitos que lhes caibam ao abrigo da legislação nacional, os sistemas que efetuem pagamentos a título da garantia ficarão sub-rogados na titularidade dos direitos dos depositantes no processo de liquidação, em montante igual ao dos pagamentos que tenham efetuado”.

dos pagamentos que tenha efetuado aos depositantes. Caso um SGD efetue pagamentos no contexto de processos de resolução, incluindo a aplicação de instrumentos de resolução ou o exercício de poderes de resolução nos termos do artigo 11º da presente diretiva, o SGD tem direito de crédito contra a instituição de crédito em causa num montante igual ao dos seus pagamentos. Esse direito tem a mesma graduação hierárquica dos depósitos cobertos nos termos do direito nacional que rege os processos normais de insolvência, tal como definido na Diretiva 2014/59/UE.

3. Os Estados-Membros podem limitar o período em que os depositantes, cujos depósitos não tenham sido reembolsados ou reconhecidos pelo SGD nos prazos fixados no artigo 8º, n.ºs 1 e 3, têm direito ao reembolso dos seus depósitos. [grifei]

Como se vê, ao determinar em regulamento a sub-rogação pelo FGC nos créditos garantidos e pagos, o CMN não faz senão prover o país de um regramento consistente com práticas regulatórias estabelecidas internacionalmente.

III. A atuação do FGC não é equiparável a um seguro

Até aqui, vimos que a sub-rogação pelo FGC em direitos de crédito após pagamento de dívida de instituição associada decorre de disposição expressa do Código Civil (*cf.* art. 346). Adicionalmente, vimos que essa sistemática é reforçada por comando do CMN e, portanto, constitui componente da regulação financeira brasileira (*cf.* Resolução CMN 4.469/2016, arts. 3º e 10). Adiante, vimos que a sub-rogação pelo FGC em créditos solvidos é elemento do esquema internacional de regulação do setor financeiro (*cf.* IADI. *Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems* de 2014, Princípio 16). E, finalmente, vimos que tal disciplina é consistente com a regulação comunitária europeia (*cf.* Considerando 41 e art. 9º e Diretiva 2014/49/UE da União Europeia).

Esses elementos já são suficientes para demonstrar de forma cabal o aspecto cogente e imperativo da regra da sub-rogação pelo FGC de que aqui tratamos. Mas o raciocínio se completa com a diferenciação entre o esquema de garantia posto em prática pelo FGC e a contratação de um “seguro”.

Isso porque, como fui informado pelos consulentes, a episódica contestação em juízo da legalidade da sub-rogação do FGC parte de uma tentativa de equiparação do FGC a uma seguradora.

3.1 *Dois esclarecimentos preliminares*

Em conversas informais e na mídia, é comum encontrar referências ao FGC como um “segurador de depósitos”, ou um “segurador de créditos”. Esse uso não técnico do termo “segurador” pode ser atribuído pelo menos em parte à importação terminológica.

É que o garantidor de depósitos norte-americano — o mais notório do mundo — denomina-se *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC). Tal denominação traduzir-se-ia ao português, literalmente, em algo como “Companhia Federal de Seguro de Depósito”. Como se sabe, a palavra “insurance”, do inglês, traduz-se usualmente ao português como “seguro”. Aliás, a própria Associação Internacional dos Garantidores de Depósitos (*International Association of Deposit Insurers* — Iadi) possui o termo “insurance” na sua denominação.

Daí não decorre, no entanto, que os fundos garantidores de crédito mundo a fora sejam “seguradoras” em sentido técnico. Veja-se por exemplo o caso do FDIC, o garantidor de depósitos norte-americano ao qual acabamos de nos referir. Trata-se de uma *agency*, um ente governamental independente que participa do sistema de regulação financeira norte-americano. O FDIC não oferece apólices de seguro, não é regulado como seguradora, não cobra prêmio de seguro e não é tributado como uma seguradora.

Assim como o FDIC, o FGC tampouco pode ser tecnicamente qualificado como uma seguradora. O simples fato de que uma entidade — pública no caso norte-americano, privada no caso brasileiro — preste garantia (ou “seguro”, em sentido informal) de depósito não implica tratar-se propriamente de uma seguradora.

Isso fica ainda mais claro quando consideramos que, no direito brasileiro, as seguradoras devem ser sociedades por ações ou cooperativas, e devem ser autorizadas a funcionar pela Superintendência de Seguros Privados — Susep.³⁶ Mas, como vimos, o FGC é uma associação privada sem fins lucrativos; e nem

³⁶ Cf. Código Civil, art. 757, par. único: “Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada”. V. também DL 73/1966, arts. 24 e 36, a.

a Susep, nem o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), nem nenhum outro órgão responsável pela supervisão de seguradoras, jamais se ocupou do FGC.

Este é, então, o primeiro ponto a ser fixado: ainda que informalmente seja comum encontrar referências ao FGC como um “segurador de depósitos”, ou “segurador de créditos”, daí não segue que o FGC seja tecnicamente uma seguradora.

O segundo ponto a ser fixado, também em caráter preliminar, é o seguinte: ainda que se diga (e isso estaria incorreto) que a garantia prestada pelo FGC seja um “seguro”, daí não segue (sempre em abstrato) qualquer vedação à sub-rogação por parte do FGC no valor dos créditos garantidos e pagos.

Há na disciplina do Código Civil brasileiro dois tipos básicos de seguros, o seguro de dano (arts. 778 e ss.) e o seguro de pessoa (arts. 789 e ss.).³⁷ O objeto do seguro de pessoa são os riscos postos a uma vida plena. Aqui estão, por exemplo, o seguro de vida, de acidentes pessoais, seguro desemprego, de aposentadoria e de invalidez.³⁸ Um traço marcante do seguro de pessoa é o de que o capital segurado é estipulado pelo segurado, que pode inclusive contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com um ou mais seguradores.³⁹

Já no seguro de dano, o valor da indenização não pode superar o valor do interesse segurado no momento do sinistro. Por isso, o seguro de dano é orientado pela máxima de que *o segurado não pode “lucrar” com a ocorrência do sinistro*, o que configuraria enriquecimento sem causa. Ou seja, o valor da perda limita o valor da indenização.⁴⁰ Exemplos típicos de seguro de danos incluem, desse modo, o seguro de automóvel, o seguro de responsabilidade civil e o seguro contra incêndio, entre outros.

³⁷ É comum encontrar quem diga que haja quatro modalidades de seguros previstas no Código Civil: seguro de danos (arts. 778-786); seguro de responsabilidade civil (art. 787); seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios (art. 788); e seguros de pessoa, de vida, individual e em grupo (arts. 789-802). Os três primeiros, no entanto, estão agrupados em seção específica do Código Civil que trata de “seguro de danos”, e também por isso, para os presentes fins, é possível subsumi-los todos a uma mesma categoria jurídica.

³⁸ Embora do ponto de vista substantivo o seguro-saúde se aproxime da noção de seguro de pessoa, o Código Civil expressamente relegou sua disciplina jurídica para a legislação especial. Cf. art. 802: “Não se compreende nas disposições desta Seção a garantia do reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico, nem o custeio das despesas de luto e de funeral do segurado”.

³⁹ Cf. Código Civil, art. 789.

⁴⁰ Código Civil, art. 781. “A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador”.

Ora, sabemos que a indenização paga pelo FGC nunca excederá o valor dos créditos detidos contra a instituição financeira insolvente. Um depositante que possua, digamos, um depósito de R\$ 60.000,00 em um banco em liquidação, jamais receberá mais do que R\$ 60.000,00 do FGC. Ou seja, esse depositante jamais “lucrará” com o recebimento do valor garantido pelo FGC.

Daí vem uma conclusão importante: o esquema de garantia do FGC está mais próximo do seguro de dano do que do seguro de pessoa. Melhor dizendo: estivéssemos nós a tratar de um seguro (o que, até aqui, admite-se apenas para construir e organizar o raciocínio), forçoso seria reconhecer tratar-se de um seguro de dano.

Na seção 3.2 adiante veremos claramente que a garantia prestada pelo FGC não configura de modo algum um seguro de dano. Mas essa primeira aproximação da garantia do FGC ao seguro de dano (e distanciamento do seguro de pessoa) é importante porque, na dicção do Código Civil, o resultado do pagamento pelo segurador da indenização em um seguro de dano é muito claro:

Art. 786. Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.

[...]

§2º É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo. [grifei]

Quer dizer o seguinte: num seguro de dano, o segurador se sub-roga no valor do crédito garantido e pago. Essa conclusão inicial é importante porque, como dissemos, ainda que se pudesse equiparar a garantia do FGC a um seguro — o que, reafirme-se, seria incorreto por uma série de razões —, daí não seguiria qualquer vedação à sub-rogação. Vejamos em detalhe essa hipótese, ainda que descabida.

Se estivéssemos diante de um seguro de dano, os titulares do interesse segurado — beneficiários, portanto, da indenização — seriam os depositantes do banco insolvente. O banco, naturalmente, não poderia ser considerado o titular do interesse segurado, porque não é situação patrimonial do banco que se busca resguardar, mas sim a situação patrimonial dos depositantes e credores do banco.⁴¹ O FGC, então — sigamos com a hipótese —, poderia

⁴¹ Por partir desse entendimento equivocado, Antônio Junqueira de Azevedo assimila a relação estabelecida entre o FGC, os bancos insolventes e os depositantes a um contrato de seguro.

sub-rogar-se no valor do crédito titularizado pelos segurados (os correntistas) contra o autor do dano decorrente do descumprimento do contrato de depósito ou operação de crédito (que seria justamente o banco insolvente).

Neste ponto, pode-se também retomar a comparação entre o FGC e seu congênere norte-americano, o FDIC. É que a legislação federal norte-americana determina a sub-rogação pelo FDIC no valor dos créditos pagos a credores de instituições financeiras insolventes. Confira-se a seção §1821(g) do *Code of Laws of the United States of America*:⁴²

(g) *Subrogation of Corporation*

(1) *In general*

Notwithstanding any other provision of Federal law, the law of any State, or the constitution of any State, the Corporation, upon the payment to any depositor as provided in subsection (f) in connection with any insured depository institution or insured branch described in such subsection or the assumption of any deposit in such institution or branch by another insured depository institution pursuant to this section or section 1823 of this title, shall be subrogated to all rights of the depositor against such institution or branch to the extent of such payment or assumption.

Em tradução livre ao português:

(G) Sub-rogação da Companhia [o FDIC]

(1) Aspectos gerais

V. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Banco e fundo garantidor de crédito* (2000). In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. Junqueira afirma que a “desnaturalização” do tipo do seguro acarretaria a invalidade da sub-rogação estabelecida em lei: “É inválida e, portanto, ineficaz a cláusula estatutária a regulamentar a sub-rogação, tendo em vista que o Fundo Garantidor de Créditos — o segurador — não pode sub-rogar-se contra o segurado (Banco BMD S.A.) [note o equívoco: segurados seriam os depositantes, não o banco!], eis que uma cláusula desse teor ‘desnaturaliza’ o seguro” (284). Esse raciocínio só poderia ser sustentado se o direito das obrigações brasileiro seguisse um regime de tipicidade estrita, como ocorre com os nossos direitos reais e como ocorria no direito romano arcaico. Dada a abertura do direito obrigacional brasileiro à atipicidade (hoje explicitada no art. 425 do Código Civil), não há que se falar de invalidade contratual por conta de disposição de lei que traga elementos estranhos ao tipo fixado no Código Civil. Se assim não fosse, chegaríamos ao absurdo de afirmar a invalidade de quaisquer contratos atípicos.

⁴² O *Code of Laws of the United States of America* é uma compilação oficial das leis federais dos Estados Unidos.

Inobstante qualquer outra disposição em lei federal, lei de qualquer Estado, ou a constituição de qualquer Estado, mediante o pagamento a qualquer depositante, tal como previsto na subseção (f), relacionado a qualquer instituição depositária segurada ou filial segurada descrita na referida subseção ou a assunção de qualquer depósito em tal instituição ou filial por outra instituição depositária segurada de acordo com esta seção ou seção 1823 deste título, fica a Companhia [o FDIC] sub-rogada em todos os direitos do depositante perante tal instituição ou filial na extensão de tal pagamento ou assunção. [grifei]

Antes de prosseguir, retomo, então, os dois esclarecimentos preliminares até aqui apresentados: o FGC não é, tecnicamente falando, uma seguradora; e no seguro de dano a sub-rogação é a regra. Significa, primeiro, que nada se pode concluir juridicamente apenas pelo fato de que informalmente seja comum encontrar referências à garantia do FGC como um “seguro de depósito”, ou “seguro de crédito”. E, segundo, significa que ainda que a garantia do FGC fosse equiparável a um seguro, ainda assim nada obstaría a sub-rogação do FGC contra o devedor original após o pagamento da garantia.

3.2 Distinção entre a garantia do FGC e o contrato de seguro de dano

Resta agora distinguir a garantia prestada pelo FGC do seguro de dano, como segue.

a. O seguro como contrato

Um seguro é, antes de tudo, um contrato.⁴³ Por isso, a disciplina jurídica de uma cobertura securitária será, nos limites postos pela lei, definida a partir da autonomia privada. É claro que a liberdade das partes para contratar não é absoluta. O contrato de seguro é regrado detalhadamente pelo Código Civil,

⁴³ Tal é o que decorre do art. 757 do Código Civil (“Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”).

e ainda mais detalhadamente pelas autoridades competentes, que variam conforme o tipo de seguro (Susep, ANS⁴⁴ etc.). Ainda assim, dentro do quadro legalmente estabelecido, o conteúdo da contratação securitária é basicamente estabelecido pelas partes.

O mesmo não se pode dizer das atividades do FGC. Embora o FGC seja uma entidade privada, seu esquema de funcionamento — sua concepção e criação em meados dos anos 90, e a posterior ampliação do seu objeto social para atividades outras que não apenas a garantia de créditos e depósitos —, praticamente tudo foi determinado de forma cogente e imperativa em resoluções do CMN, órgão regulador máximo do sistema financeiro. Nisso há diferença importante entre um contrato de seguro e o esquema de pagamento e sub-rogação previsto para o FGC.

b. Não há tarificação do risco

Nos contratos de seguro, geralmente se permite a tarificação dos graus de risco nos prêmios. Por exemplo, em um seguro contra roubo de automóvel, quem tem garagem em casa pagará um prêmio menor do que quem não tem. Da mesma forma, em um seguro de responsabilidade civil de administradores, o prêmio será maior em setores mais arriscados e menor em setores menos arriscados. E assim, sucessivamente, o valor do prêmio irá flutuar e será proporcional ao risco de sinistralidade.

Já no caso do FGC não há qualquer proporcionalidade entre o valor das contribuições que as instituições financeiras fazem ao FGC, e o risco que cada uma delas individualmente representa. Todas as instituições financeiras associadas ao FGC recolhem o mesmo percentual fixado pelo CMN — 0,0125% ao mês sobre o valor dos depósitos.⁴⁵

Se o FGC seguisse a mecânica de tarificação típica de um segurador, as instituições financeiras mais arriscadas (digamos, os bancos mais novos ou menores) teriam que recolher uma contribuição proporcionalmente maior, porque o risco de necessitarem de cobertura é, naturalmente, maior. Já os

⁴⁴ Agência Nacional de Saúde — ANS.

⁴⁵ Nos termos do art. 2º da Resolução CMN 4.222/2013, conforme alteração dada pela Resolução CMN 4.469/2016: “[a] contribuição mensal ordinária das instituições associadas ao FGC é de 0,0125% (cento e vinte e cinco décimos de milésimos por cento) do montante dos saldos das contas referentes aos instrumentos relacionados no art. 2º, incisos I a X, do Anexo II, ainda que os créditos correspondentes não sejam cobertos pela garantia ordinária”.

bancos grandes e de grande tradição, por apresentarem em geral menor chance de quebra, recolheriam uma contribuição muito menor.

Mas essa gradação típica dos contratos de seguro não se observa na prática do FGC — na verdade, tal gradação é proibida pela regulamentação do CMN. Esse é um elemento adicional que demonstra que a garantia do FGC não tem natureza de seguro.

c. O FGC tutela a confiança no sistema financeiro

Por que, no esquema de garantia autônoma posto em prática pelo FGC, não há tarifação do risco? A resposta é esclarecedora para os temas aqui tratados. Os bancos se associam e contribuem ao FGC não para pagarem o prêmio de um seguro estipulado em favor de determinados credores, mas por estarem dando uma contribuição para reforçar a confiança no sistema financeiro de modo amplo.⁴⁶

Note bem: mesmo as instituições financeiras que não se beneficiam diretamente da garantia dada pelo FGC devem se associar ao FGC e a ele contribuir recursos. Essa é a determinação do CMN. A essa determinação estão sujeitas todas as instituições financeiras, inclusive, os bancos públicos e os grandes bancos privados. Mas os bancos públicos, por lei, não podem quebrar, logo não podem ter obrigações honradas pelo FGC. Da mesma forma, os grandes bancos privados tampouco têm expectativa de terem obrigações honradas pelo FGC, se bem que por um motivo diferente: a hipotética e improvável quebra de um desses grandes bancos privados representaria valores que em muito excederiam o patrimônio do FGC.

Por isso, a concreta expectativa de indenização não toca nem aos bancos públicos, nem aos grandes bancos privados. Mas o aumento da confiança dos clientes e investidores na solvência do sistema financeiro brasileiro como um todo — este é o ponto importante — lhes beneficia. Daí dizer-se que a função desempenhada pelo FGC é tutelar a confiança no sistema financeiro de modo amplo. Não se trata apenas de resguardar credores ou depositantes individualmente, como em um contrato de seguro.

⁴⁶ Sobre o tema, BRAGA, Vicente P. M. A confiança é um baldio? Considerações acerca de uma hipótese. *RIDB: Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, a. 2, n. 2, p. 967-985, 2013. Lisboa, Portugal: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013.

d. Ausência de bilateralidade

Essas reflexões acentuam o contraste entre o esquema posto em prática pelo FGC e um contrato de seguro. Pensemos ainda uma vez mais no caso de bancos públicos federais. Vimos que não há, do ponto de vista jurídico, possibilidade de pagamento de indenização pelo FGC aos credores e depositantes desses bancos, na medida em que sua insolvência é praticamente impossível. Ora, será correto qualificar como pagamento de “prêmio” a contribuição que essas instituições não sujeitas à cobertura fazem ao FGC?

É certo que não. Em um contrato de seguro, o prêmio é parte da bilateralidade que caracteriza a relação entre segurado e segurador: o primeiro tem a obrigação de pagar o prêmio; o segundo arca com o risco como uma contrapartida pelo pagamento do prêmio, e tem a obrigação de cobrir o sinistro. Se a obrigação está apenas de um lado (no caso, do banco federal), já não há mais bilateralidade. E sem bilateralidade, não pode haver contrato de seguro. E há mais: se não há configuração de contrato de seguro para alguns dos associados do FGC, é claro que tampouco poderia haver para os demais.

e. Efeitos da mora da instituição garantida

Chega-se à mesma conclusão de ausência de bilateralidade quando se consideram as consequências da falta de recolhimento de contribuições ao FGC por um banco associado, qualquer que seja ele. Suponha que um banco esteja em mora com o FGC, e que algum tempo depois se torne insolvente. Se o FGC fosse o segurador contratado por esse banco, então o FGC estaria desobrigado de indenizar os credores e depositantes do banco em mora. Se não há pagamento de prêmio, a cobertura do sinistro se torna inexigível. Essa é a regra do Código Civil.⁴⁷ E nem poderia ser diferente: o seguro é um contrato bilateral. Quando uma parte não cumpre sua obrigação, a outra está escusada de cumprir. É o que tradicionalmente se chama de *exceptio non adimpleti contractus*.⁴⁸

⁴⁷ Tal é o que decorre do art. 763 do Código Civil: “Não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”.

⁴⁸ Cf. Código Civil, art. 476. “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

É bem verdade que essa regra prevista no Código Civil pode ser esmiuçada e flexibilizada em casos especificamente regulamentados pela Superintendência de Seguros Privados — Susep, órgão público responsável por fiscalizar as seguradoras.⁴⁹ Tal é o que ocorre, por exemplo, através da Circular Susep nº 239/2003, que estabelece reduções proporcionais de cobertura no caso de inadimplemento do prêmio parcelado em contratos de seguros de danos.

Mas mesmo essas normas flexibilizadoras jamais poderiam ser evocadas por analogia para o caso do FGC. A mora do banco em nada impacta a obrigação do FGC de garantir o credor ou depositante daquele banco. Se por hipótese um banco associado deixar de recolher o percentual de 0,0125% sobre o valor dos depósitos mensais, ainda assim estará o FGC obrigado a indenizar credores e depositantes em caso de insolvência.⁵⁰ Essa dinâmica não é a de um contrato de seguro.

f. Inoponibilidade de exceções pessoais

Seria possível levantar a hipótese de equiparação da garantia do FGC a um *seguro de dano à ordem de outrem* — porque a indenização aproveita não ao banco estipulante, mas ao seu cliente. Mas nesse caso também haveria uma claríssima diferença em relação ao esquema posto em prática pelo FGC.

No *seguro de dano à ordem de outrem*, o segurador pode opor ao segurado exceções pessoais que tenha contra o estipulante, tudo conforme art. 767 do Código Civil.⁵¹ Mas no esquema de funcionamento do FGC, assimilável ao modelo jurídico das *garantias autônomas*,⁵² a obrigação de indenizar o credor

⁴⁹ Cf. art. 36 do Decreto-Lei 73/1966.

⁵⁰ Resolução CMN 4.469/2016, anexo I, art. 7º: “O FGC não poderá recusar o pagamento das garantias prestadas sob o fundamento de inadimplemento das contribuições por parte da instituição associada”.

⁵¹ Código Civil, art. 767. “No seguro à conta de outrem, o segurador pode opor ao segurado quaisquer defesas que tenha contra o estipulante, por descumprimento das normas de conclusão do contrato, ou de pagamento do prêmio.”

⁵² V. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias* (2010; 2. ed., 2016), 129: “em teoria poderia pensar-se na celebração entre o devedor e o banco [no caso, o garantidor] de um contrato em favor de terceiro (o garantido). Desse contrato decorreria o crédito para o garantido de em determinadas circunstâncias aí definidas executar a garantia autônoma. [...] Porém, esse contrato não iria isolar a posição do garantido das vicissitudes decorrentes do contrato concluído entre o devedor e o banco. Este poderia sempre opor ao credor as exceções daí emergentes”.

do banco insolvente é independente da relação entre o FGC e seus associados.⁵³ Significa que o FGC não pode opor ao credor do banco exceções ou defesas que tenha contra o banco. A analogia com o seguro é, também aqui, falha.

Raciocínio similar ocorreria se equiparássemos a garantia do FGC a um seguro de responsabilidade legalmente obrigatório.⁵⁴ Ao tratar dessa modalidade de seguro, o parágrafo único do art. 788 do Código Civil prevê que, “demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório” (grifei). Ou seja: ao prever a hipótese de contraditório entre estipulante, segurador e segurado, o Código Civil abre espaço para a oposição de exceções pessoais entre as partes no contrato de seguro obrigatório.

Novamente, nada disso ocorre no caso do FGC. Para enfatizar este ponto importante ainda uma última vez, a obrigação do FGC de pagar o credor do banco insolvente está prevista em regulamento editado pelo CMN, e sua exigibilidade não depende de nada senão da insolvência da instituição financeira garantida e da disponibilidade de caixa por parte do FGC. No contrato de seguro a dinâmica é outra.

g. Ausência de comutatividade

A discussão acima mostra ser do FGC a obrigação de honrar os depósitos e outros créditos do banco insolvente. Fica claro, igualmente, que a eficácia de tal obrigação de garantia se dá independentemente das contribuições individuais ao FGC de cada banco garantido.

A estrutura de garantia oferecida pelo FGC pode, como se vem dizendo, ser assimilada ao modelo jurídico das *garantias autônomas*, ainda que não estejamos diante de um modelo propriamente contratual — afinal, a disciplina do FGC é preponderantemente heterônoma. E na estrutura socialmente típica dessa espécie de garantia, lembra o professor português Miguel Pestana

⁵³ A autonomia da garantia prestada pelo FGC, ademais, a afasta claramente de uma fiança, pois nos termos do art. 837 do Código Civil o “fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais”.

⁵⁴ Art. 788, *caput*. “Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado.”

Vasconcelos, “nascem obrigações (uma obrigação pecuniária) só para uma das partes, o garante”. Daí dizer-se que se trata de um “contrato unilateral”.⁵⁵

Além disso, não há proporcionalidade na obrigação de honrar os depósitos realizados no banco insolvente; não há *quid pro quo*, não há sinalagma. Ora, se não há sinalagma, antiga expressão grega usada para designar a igualdade aritmética das prestações de um contrato ou da contrapartida de um ato ilícito, tampouco haverá comutatividade na relação entre o FGC e as instituições financeiras garantidas.

Esse é um ponto curioso, porque a doutrina se divide entre os que entendem ser o contrato de seguro aleatório ou comutativo. Na verdade, tudo depende do ângulo de análise. Do ponto de vista do *valor nominal* (i.e., monetário), o contrato de seguro é aleatório, porque não há equivalência de prestações entre segurador e segurado. O valor do prêmio superará o valor da indenização se o sinistro não ocorrer, e será inferior ao valor da indenização se o sinistro ocorrer.

Mas do ponto de vista do *valor econômico* das prestações, o contrato de seguro é comutativo, porque o segurador realiza cálculos atuariais e precifica o prêmio e a indenização justamente em função dos riscos envolvidos. Por conta da conhecida *lei dos grandes números*, o risco que é imprevisível para o segurado é calculável para o segurador. Daí a distinção geralmente aceita no meio jurídico: cada contrato singularmente tomado é aleatório; mas o conjunto de contratos fungíveis celebrados pelo segurador permite enxergar a comutatividade do negócio.

Eis então o ponto relevante: ao contrário do que ocorre com as seguradoras, nas atividades do FGC os cálculos seguem modelos de risco adequados à atividade de garantidor de depósito, cujas métricas próprias são recorrentemente discutidas nos fóruns internacionais.⁵⁶ Por tal razão, o valor da contribuição (que não é “prêmio”) é o mesmo para todas as instituições financeiras e é definido pelo CMN. E o valor de pagamento da garantia (que não é “cobertura”) independe do risco de quebra de cada uma das instituições financeiras garantidas.⁵⁷ Há, aliás, estudos sugerindo que as garantias

⁵⁵ L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias* (2010; 2. ed., 2016), p. 130.

⁵⁶ V. e.g. IADI. *Evaluation of deposit insurance fund sufficiency on the basis of risk analysis*, Discussion Paper, 2011; e IADI. *Enhanced guidance for effective deposit insurance systems: ex ante funding*, Discussion Paper, 2015.

⁵⁷ Sobre o tema, Adrian Leonard. *The trouble with deposit insurance*. History & Policy, Policy Paper, fevereiro 2013.

prestadas por fundos garantidores sejam subprecificadas no mundo inteiro,⁵⁸ e no Brasil em particular.⁵⁹ Daí dizermos que não existe comutatividade na relação entre o FGC e suas instituições associadas por qualquer ângulo que se examine a questão.

3.3 *Distinção entre a garantia do FGC e o contrato de seguro mútuo*

A análise acima permite ver que os elementos essenciais do contrato de seguro não estão presentes no esquema do FGC. Resta, para concluir, contrastar o esquema de garantia do FGC com o seguro mútuo.

O seguro mútuo era uma figura prevista nos arts. 1.466 a 1.470 do Código Civil de 1916, que não foi recepcionada pelo Código Civil de 2002. A definição dada pelo velho Código era a seguinte:

Art. 1.466. Pode ajustar-se o seguro, pondo certo número de segurados em comum entre si o prejuízo, que a qualquer deles advenha, do risco por todos corrido.

Em tal caso o conjunto dos segurados constituem a pessoa jurídica, a que pertençam as funções de segurador.

Há, então, dois problemas diferentes. O primeiro é saber se os elementos da garantia prestada permitem qualificar o FGC como um seguro mútuo. O segundo é saber se o tipo contratual *seguro mútuo*, mesmo não constando do Código Civil de 2002, foi recepcionado pela ordem jurídica.

Começemos pela discussão substantiva. A garantia prestada pelo FGC configura um contrato de seguro mútuo? À primeira vista, poderia até parecer que sim. As instituições associadas efetuam contribuição ao FGC,

⁵⁸ Vide MERTON, Robert. An analytical derivation of the cost of deposit insurance and loan guarantees. *Journal of Banking and Finance*, v.1, p. 3-11, 1977; RONN, Ehud; VERMA, Avinash. Pricing risk-adjusted deposit insurance as option-based model. *Journal of Finance*, v. 41, p. 871-895, 1986; LAEVEN, Luc. Pricing of deposit insurance. In: DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; KANE, Edward J.; LAEVEN, Luc. *Deposit insurance around the world: issues of design and implementation*. Londres: The MIT Press, 2008.

⁵⁹ De acordo com o estudo de Laeven, mesmo que se calcule o custo da garantia de depósitos de forma bastante conservadora, a contribuição cobrada pelo FGC ainda assim estaria subprecificada em relação ao risco. LAEVEN, Luc. *Pricing...*, p. 132.

e tal contribuição lembra um prêmio de seguro. E o conjunto dessas instituições constituiu uma pessoa jurídica cujas funções lembram a de um segurador. Mas para determinar a qualificação jurídica, a primeira impressão não basta (e nesse caso é plenamente enganosa). É preciso esmiuçar mais.

O primeiro ponto a ser lembrado é que a criação do FGC em 1995 decorreu de comando do CMN, e que àquela época o Código Civil de 1916 estava em vigor. Ora, se à ocasião, no desempenho do seu papel de regulador, o CMN desejasse que as instituições financeiras criassem um seguro mútuo, poderia tê-lo feito. No entanto, o CMN optou por determinar a criação de uma associação civil. Terá esse sido um engano, um tropeço de um regulador confuso?

É certo que não. Em parte, isso se deve ao fato de que sempre foi do interesse do CMN permitir ao FGC se sub-rogar nos direitos de crédito garantidos e pagos. E não custa lembrar: a sub-rogação importa para o regulador brasileiro não para agradar os bancos, mas para fomentar boas práticas no sistema financeiro (cf. seção 1.3) e atender aos ditames do direito internacional (seção 2.3).

Mas isso não é tudo. O FGC não é um seguro mútuo porque suas atividades não se limitam a prestar garantia. Para referir o Código Civil de 1916, o FGC faz muito mais do que cobrir o “prejuízo que a qualquer deles advenha do risco por todos corrido”. Ao contrário, se lermos com atenção a Resolução do Conselho Monetário Nacional 4.469/2016 e o Estatuto Social do FGC — e também se observarmos as suas práticas — veremos que hoje as funções do FGC vão muito além dessa garantia para créditos e depósitos.

Senão, vejamos novamente o art. 2º da Resolução 4.469/2016, onde estão determinadas as atividades do FGC. *In verbis*:

Art. 2º O FGC tem por finalidades:

- I — proteger depositantes e investidores no âmbito do sistema financeiro, até os limites estabelecidos pela regulamentação;
- II — contribuir para a manutenção da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional (SFN); e
- III — contribuir para prevenção de crise bancária sistêmica.

Como se vê, o FGC é um elemento importante no funcionamento do sistema financeiro nacional, e suas atividades são diversas. Em particular, no quesito “contribuir para a manutenção da estabilidade no sistema financeiro

nacional” e “contribuir para a prevenção de crise bancária sistêmica”, o FGC hoje em dia faz muito mais do que garantir depósitos e créditos: o FGC também concede crédito e dá assistência financeira aos seus associados (as chamadas “operações especiais”), administra o Programa de Aplicação de Recursos (PAR) para prover liquidez a instituições de pequeno e médio porte e utiliza o chamado Depósito a Prazo por Garantia Especial (DPGE) para auxiliar na captação junto a investidores de maior porte.

É evidente que essas funções não caberiam a um seguro mútuo.

Dá já sobressaem, ademais, outras diferenças muito importantes entre o seguro mútuo e o FGC. Uma delas diz respeito à finalidade. O seguro mútuo é um mecanismo que (como o próprio *nomem juris* diz) serve para que as partes se assegurem mutuamente (ou seja, reciprocamente). Segue que, se o FGC fosse um seguro mútuo, sua finalidade teria que ser a proteção recíproca das instituições financeiras. Contudo, como já explicamos detalhadamente na seção 3.2 acima, o FGC tutela a confiança no sistema financeiro de modo geral. Trata-se de finalidade mais ampla do que o mero interesse individual de cada banco.

Isso explica outra distinção entre o FGC e um seguro mútuo. Justamente porque sua finalidade é proteger o interesse de cada um dos segurados, o seguro mútuo tem base jurídica contratual. Já o FGC, por tutelar a confiança pública em bases mais amplas, tem origem regulamentar. Faz toda diferença.

Há mais: em um contrato de seguro mútuo, uma coletividade de contratantes privados cria o esquema de proteção e cada um desses mesmos contratantes passa a figurar, ele próprio, como segurado. Por exemplo, um conjunto de agricultores contribui para o seguro mútuo, e no caso de uma forte seca o agricultor prejudicado recebe a cobertura. Os agricultores são, ao mesmo tempo, os seguradores e os segurados.

Não no FGC. Lá, o beneficiário direto da garantia é o credor da instituição financeira insolvente, credor este que não participa da criação do esquema de proteção e muitas vezes sequer o conhece. O banco associado ao FGC somente se beneficia da garantia indiretamente, por conta do aumento da confiança pública no sistema financeiro nacional, analogamente ao que acontecia com os já citados mercadores Hong.

Aqui se vê, então, que a qualificação do FGC como um seguro mútuo criaria uma situação curiosa. Tratar-se-ia de um seguro mútuo — porém, curiosamente, de um seguro mútuo por estipulação em favor de terceiro. Afinal, os beneficiários não seriam os próprios instituidores do seguro mútuo, mas seus credores. Pois bem: no Código Civil de 1916, a questão quem sabe

pudesse ser resolvida com recurso aos arts. 1.098 a 1.100 de então, que tratavam da estipulação em favor de terceiro. Seria, de qualquer forma, uma solução inconsistente com a lógica de funcionamento do seguro mútuo, que é a de proteger os próprios contratantes, e não terceiros.

Mas hoje em dia, seguindo ainda a esdrúxula hipótese de que o FGC fosse um seguro mútuo estipulado em favor de terceiro, ter-se-ia que aplicar o disposto no art. 767 do Código Civil, segundo o qual “no seguro à conta de outrem [isto é, estipulado em favor de terceiro], o segurador pode opor ao segurado quaisquer defesas que tenha contra o estipulante, por descumprimento das normas de conclusão do contrato, ou de pagamento do prêmio”. Só que, nesse ponto, como já afirmado, esbarraríamos numa característica fundamental do FGC, a saber, a autonomia da garantia prestada pelo FGC e a consequente inoponibilidade de exceções pessoais do FGC contra seu banco associado ou seu credor.

Ou seja, tratar o FGC como um seguro mútuo significaria, também, subverter sua mecânica de funcionamento.

De resto, os poucos artigos do Código Civil de 1916 atinentes ao contrato de seguro mútuo tampouco se coadunam com a finalidade, a mecânica e a regulamentação do CMN aplicável ao FGC. Por exemplo, o art. 1.469 do Código Civil de 1916 assim dispunha: “Art. 1.469. As entradas suplementares e os dividendos serão proporcionais às quotas de cada associado”.

Não demanda grande esforço notar que nada disso poderia ser aplicável ao FGC. As contribuições dos segurados são proporcionais à sua respectiva participação no seguro mútuo, assim nos diz o Código de 1916. Mas, no FGC, as contribuições dos associados dependem do valor dos depósitos, não das quotas, e sempre no percentual determinado pelo CMN.

É preciso também notar que há uma série de decretos-lei editados na década de 40 a disciplinar os seguros mútuos. Como nenhum deles foi até hoje expressamente revogado, pode-se sustentar que os mesmos estejam em vigor (desde, é claro, que o seguro mútuo tenha sido recepcionado pela ordem jurídica após 2002, o que é igualmente duvidoso). De qualquer forma, esses decretos-lei são muitos específicos, voltados a atividades, organizações e relações jurídicas que em nada se parecem com aquelas desempenhadas pelo FGC.⁶⁰

⁶⁰ Cf. Decreto-Lei nº 2.063/1940 (regulamenta a constituição das sociedades mútuas, com requisito mínimo de 500 sócios fundadores e necessidade de aprovação do Governo Federal); Decreto-Lei nº 3.908/1941 (regulamenta o funcionamento das sociedades mútuas de seguros);

Uma última questão a ser abordada é saber se a figura do seguro mútuo foi recepcionada pelo Código Civil de 2002. Sendo certo que a garantia prestada pelo FGC não pode de modo algum ser qualificada como um seguro mútuo, essa questão não tem relevância prática. De qualquer forma, pode-se apontar que há na doutrina alguns posicionamentos defendendo a recepção do seguro mútuo pelo ordenamento jurídico após 2002.⁶¹

Contudo, a maioria dos autores que defendem a recepção do instituto o faz de maneira bastante cuidadosa, quer para dizer que o seguro mútuo obedece atualmente às regras estipuladas em decretos-leis editados na década de 40,⁶² quer para delimitar os casos em que se pode cogitar de seguro mútuo.⁶³ Esses são todos temas que se afastam completamente do regramento do FGC.

No mesmo sentido, pode-se também referir o enunciado 185 da III Jornada de Direito Civil, que ao comentar o art. 757 do atual Código Civil entendeu que “a disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão”. Aqui poder-se-ia eventualmente enxergar uma autorização implícita à contratação de seguros mútuos. Porém, nessa linha, o traço básico dos seguros mútuos seria a autogestão — donde se conclui, forçosamente, que uma sub-rogação prevista em estatuto social teria que estar igualmente autorizada.

Para encaminhar a conclusão, pode-se apontar que há hoje no Brasil uma miríade de fundos de garantia que, similarmente ao FGC, não são tratados como seguradores (muito menos como seguradores mútuos) mas — atenção — preveem expressamente a sub-rogação de créditos garantidos e pagos.

Decreto-Lei nº 4.609/1942 (determina garantia subsidiária do Governo Federal aplicável a sociedades mútuas de seguros sobre a vida); Decreto-Lei nº 7.377/1945 (regulamenta o patrimônio das sociedades mútuas, permitindo a inclusão de imóveis no patrimônio); Decreto-Lei nº 8.934/1946: Dispõe sobre a aplicação da legislação trabalhista às sociedades mútuas de seguros sobre a vida.

⁶¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extraordinárias. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 573; GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 507-508; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, Volume III, Contratos. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 425 e ss.

⁶² Cf. GOMES, op. cit., p. 508.

⁶³ Cf. DINIZ, op. cit., p. 573. Além disso, v. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos II*. Rio de Janeiro: Aide, 1988. p. 813 (“Na verdade, é difícil a constituição de uma sociedade nesses moldes [de seguro mútuo]. Os estatutos devem ser expressos, de modo a não ensejar dúvidas, pois os segurados não pagam o prêmio propriamente dito, e sim recolhem cotas necessárias para manter a sociedade e suprir as deficiências verificáveis”).

O mais próximo do FGC é o FGCoop, já mencionado,⁶⁴ congênere imediato do FGC voltado a fomentar a confiança no setor de cooperativas.

Há ainda outros, todos em maior ou menor grau semelhantes ao FGC, e com o traço comum de permitirem a sub-rogação: o FGPC (Fundo de Garantia para Promoção da Competitividade),⁶⁵ o Funproger (Fundo de Aval para a Geração de Emprego e Renda),⁶⁶ o Fampe (Fundo de Aval às Micro e Pequenas Empresas),⁶⁷ o Fundo Garantidor para Investimentos (FGI) do BNDES,⁶⁸ e o Fundo de Garantia de Operações (FGO) do Banco do Brasil.⁶⁹

Por fim, como se tudo o que já tenha sido dito não bastasse, é bom frisar que a jurisprudência tem de modo geral se manifestado pela não recepção do seguro mútuo na ordem jurídica atual.⁷⁰

IV. Respostas aos Quesitos

1º Quesito: Há amparo legal para a sub-rogação pelo FGC em direitos creditórios referentes a depósitos e créditos garantidos?

Resposta: Sim. Ele é dado pelo estatuto social do FGC e, ainda, pelos arts. 3º e 10 da Resolução CMN 4.469/2016, pelo art. 346 do Código Civil (cf. art. 346) e pelo Princípio 16 dos *Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems* publicado pelo Iadi em 2014.

⁶⁴ V. nota 9 *infra*.

⁶⁵ Cf. Lei 9.531/1997, art. 3º: “Constituem recursos do FGPC: [...] III — a recuperação de crédito de operações honradas com recursos por ele providos”.

⁶⁶ Cf. Lei nº 9.872/1999, art. 2º: “Constituem recursos do Funproger: [...] IV — a recuperação de crédito de operações honradas que foram garantidas com recursos do Fundo”.

⁶⁷ Cf. Resolução 257/2014 do Conselho Deliberativo Nacional do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas — Sebrae, art. 4, IV: “constituem patrimônio do Fampe [...] recursos originários das recuperações de valores de avais honrados pelo Fampe”.

⁶⁸ Cf. Anexo à Circular AC nº 10/2014 do BNDES, de 23/12/2014, art. 27: “O patrimônio do FGI será formado: [...] IV — pelos valores ou bens oriundos da recuperação de crédito de operações cobertas pelo FGI”.

⁶⁹ Cf. art. 1º, §4º, do Estatuto do Fundo de Garantia de Operações: “O patrimônio do FGO será formado: [...] IV — pelos valores oriundos da recuperação de crédito de operações que foram garantidas com recursos do FGO”.

⁷⁰ Cf. 4ª Vara Federal do Rio de Janeiro, Sentença no Processo nº 0018414-91.2011.4.02.5101 (2011.51.01.018414-0), 18/8/2014, Juíza Andréa Cunha Esmeraldo (“não se admite mais o seguro mútuo em razão da revogação dos arts. 1.466 a 1.470 do Código Civil de 1916, que disciplinavam essa espécie de seguro, de maneira que “a única modalidade de seguro legalmente admissível é o seguro a prêmio, ainda que a apólice seja coletiva (seguro em grupo)”). No mesmo sentido, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Agravo de Instrumento nº 0007215-37.2015.4.01.0000/MG, 8/6/2015, Des. João Batista.

2º Quesito: Pode a atuação do FGC como garantidor de depósitos e créditos ser equiparada a um seguro?

Resposta: Não. Ao contrário de um seguro, a garantia oferecida pelo FGC não tem natureza contratual, não permite tarifação de risco, tutela a confiança pública de maneira ampla, não implica bilateralidade, traz efeitos distintos no caso de mora da instituição garantida, não permite a oposição de exceções pessoais e não contempla comutatividade.

São Paulo, 14 de abril de 2016.

Bruno Meyerhof Salama